

Posouzení odvětvových seskupení „klastřů“ z pohledu možného porušení hospodářské soutěže (antitrustu) v ČR a EU

Připravila advokátní kancelář Linklaters, v.o.s.

pro



červen 2005

Linklaters

Palác Myslbek
Na Příkopě 19
117 19 Praha 1
Telefon: (420) 221 622 111
Fax: (420) 221 622 199
Kontakt: Mgr. Daniel Čekal

1	Právní a ekonomický kontext	3
2	Posouzení právní formy klastru a jeho vnitřních pravidel	7
2.1	Právní formy použitelné pro klastr	7
2.2	Jaká je nejvhodnější forma pro klastr?	11
2.3	Zapojení institucí terciálního vzdělávání do práce klastru	12
2.4	Organizace a vnitřní struktura klastru z pohledu rizik hospodářské soutěže..	13
2.5	Interní organizační dokumenty klastru	13
3	Spolupráce členů v rámci klastru a působení klastru navenek	15
3.1	Formy vnitřní spolupráce v rámci klastru	15
3.2	Kartel – čemu se vyhnout v rámci klastru	16
3.3	Pravidla pro shromažďování a výměnu informací	18
3.4	Klastry a malé a střední podniky	19
3.5	Klastry a velké podniky	19
3.6	Spolupráce klastru s jinými profesními sdruženími	20
3.7	Přeshraniční klastry	20

Právní analýza

1 Právní a ekonomický kontext

Problematika klastrů je velmi citlivou záležitostí z pohledu hospodářské soutěže (antitrustu), neboť se týká spolupráce mezi konkurenty a obchodními partnery, kterou reguluje čl. 81 Smlouvy o ES („SES“), resp. ust. § 3 z. č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže („ZOHS“). Obě právní úpravy obsahují demonstrativní výčet dohod a praktik, které nejsou přípustné, resp. jsou přípustné pouze za určitých podmínek. Konkretizaci a rozšíření těchto ustanovení obsahují další právní předpisy (zejména blokové výjimky) a judikatura a rozhodovací praxe Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže („Úřad“), Evropské komise („Komise“) a evropských a českých soudů. Podstatné právní předpisy jsou obsaženy v příloze tohoto stanoviska.

Pravidla hospodářské soutěže v obecné rovině uznávají potřebu efektivní spolupráce a výměny zkušeností mezi soutěžiteli na trhu. Nicméně zdůrazňují, že spolupráce nesmí jít tak daleko, aby jejím výsledkem bylo narušení volné soutěže na trhu.

Klaster¹ je jednoznačně platformou pro spolupráci mezi soutěžiteli, ať už se jedná o vzájemné konkurenty (horizontální vztah) nebo o partnery v rámci dodavatelsko-odběratelských vztahů (vertikální vztah). Z povahy věci je tedy zřejmé, že nese zvýšené riziko, že (i) sám svými aktivitami (např. doporučováním cen, obchodních podmínek nebo nevhodným zpracováním údajů získaných od členů klasteru) nebo (ii) podporou nevhodných aktivit svých členů (kartelových dohod nebo protisoutěžních praktik) poruší pravidla hospodářské soutěže regulovaná čl. 81 SES, resp. ust. § 3 ZOHS.

Čl. 81 SES, resp. ust. § 3 ZOHS, zakazují uzavírání některých dohod, resp. některé praktiky stran,² velice striktně a jednoznačně (např. dohody o společném určování cen mezi konkurenty cenové kartely; anebo dohody o rozdělení trhů nebo zákazníků mezi konkurenty). Obdobné platí nejen pro dohody a společné praktiky účastníků, ale i pro rozhodnutí zájmových a profesních sdružení (např. klastrů). U těchto typů dohod, praktik nebo rozhodnutí (společně dále jen „Praktiky“) je velmi vysoce pravděpodobné, že je Úřad nebo Komise potrestají pokutou, aniž by blíže zkoumaly, proč a za jakých okolností k nim strany vůbec přistoupily. Tyto Praktiky se označují jako **hard core restrictions**. *Hard core restrictions* se klastery musí za všech okolností vyhnout.

Vedle těchto tzv. *hard core restrictions* čl. 81 SES, resp. ust. § 3 ZOHS navíc vyjmenovávají anebo nepřímou odkazují na další Praktiky, které mohou – za určitých okolností – narušit hospodářskou soutěž (např. dohody o společném nákupu, marketingu, prodeji anebo dohody o exkluzivitách apod.). Tyto Praktiky však soutěžní orgány obvykle netrestají bez hlubší analýzy trhu a důvodů, které strany vedly k jejich implementaci. Tyto Praktiky lze označit jako **non hard core restrictions**.

Základním východiskem pro zhodnocení soutěžně-právního rizika u *non hard core restrictions* jsou pro klastery a jejich jednotlivé členy zejména:

¹ Klaster je pro účely této studie definován jako soubor regionálně propojených společností (podnikatelů) a přidružených institucí a organizací – zejména institucí terciárního vzdělávání (VŠ, VŠO) – jejichž vazby mají potenciál k upevnění a zvýšení jejich konkurenceschopnosti. (viz. [Průvodce klastrem](#)). Klaster není spontánním seskupením firem, ale pevnou organizovanou strukturou. Možnosti právní formy klasteru jsou diskutovány níže v bodě 2.

² Jednání ve shodě, resp. neformální protisoutěžní spolupráce mezi stranami bez uzavření dohody.

- ekonomická analýza situace na trzích, kde tito účastníci působí (charakter trhů, intenzita soutěže, koncentrovanost trhů apod.);
- návazné určení pozice stran na těchto trzích a tržní pozice ostatních soutěžitelů pro porovnání; a
- následné vyhodnocení, zda lze danou Praktiku považovat za škodlivou pro zákazníky či obchodní partnery či naopak prospívá soutěži a spotřebitelům.

Regulace hospodářské soutěže vychází z názoru, že kooperace mezi soutěžiteli na trzích, které jsou vysoce kompetitivní, kde si vzájemně konkurují velký počet konkurentů, by (vyjma spolupráce typu *hard core restrictions*) neměla vést k narušení hospodářské soutěže. Naopak, čím je soutěžitelů na trhu méně a trh koncentrovanější,³ tím jsou možnosti spolupráce stran rizikovější z pohledu soutěžních pravidel.

Z tohoto důvodu soutěžní právo obsahuje tzv. pravidlo *de minimis*, jímž stanoví, že na **většinu** Praktik mezi zúčastněnými stranami bez relevantní tržní síly (společný podíl zúčastněných stran nesmí obvykle přesahovat 10 % až 15 %), se nebudou soutěžní pravidla aplikovat. Tím se uznává, že spolupráce do této úrovně (10% u spolupráce mezi konkurenty a 15 % pro spolupráci mezi nekonkurenty) je obvykle soutěži prospěšná. Výjimku ovšem tvoří výše uvedené *hard core restrictions*, které jsou zakázány vždy. Upozorňujeme ještě, že tržní podíly uvedené výše jsou pouze indikativní, tj. že pro určité průmyslové obory mohou být sníženy.⁴

Spolupráce mezi soutěžiteli, jejichž agregované tržní podíly se pohybují okolo výše uvedené *de minimis* nebo ji dokonce překračují, je potřeba formát a způsob své spolupráce posuzovat opatrně. Zde totiž soutěžní legislativa věří, že spolupráce sice obvykle bude prospěšná pro zúčastněné strany, ale současně je tu riziko, že dojde k narušení rovnováhy soutěže. Pro lepší orientaci stran vydaly soutěžní orgány tzv. blokové výjimky, kde popisují, které Praktiky jsou rizikové a hrozí za ně sankce, resp. popisují Praktiky, které lze relativně bezpečně aplikovat. Blokové výjimky se zpravidla uplatňují tam, kde spolupracující strany nedosáhnou společného tržního podílu 15 až 30 % (přesná výše hranice se určí v závislosti na tom, o jaký typ dohody se jedná, resp. jestli jde o dohodu mezi konkurenty nebo nekonkurenty). Právě blokové výjimky a související prováděcí předpisy a judikatura popisují možnosti spolupráce např. na společných projektech, společném nákupu, prodeji, marketingu, podpoře exportu nebo i výzkumu a vývoji, uzavírání specializačních dohod, o výměně a sdílení informací atd. Upozorňujeme, že i zde jsou uvedené hranice tržních podílů pouze orientační.

³ Koncentrovanost trhu základně se kalkuluje za použití tzv. Herfindahl-Hirschmannova Indexu (HHI), resp. doplňkově dle tzv. *concentration ratio CR5* nebo *CR4*. Viz např. bod 29 Oznámení Komise o vztahu čl. 81 Smlouvy ES k horizontálním dohodám o spolupráci (*Commission Notice, Guidelines on the applicability of Article 81 EC Treaty to horizontal cooperation agreements*), publikovaného v Úředním věstníku (OJ) C3/2 ze dne 6. ledna 2001. Pro kalkulaci *concentration ratio CR5* viz. bod 143 Oznámení Komise o vertikálních omezeních (*Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints*), publikované v Úředním věstníku (OJ) C291/1 ze dne 13. října 2000.

HHI se vypočítá jako součet čtverců tržních podílů soutěžitelů na trhu (např. u trhu se čtyřmi konkurenty s tržními podíly 50 %, 20 %, 20 % a 10 % je HHI 3,400 bodů ($HHI = (50^2 + 20^2 + 20^2 + 10^2)$). Obvykle se koncentrovanost trhu dle HHI určuje ve třech pásmech: (i) za nekoncentrovaný se považuje trh s hodnotou HHI pod 1000 bodů, (ii) za středně koncentrovaný s hodnotou 1000 - 2000 bodů HHI a (iii) za koncentrovaný s hodnotou nad 2000 HHI bodů. Čím nižší hodnota HHI, tím menší riziko z narušení hospodářské soutěže dohodou hrozí (samozřejmě vyjma klauzulí týkajících se dělení trhu a fixace prodejních cen distributorem výrobcem). CR 5 představuje součet tržních podílů pěti nejsilnějších soutěžitelů. Pokud je CR 5 pod 50 %, dovozuje se, že trh je pravděpodobně nekoncentrovaný.

⁴ Např. ne zcela liberalizované trhy jako jsou energetika, plynárenství, telekomunikace atd. nebo trhy, na kterých se pohybuje méně konkurentů/ kde má rozhodující vliv několik málo hráčů, jako jsou petrochemie, letecká, železniční a vodní doprava, finanční služby, těžební průmyslová odvětví a další.

Relevantní blokové výjimky, které byly dosud vydány v České republice, resp. na komunitární úrovni, se týkají zejména:

- výzkumu a vývoje;⁵
- poskytování technologií;⁶
- specializací;⁷
- drážní, silniční a vnitrozemské vodní dopravy;⁸
- vertikálních dohod.⁹

Tyto blokové výjimky pokrývají buď (i) speciální průmyslovou oblast (distribuce motorových vozidel a součástek, vodní, silniční či drážní dopravu, pojišťovnictví) anebo (ii) se aplikují na jakékoliv odvětví – kryjí určitý typ ekonomické spolupráce (výzkum a vývoj, specializace na určitou aktivitu, distribuci, poskytování technologií).

Pokud tržní podíly stran zúčastněných na Praktice přesáhnou povolenou hranici stanovenou příslušnou blokovou výjimkou, je pravděpodobné, že z implementace Praktiky hrozí porušení hospodářské soutěže.

V rámci přípravy jednotlivých projektů nebo organizování spolupráce je třeba posuzovat, zda jsou splněny podmínky příslušné blokové výjimky. To platí tím více, že lze předpokládat, že členy klastrů budou často i vedoucí soutěžitelé na trhu.¹⁰ Obdoba platí v situaci, kdy budou kombinovány aktivity klastru s aktivitami jiných podobných profesních organizací.¹¹ Zvýšené pozornosti je zapotřebí u dvoustranných síťových spoluprácí (tvrdé sítě, resp. tvrdý networking),¹² neboť zde jde primárně o spolupráci mezi konkurenty nebo jinak na trhu blízkými osobami.

Základní pravidlo je, že čím větší tržní podíl účastníků, tím větší je relevantnost soutěžních právních předpisů pro klaster a jeho členy.

K ohrožení hospodářské soutěže může vést už i sama nevhodně zorganizovaná vnitřní struktura a nastavení organizačních mechanismů v rámci klastru. V tomto kontextu může jít

⁵ Ust. § 3 odst. 1 vyhlášky Úřadu č. 199/2001 Sb., o povolení obecné výjimky ze zákazu dohod narušujících soutěž podle ust. § 3 odst. 1 ZOHS, pro určité druhy dohod o výzkumu a vývoji, resp. Nařízení Komise č. 2659/2000 o aplikovatelnosti čl. 81(3) SES na dohody o výzkumu a vývoji (*Commission Regulation (EC) No. 2659/2000 of November 2000 on application of 81(3) of the Treaty to categories of research and development agreements*), publikované v Úředním věstníku (OJ) L 304 dne 5. prosince 2000.

⁶ Ust. §§ 3 a 4 vyhlášky Úřadu č. 200/2001 Sb., o povolení obecné výjimky ze zákazu dohod narušujících soutěž podle ust. § 3 odst. 1 ZOHS, pro určité druhy dohod o poskytování technologií, resp. Nařízení Komise č. 772/2004 o aplikovatelnosti čl. 81(3) SES na dohody o převodu technologií (*Commission Regulation (EC) No. 772/2004 of November 2000 on application of 81(3) of the Treaty to categories of technology transfer agreements*), publikované v Úředním věstníku (OJ) L 304 dne 5. prosince 2000.

⁷ Ust. § 1 vyhlášky Úřadu č. 201/2001 Sb., o povolení obecné výjimky ze zákazu dohod narušujících soutěž podle ust. § 3 odst. 1 ZOHS, pro určité druhy dohod o specializaci, resp. Nařízení Komise č. 2658/2000 o aplikovatelnosti čl. 81(3) SES na dohody o výzkumu a vývoji (*Commission Regulation (EC) No. 2658/2000 of November 2000 on application of 81(3) of the Treaty to categories of specialisation agreements*), publikované v Úředním věstníku (OJ) L 304 dne 5. prosince 2000.

⁸ Ust. §§ 1 a 2 vyhlášky Úřadu č. 205/2001 Sb., o povolení obecné výjimky ze zákazu dohod narušujících soutěž podle ust. § 3 odst. 1 ZOHS, pro určité druhy dohod v oblasti drážní, silniční a vnitrozemské dopravy.

⁹ Ust. §§ 3 a 4 vyhlášky Úřadu č. 198/2001 Sb., o povolení obecné výjimky ze zákazu dohod narušujících soutěž podle ust. § 3 odst. 1 ZOHS, pro určité druhy vertikálních dohod.

¹⁰ Viz např. str. 55, bod 4.3.4.2 Průvodce klastrem publikovaného na www.czechinvest.cz.

¹¹ Viz např. str. 55, bod 4.3.4.2 Průvodce klastrem publikovaného na www.czechinvest.cz.

¹² Viz např. str. 21, bod 1.4.3.3 Průvodce klastrem publikovaného na www.czechinvest.cz.

především o nevhodné organizování procesu výměny a zpracování obchodně citlivých informací o členech v rámci klastru, resp. nevyhovující výstupní formát těchto informací. V návaznosti na to může být problémem i systém publikace a zpřístupňování těchto informací veřejnosti.

Ze soutěžního hlediska však může být rizikové zejména počínání členů v rámci klastru. Jde o to, že spolupráce v rámci klastru nesmí vést ke koordinaci/spolupráci mezi soutěžiteli nad únosnou míru předepsanou soutěžními pravidly. Mírou, která určuje ne/přípustnost určitého chování členů klastru jsou (i) jejich kombinované tržní podíly, (ii) kumulativní efekt (tj. zda i soutěžitelé na zbytku trhu neprovozují podobné Praktiky), (iii) typ použitých Praktik, jimiž byla/mohla být omezena soutěž, (iv) důvody, které vedly k zavedení praktiky a (v) analýza dopadů Praktik na spotřebitele, obchodní partnery a konkurenční prostředí na trhu. Zde je vidět důležitost ekonomického kontextu klastru, resp. stran zúčastněných na Praxi.

Vysoce rizikové a zpravidla zakázané jsou zejména následující Praktiky:

- tzv. cenové fixace a doporučování cen (např. dohody o jednotných cenách nebo situace, kdy dodavatel určuje odběrateli, za kolik má prodávat svůj produkt);
- dohody o rozdělení trhu nebo zákazníků či dodavatelů jak v horizontálních, tak ve vertikálních vztazích; a
- další dohody zakazované jednak v ust. § 6 odst. 2 ZOHS a jednak Oznámením Komise o dohodách zanedbatelného významu, které neomezují soutěž ve smyslu čl. 81(1) SES (*de minimis*),¹³ tzv. „**Oznámení Komise *de minimis***“.

¹³ Oznámení Komise o dohodách zanedbatelného významu bez citelného dopadu na soutěž ve smyslu čl. 81(1) SES (*de minimis*) (Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community (*de minimis*)).

2 Posouzení právní formy klastru a jeho vnitřních pravidel

2.1 Právní formy použitelné pro klastr

Toto hledisko není pro právní analýzu rizik hospodářské soutěže primárně relevantní. Hospodářská soutěž je zaměřena na postihování určitých Praktik – bez ohledu na právní formu, na jejíž platformě k Praxi dochází. Nicméně k požadavku CzechInvestu provádíme krátkou analýzu právních forem, které připadají v úvahu pro konstrukci klastru.

- Sdružení podle ust. § 20f ff z. č. 40/1964 Sb., Občanský zákoník

Občanský zákoník¹⁴ („OZ“) umožňuje ve svém ust. § 20f vytvoření zájmového sdružení právnických osob. Toto sdružení je samo právnickou osobou s právní subjektivitou, která vzniká zápisem sdružení do registru sdružení vedeného u krajského úřadu příslušného podle sídla sdružení. Nevýhodou tohoto typu sdružení je, že umožňuje členství pouze právnickým osobám. Klastry dle ust. § 20f OZ mohou být založeny jak za účelem podnikání, tak jako nepodnikatelské subjekty.

Některá česká profesní sdružení, která by pro svou povahu a účel korespondovala s účelem klastru, byla založena a existují právě v této formě.¹⁵

Co se týče zahraničí, z naší rešerše vyplynulo, že tyto klastry primárně preferují umožnění členství nejen právnickým, ale také fyzickým osobám.¹⁶ Zahraniční klastry často rozlišují své členy na obchodní („*business members*“), individuální („*individual members*“), čestné („*honorary members*“) a studentské („*student members*“). Zdá se tedy, že tato forma klastru není v zahraničí používána primárně. Nicméně bezpochyby lze nalézt i profesní sdružení fungující na podobných principech jako sdružení.

Tato právní forma je teoreticky pro založení a existenci klastru plně využitelná. Ovšem s výhradou, že jejími členy nemohou být fyzické osoby (např. renomované kapacity oboru nebo jiné významné osobnosti), což může být pro klastr určitým handicapem, co se tvorby image týče, a tím snižovat efektivitu klastru. Nicméně i zde je možné najít formu, jak takovou fyzickou osobu do práce klastru zapojit (např. na základě běžného smluvního vztahu).

Členové sdružení z titulu svého členství neručí za jeho závazky.

- Sdružení podle z. č. 83/1990 Sb., o sdružování občanů

Na rozdíl od úpravy obsažené v OZ umožňuje sdružení vytvořené na základě registrace na Ministerstvu vnitra ČR podle z. č. 83/1990 Sb.,

¹⁴ Z. č. 40/1964 Sb., Občanský zákoník, v platném znění.

¹⁵ Česká asociace petrolejářského průmyslu a obchodu www.cappo.cz, Sdružení výrobců zemědělské a lesnické techniky <http://www.zetis.cz/CZ/default.php>, Těžební unie www.tezebni-unie.cz, Sdružení pro sanaci betonových konstrukcí www.ssbk.cz, Sdružení českých a moravských výrobců krmiv www.scmvk.cz, Asociace výrobců betonové prefabriky http://www.avbp.cz/firmy/prefa_brno.htm, Svaz výrobců cementu <http://www.svcement.cz/>, Sdružení pro výstavbu silnic <http://www.sdruzeni-silnice.cz/>, a další najdete v rejstřících sdružení na stránkách jednotlivých krajských úřadů.

¹⁶ Např. South Australian Wine and Brandy Industry Association Incorporated www.winesa.asn.au, The Information Technology Association of Southern Arizona www.itasa.com, Medizinal-Cluster Bern www.medizinal-cluster.ch.

o sdružování občanů („ZOS“) členství nejen právnickým, ale i fyzickým osobám. Také toto sdružení je právnickou osobou. Tato sdružení jsou zpravidla vytvářena za určitým nepodnikatelským účelem, takže mohou být vhodně využita pro formu klastru. Mnohá profesní sdružení fungující v České republice byla založena právě pod touto formou.¹⁷ Praxe tedy ukazuje, že se jedná o velmi standardní formu profesního sdružení. Svým zákonným pojetím se sdružení podle tohoto zákona blíží sdružením (profesním organizacím) organizovaným běžně v německy mluvících zemích, kde jsou označovány jako „Verein“. Tato forma je relativně často používána i v anglicky mluvících zemích, a to pod označením „association“. Podle našich rešerší tedy představuje tato právní podoba profesních sdružení tradiční právní formu klastrů používaných v zahraničí.

Členové sdružení z titulu svého členství neručí za jeho závazky.

- Volné sdružení (tzv. konsorcium) podle ust. § 829 ff OZ

Založením konsorcia nedochází ke vzniku samostatné právnické osoby, což je pro klastř nevýhodou, neboť nemůže vystupovat pod zvláštním fiktivním jménem a navenek samostatně jednat jako klastř. Toto volné sdružení prakticky funguje na základě určité formy „pověření“, kterou členové konsorcia opravňují „pověřeného člena“ (vybraného člena konsorcia) k jednání jejích jménem a na jejích účet. Tato osoba je tedy určitým „nositelům klastřu“. Právní konsekvencí této skutečnosti je, že členové této právní formy nesou společnou a nerozdílnou odpovědnost za závazky převzaté tímto „pověřeným členem“, což vylučuje veřejné vysoké školy ze členství v takovém klastřu (omezení neplatí pro privátní vysoké školy). Navíc je za současné právní úpravy nejisté postavení a povinnosti konsorcia v oblasti daňové a účetní. Z povahy věci vyplývá, že v praxi může být relativně složité upravit interní právní vztahy s tím spojené ke spokojenosti všech členů konsorcia, což může být problematickým prvkem konsorcia a může jej handicapovat vůči ostatním právním formám.

Členové vystupují a vystupují na smluvním základě (podpis všemi zúčastněnými členy), resp. dle mechanismů nastavených ve smlouvě o sdružení.

Tyto důsledky mohou v praxi konsorcium diskvalifikovat z použití pro klastry, a to zejména s ohledem na účel klastrů, jejich vystupování a odpovědnosti vůči třetím osobám.

I zde jsme provedli relativně širokou rešerši pro prověření, zda je tato forma využívána pro klastry v zahraničí. Výsledkem průzkumu bylo zjištění, že

¹⁷ Např. Cech českých vinařů, www.cechcv.cz, Český svaz pivovarů a sladoven, www.cspas.cz, Česká společnost pro jakost, <http://www.csq.cz/cz/Ocsj.asp>, Svaz zkušeben pro výstavbu <http://www.szv.cz/profil.php>, Svaz podnikatelů ve stavebnictví http://www.sps.cz/udaje_sps/stanovy.asp, Český svaz vědecké technických společností <http://www.csvts.cz/>, Českomoravská asociace pro břidlice <http://www.bridlice-schiefer-slate.cz/>, Cech sádrokartonářů České republiky <http://www.cechsdk.cz/>, Česká asociace ocelových konstrukcí <http://www.caok.cz/>, Český svaz geodetů a kartografů <http://cskg.fce.vutbr.cz/>, Český svaz zpracovatelů masa <http://www.maso.cz/srau/default.asp>, Svaz prodejců a opravářů motorových vozidel ČR <http://www.sacr.cz/index.php?show=komise&s=statut>, Společenstvo řezníků a uzenářů v Praze http://www.ariadna.cz/indexpg_DR-3432517-spolecenstvo-rezniku-uzenaru-v-praze-26645807/, a další naleznete na stránkách Ministerstva vnitra: http://www.mvcr.cz/agenda/obc_sdru/index.html

v zahraničí existují klastry i ve formě konsorcií, nicméně jedná se častěji o klastry tzv. akademické,¹⁸ tj. nesdružující podnikatele. Obdobný závěr vyplynul i z rešerše týkající se praktické aplikace konsorcia v českém právním prostředí. Vytváření konsorcií tedy není ve vztahu k profesním asociacím ani v tuzemsku ani v zahraničí relevantně používanou formou klastru.¹⁹

- Nadace

Nadace je účelovým sdružením majetku. Pojmovým prvkem a posláním nadace je plnění obecně prospěšných cílů. Mezi takové by mohl patřit i rozvoj národní či regionální ekonomiky a podpora výzkumu směřujícího k rozvoji nových technologií. Účel některých klastrů tedy může teoreticky být shodný s cílem nadace. Nicméně neexistence členského základu má podle našeho názoru za důsledek, že tato právní forma je pro klastry velmi problematická vysoké školy se nemohou stát členem, jsou pouze zakladatelem.

Z povahy nadace jakožto účelového sdružení majetku vyplývá rovněž ztížená volná dispozice s majetkem²⁰ a dále fakt, že nadační forma je zpravidla těžce slučitelná s flexibilitou vztahů a komunikací mezi subjekty, které na nadaci transferují svůj majetek, např. i příspěvky, zvláštní dary, financování projektů apod. V praxi si rovněž nelze věrohodně představit, že by nadace jednala ve prospěch svých zakladatelů a výhody z této činnosti na ně věčným způsobem přenášela. Jako právně velmi pochybné se z tohoto pohledu jeví např. postupy zakladatelů nadace při společných nákupech, marketingu anebo sdílení dat a distribuci statistik.

Je proto pochopitelné, že ani české profesní asociace ani zahraniční klastry tuto právní formu nepoužívají. Podle našeho názoru tato právní forma není pro klastry bez problémů použitelná v praxi.

Zakladatelé nadace neručí za její závazky.

- Obecně prospěšná společnost

Obecně prospěšnou společnost („OPS“) lze založit na základě z. č. 248/1995 Sb., o obecně prospěšných společnostech. OPS je nezisková organizace, právnická osobou s vlastní subjektivitou. OPS není podnikatelem ve smyslu obchodního zákoníku. Jejím zřizovatelem může být fyzická nebo právnická osoba nebo stát. OPS se zakládá zakládací listinou a vzniká dnem zápisu do rejstříku obecně prospěšných veřejností vedeného rejstříkovými soudy. Hlavním cílem činnosti OPS je poskytování obecně prospěšných služeb, hospodářský výsledek nesmí být použit ve prospěch zakladatelů, členů orgánů ani zaměstnanců, ale musí být

¹⁸ Např. the Cluster Consortium - The Consortium Linking Universities of Science and Technology for Education and Research, www.inpg.fr, Konsorcium Elsevier Science <http://www.suweco.cz/online/cz3/konsorc/elsevier.asp>, Konsorcium Springer Verlag <http://www.suweco.cz/online/en3/konsorc/springer.asp>, Konsorcium knihoven pro zpřístupňování a archivaci digitálních dokumentů <http://www.ikaros.cz/Clanek.asp?ID=200208519>.

¹⁹ Např. průzkum CEBRE (Česká podnikatelská reprezentace při EU) spolu s portálem BusinessInfo, listopad/prosinec 2004 Z 287 zúčastněných především menších a středních společností by preferovala jen asi čtvrtina oslovených, viz. www.sps.cz.

²⁰ Z. č. 227/1997 Sb., o nadacích a nadačních fondech, hlava V.

využit k poskytování těch obecně prospěšných služeb, ke kterým byla OPS založena.

Zisk tedy není možné rozdělit mezi zakladatele, hospodářský výsledek po zdanění je celý převáděn do rezervního fondu. Zdrojem financování OPS mohou být dotace státní nebo z rozpočtu samospráv, dalším zdrojem mohou být dary nebo doplňková činnost atd.

Podobně jako u nadace nemá zřizovatel po zřízení společnosti již právní prostředky, aby činnost OPS přímo ovlivnil, může tak činit pouze nepřímo prostřednictvím členů správní nebo dozorčí rady. Nelze mluvit o členství v OPS, která je stejně jako nadace vytvořena z majetkových vkladů jednotlivých zakladatelů. Zakladatelé OPS neručí za její závazky.

Neexistence členského základu má podle našeho názoru za důsledek, že tato právní forma je pro klastry velmi problematická vysoké školy se nemohou stát členem, jsou pouze zřizovatelem.

Domníváme se, že ani OPS, svou podstatou velmi podobná nadaci, není jako právní forma pro klastry bez problémů použitelná v praxi.

- Obchodní společnost a družstvo

Klaster by samozřejmě mohl vzniknout také jako některá z forem obchodní společnosti – jako veřejná obchodní společnost (v.o.s.),²¹ komanditní společnost (k.s.),²² společnost s ručením omezeným (s.r.o.),²³ či akciová společnost (a.s.)²⁴ nebo družstva.²⁵ Tyto klastry by měly vlastní právní subjektivitu. Obchodní společnosti/družstva mohou být založeny i za podnikatelským i za nepodnikatelským účelem, což je v principiálním souladu s logikou klasteru.

U obchodních společností je zpravidla problematické vystupování a přijímání nových členů, kteří by se museli stát společníky při vstupu, eventuálně by museli zpravidla převádět svůj obchodní podíl při výstupu z klasteru. To může v praxi působit nemalé potíže. Navíc u většiny obchodních společností by bylo změny třeba spojovat se zápisem do obchodního rejstříku, což je jednak zbytečně nákladné a jednak administrativně náročné. Tato právní základna tedy nemusí být pro fungování klasteru zcela vhodná. Navíc společnost s ručením omezeným může mít maximálně 50 společníků.

Družstvo se sice rovněž zapisuje do obchodního rejstříku, nicméně cirkulace členů je velmi volná – nevyžaduje registraci v obchodním rejstříku. Proto se domníváme, že družstvo je pro klaster praktičtější. Členové družstva neručí za jeho závazky.

U kapitálových obchodních společností (společnost s ručením omezením a akciová společnost) je ručení společníků omezeno výší nesplaceného

²¹ Veřejná obchodní společnost ve smyslu ust. § 76 ff z. č. 513/1991 Sb., Obchodní zákoník („ObchZ“).

²² Komanditní společnost ve smyslu ust. § 93 ff ObchZ.

²³ Společnost s ručením omezeným ve smyslu ust. § 105 ff ObchZ.

²⁴ Akciová společnost ve smyslu ust. § 154 ff ObchZ.

²⁵ Družstvo ve smyslu ust. § 221 ff ObchZ.

vlkladu. U osobních společností (veřejná obchodní společnost a komanditní společnost) část společníků (u komanditní společnosti komplementáři) nebo všichni společníci (u veřejné obchodní společnosti) odpovídají za závazky společně a nerozdílně spolu se společností.

Domníváme se, že družstvo je velmi vhodnou platformou podnikatelsky orientovaného klastru.

2.2 Jaká je nejvhodnější forma pro klastr?

Z pohledu soutěžního práva není mezi jednotlivými výše uvedenými formami podstatný rozdíl. O tom, který klastr je vhodný pro daný účel rozhodnou jeho členové, přičemž nelze předem diskvalifikovat např. ani obchodní společnosti. Z obecně-právního hlediska však upozorňujeme, že u obchodních společností je ztížená možnost pružné cirkulace členů. Může zde nastat potenciální problém případného hlášení tvorby klastru na Úřad (spojování soutěžitelů), nicméně tento problém je řešitelný tím, že zakladatelé klastru při formulaci zakladatelských dokumentů zajistí, aby žádní společníci samostatně nebo společně nezískali kontrolu nad klastrem.

CzechInvest nás požádal o obecné vyhodnocení čtyř (4), podle našeho názoru, nejvhodnějších forem klastru.²⁶

V návaznosti (i) na účel a právní formy tradičně vytvářené zahraničními klastry a českými profesními sdruženími, (ii) předpokládané charakteristiky klastrů a (iii) zhodnocení vhodnosti jednotlivých forem z pohledu českého práva a zejména (iv) požadavek zadání CzechInvestu, abychom vybrali čtyři nejvhodnější právní formy pro klastr, doporučujeme pro nově vytvářené klastry použít jednu z následujících čtyř právních forem seřazených podle vhodnosti:

- sdružení podle ZOS (zejména pro nepodnikající klastry);
- družstvo (i pro podnikající klastry);
- sdružení podle ust. § 20f ff OZ;
- kapitálová obchodní společnost (společnost s ručením omezeným a akciová společnost).

Podle našeho je z obecného pohledu pro klastr nejoptimálnějším řešením volba sdružení podle ZOS.

Řešení klastru formou tzv. osobních obchodních společností (veřejná obchodní společnost a částečně i komanditní společnost), u nichž část nebo všichni společníci odpovídají za závazky společně a nerozdílně spolu se společností. Z pohledu soutěžního práva může tento faktor vést ke zvýšenému riziku protisoutěžní koluze.

Navíc u obchodních společností je ztížená možnost přistupování a vystupování členů (zápis od obchodního rejstříku, převod podílu, zvyšování a snižování základního kapitálu apod.).²⁷ Na druhé straně však např. společnost s ručením omezeným může být vhodná pro podporu např. marketingu nebo zabezpečení

²⁶ Viz. bod A) odst. 2. str. 1 Zadávací dokumentace pro vypracování studie na posouzení odvětvových uskupení „Klastrů“ z pohledu možného porušení hospodářské soutěže v ČR a EU.

²⁷ Upozorňujeme, že dle ust. § 105 odst. 3 ObchZ nesmí mít společnost s ručením omezeným více než 50 společníků.

společného nákupu vstupů pro své členy – ale i zde bychom s ohledem na otevřenost spíše doporučili družstvo. Při volbě právní formy klastru tedy záleží zejména na zamýšleném předmětu činnosti klastru a preferencích členů proto není správné přistupovat např. k obchodním společnostem *a priori* skepticky a lze si je představit jako vhodnou platformu klastru.

Z daňového a účetního hlediska jsou všechny čtyři doporučené právní formy rovnocenné. Při volbě konkrétní formy je však třeba zvážit, jaké subjekty budou členy klastru a zda bude klaster založen za účelem podnikání či jako nepodnikatelský subjekt.

2.3 Zapojení institucí terciálního vzdělávání do práce klastru

Pro všechny výše uvedené formy klastrů si lze představit v podstatě dvě formy zapojení institucí terciálního vzdělávání, a to

- jako člena, resp. společníka klastru;²⁸ anebo
- formou nečlenské spolupráce, zejména pak na základě smlouvy uzavírané *ad hoc* ve vztahu k jednotlivým úkolům a událostem anebo i na trvalejším základě.

Výjimku tvoří nadace, která neoperuje s možností členství jako takového.

S ohledem na potřeby klastru mohou být zajímavé obě formy zapojení institucí terciálního vzdělávání a lze je vedle sebe kumulovat, tj. některé instituce mohou s klastrem spolupracovat na členském, jiné na nečlenském základě.

Nicméně vzhledem k tomu, že do klastru je pro splnění zákonných podmínek potřeba zapojit instituci terciálního vzdělávání na členském základě, bude nezbytné pro klaster využít participace alespoň některých institucí na trvalejším základě formou členství.

Zapojení institucí terciálního vzdělávání zpravidla nepřináší ze soutěžně-právního hlediska zvláštní problémy. Pokud by však měl klaster (jeho členové) spolupracovat s institucemi terciálního vzdělávání na principu exkluzivity (ať už jde o závazek klastru, člena klastru nebo instituce terciálního vzdělávání), doporučujeme aby se tak stalo teprve po soutěžní analýze její přípustnosti.

Z obecně-právního hlediska upozorňujeme, že veřejné vysoké školy se nesmějí stát společníky s neomezeným ručením (veřejná obchodní společnost – společník, komanditní společnost – komplementář; podle našeho názoru je vyloučeno i členství v konsorciu, neboť i zde by šlo o neomezené ručení). Rovněž jejich možnost podílet se vkladem na společnostech či družstvu je omezena jejich interními předpisy.²⁹ Veřejná vysoká škola se může podílet na založení právnické osoby anebo vkladu do právnické osoby pouze z předchozím písemným souhlasem její správní rady.³⁰ Možnosti nečlenské spolupráce (např. přidružený, čestný nebo akademický partner bez nutnosti vkladu) však relevantně omezeny nejsou.

²⁸ Např. členy Medizinal-Cluster Bern jsou lékařská fakulta Bernské univerzity a Bernská polytechnická univerzita <http://www.medizinal-cluster.ch/2497/2498.asp>, členem Českého svazu pivovarů a sladoven je Střední průmyslová škola potravinářské technologie a Výzkumný ústav pivovarský a sladařský, a.s. <http://www.cspas.cz/>.

²⁹ Viz. ust. § 20 odst. 3, z. č. 111/1998 Sb., o vysokých školách.

³⁰ Viz. ust. § 15 odst. 1 písm. d) z. č. 111/1998 Sb., o vysokých školách.

2.4 Organizace a vnitřní struktura klastru z pohledu rizik hospodářské soutěže

Cílem právních předpisů upravujících ochranu hospodářské soutěže je vytvořit, resp. zachovat a podporovat stav, kdy o konečném úspěchu v podnikání společností rozhodují primárně jejich individuální schopnosti.

Tržní spolupráce proto nesmí diskriminovat a musí umožňovat volný vstup a rozhodování soutěžitelů. Z podobné logiky vychází i antitrustová legislativa, která stanoví mantinely pro spolupráci mezi konkurenty i jinými soutěžiteli.

Pro vnitřní organizaci klastru z výše zmíněného plyne, že by měla být založena zejména na následujících principech

- otevřenost;
- nediskriminace; a
- maximální interní a externí transparentnost.

Tyto principy by měly být jasně zakotveny v zakladatelských dokumentech a dalších interních předpisech klastru. Tyto principy je třeba obdobně komunikovat i navenek.

Zejména by nemělo dojít k uzavření klastru pro potencionální zájemce, např. nově přichozí investory nebo vznikající drobné podnikatele a středně velké soutěžitele, ale i pro instituce terciálního vzdělávání.

2.5 Interní organizační dokumenty klastru

Důsledná úprava vnitřní organizace klastru vyžaduje přijetí zakladatelských dokumentů předepisovaných legislativou (liší se dle zvolené právní formy klastru). Interní dokumenty upraví dle potřeb klastru jeho orgány a jejich náplň práce, způsob jejich hlasování a přijímání rozhodnutí a také schvalování členství v klastru. Úpravy těchto procesů jsou zcela na uvážení klastru. Při sledování principů uvedených v předchozím bodě by neměly mít negativní soutěžně-právní implikace.

Klastr samozřejmě bude moci mít i vnitřní regulace nad zákonný povinný rámec. Z pohledu soutěžního práva lze doporučit i přijetí, alespoň rámcových, interních organizačních předpisů, které předem upraví organizační pravidla fungování jednotlivých orgánů klastru a jejich věcnou náplň (např. stálé či *ad hoc* pracovní skupiny, projektové týmy a jejich prostředky a cíle). Klastr by měl mít i písemný etický kodex, který by deklaroval soulad principů, struktury, organizace klastru a povahy spolupráce členů klastru se soutěžním právem.

Jde o relativně citlivý bod, neboť klastr a jiné typy profesních sdružení jsou obecně soutěžními orgány posuzovány relativně konzervativně a panuje vůči nim zvýšená opatrnost. Důvod je ten, že soutěžní právo primárně staví na účinné soutěži mezi soutěžiteli na trhu a k možnostem spolupráce mezi nimi se staví velice opatrně, což platí zejména tam, kde je do spolupráce zapojen soutěžitel s vyšším tržním podílem na trhu. Klastr naopak silně preferuje primárně spolupráci členů. Proto by měly vnitřní předpisy klastru jasně deklarovat vůli a mechanismy k zachování účinné soutěže mezi členy a deklaratorně spolupráci limitovat na úroveň odpovídající pravidlům hospodářské soutěže.

V interních dokumentech klastru by mělo být výslovně upraveno zejména to, jak probíhá případný sběr a zpracovávání informací (anonymní údaje shromažďuje třetí

osoba vně klastru, na klastru nezávislá, a za pečlivého utajení, tak, aby se členové klastru dostali pouze k agregovaným, historickým a anonymním datům). Současně by měl interní dokument objasňovat, z jakého důvodu je třeba dané údaje sbírat, jak budou používány a za jakým účelem. Jaký je benefit jednotlivých členů z těchto údajů. Podstata tohoto kroku je v tom, aby bylo na první pohled zřejmé, že celý systém má jasný smysl, kterým však není vnitřní sdělování obchodně citlivých údajů jednotlivým členům klastru samo o sobě, ale určitý obecně prospěšný záměr, ze kterého bude profitovat finální zákazník, a současně tato Praktika nesníží stupeň konkurence mezi členy klastru na takovou úroveň, aby mohla poškodit fungování účinné soutěže na trhu jako celku.

3 Spolupráce členů v rámci klastru a působení klastru navenek

Spolupráce výrobců, dodavatelů, spotřebitelů a institucí terciálního vzdělávání uvnitř klastru obecně činí trh více efektivním, z čehož obvykle profitují jak členové klastru (soutěžitelé), tak i jejich obchodní partneři a finální spotřebitelé. Na druhou stranu se však taková spolupráce, pokud přesáhne rámec akceptovatelný antitrustovou legislativou, může stát předmětem šetření a sankcí ze strany soutěžních orgánů.

Soutěžně-právní implikace může mít nejen chování členů klastru, ale už i určitá pochybení v nastavení organizační struktury a fungování klastru.

3.1 Formy vnitřní spolupráce v rámci klastru

Klaster bude zpravidla mít i další specializované, jiné než zákonem předepsané orgány, které budou založeny buď na trvalém základě (stálé orgány jako např. trvalé pracovní skupiny – legislativa, životní prostředí) anebo na *ad hoc* principu (dočasné projektové nebo pracovní skupiny – novela zákona o DPH, prezentace na konferenci atp.).

Už výše jsme uvedli, že pro oba typy orgánů je podstatné, aby byly předvídané interními organizačními dokumenty klastru. Dále by zde měly být vymezeny jejich cíle, principy fungování, prostředky aplikovatelné k dosažení stanovených cílů, organizační pravidla vnitřního fungování. Z interních pravidel by mělo být jasné, že cílem orgánů není vyvíjení protisoutěžních aktivit, ale pokud možno přesně specifikovaný obecně prospěšný cíl, který přináší prospěch sektoru a konečnému spotřebiteli. Tyto interní orgány nesmí být využívány k cílům úzké skupiny a musí sloužit k řešení obecných otázek sektoru, nikoliv individualizovaných problémů členů.

V případě sběru údajů, je třeba přesně popsat mechanismus jeho fungování s tím, že by měly být stanoveny principy agregovanosti dat, anonymity, obecnosti a zakotven princip sbírat od přispěvatelů a zpracovávat pouze dostatečně historická data (historickým datem zpravidla není informace stará týden nebo pouze měsíc).³¹ Pro formulaci interních předpisů však postačí vyjádření obecného principu sběru historických a nikoliv obchodně citlivých dat. Z povahy věci vyplývá, že by neměly být od členů vyžadovány důvěrné informace anebo informace, které dokonce představují předmět jejich obchodního tajemství (např. obchodní strategie, zamýšlené změny cen, objemy prodeje, efektivita produkce atd.).³²

Pro vnitřní fungování klastru je rovněž důležitá transparentnost a otevřenost.³³ I vnitřní orgány by měly tyto požadavky splňovat. Zejména v případě transparency je vhodné trvat na vypracovávání písemných zápisů z každého jednání a popsat systém jejich odsouhlasování. Osoba vedoucí jednání, resp. pořizující zápis by si měla být vědoma soutěžních rizik s tím, že tomu by měla přizpůsobit i formulaci

³¹ K stáří a obecnosti dat viz. rozhodnutí Evropské komise, *UK Agricultural Tractor Exchange*, publikované v Úředním věstníku (OJ) 1992, 68/19 a rozhodnutí Evropské komise *CEPI-Cartonboard*, publikované v Úředním věstníku (OJ) 1996, C 310/3.

³² K důvěrným informacím a výjimkám z tohoto pravidla blíže rozhodnutí Evropské komise *Cobelpa/VNP*, publikované v Úředním věstníku (OJ) 1977, L 242/10, rozhodnutí Evropské komise *Vegetable Parchment*, publikované v Úředním věstníku (OJ) 1978, L 70/54.

³³ K transparentnosti blíže Antonio Capobianco, *Information Exchange under EC Competition Law*, Common Market Law Review 41, 1547-1276, 2004.

zápisu a přípravu a moderaci průběhu jednání³⁴ (např. měla by znát limity soutěžního práva a pokud by se diskuse na půdě klastru dostávala do konfliktu s právní regulací, měla by na tuto skutečnost upozornit účastníky a ukončit diskusi. Příkladem zakázané Praktiky může být diskuse o očekávaných cenových krocích jednotlivých členů – taková komunikace zpravidla není v souladu se soutěžním právem).³⁵

Citlivější v tomto směru budou zejména orgány klastru koordinující marketing nebo společný nákup či prodej (pokud taková aktivita vůbec bude podle soutěžního práva přípustná). U těchto orgánů bude třeba vymezit jeho pravomoci, povinnosti členů a cíle fungování co nejpřesněji, aby bylo vždy zřejmé, že byla pečlivě uvažována soutěžně-právní rizika.

3.2 Kartel – čemu se vyhnout v rámci klastru

Obecně nejsou dle soutěžního práva povoleny diskuse o individuálních připravovaných strategických krocích jednotlivých členů. Rizikové jsou diskuse o cenách (i aktuálních a minulých),³⁶ odbytu, nákladech,³⁷ přidané hodnotě, efektivitě, exportu, importu, zkušenostech se zákazníky, odběrateli nebo dodavateli apod. Diskuse nesmějí směřovat k dělbě trhů a zákazníků, bojkotu a ani ke koordinovanému odmítání spolupráce se třetími osobami apod. Problémovým bodem bývají i společné formulace obchodních podmínek nebo koordinovaný postup na trhu.³⁸

Cenovým, nákladovým, ziskovým a odbytovým diskusím je vhodné se zcela vyhnout (dle možnosti v daném typu klastru). Ostatní body by měly být vždy projednávány v obecné rovině a konzultována by mohla být pouze obecná data – zpravidla nikdy individualizovaná. Zde nabývá klíčový význam moderační funkce předsedajícího a následná formulace zápisů. Právě při takových jednáních je hranice stanovená soutěžním právem snadno překročitelná, čehož jsou si vědomy i soutěžní orgány. Soutěžní orgány jsou pak velmi citlivé na poznámky o projednávání cen, odbytu nebo nákladových položek či zákazníků a zkušeností s nimi.

V tomto směru je proto každé jednání a dotčený zápis vhodné konzultovat s osobou, která má zkušenosti se soutěžním právem, a to alespoň do doby než členové získají správný cit pro antitrustové regulace. Při diskusi citlivějších témat by měl zápis pokud možno přesně vymezovat obecně prospěšné a adekvátní důvody tématu a i přesný rozsah diskuse, tak aby nemohlo dojít k dezinterpretaci ze strany třetích osob, případně nesprávnému pochopení skutečného obsahu soutěžními orgány.³⁹

³⁴ Blíže Counsel's Role and Meeting Policies v Eugenio F. Bissocoli, *Trade Associations and Information Exchange under US Antitrust and EC Competition Law*, World Competition 23 (1): 79-106, 2000.

³⁵ Blíže General Antitrust Guidelines v Eugenio F. Bissocoli, *Trade Associations and Information Exchange under US Antitrust and EC Competition Law*, World Competition 23 (1): 79-106, 2000.

³⁶ Např. rozhodnutí Evropské komise *Cobelpa/VNP*, publikované v Úředním věstníku (OJ) 1977, L 242/10.

³⁷ Např. rozhodnutí Evropské komise *EUDIM*, publikované v Úředním věstníku (OJ) 1996, C 111/8.

³⁸ Blíže Communication, transparency and antitrust enforcement v Antonio Capobianco, *Information Exchange under EC Competition Law*, Common Market Law Review 41, 1547-1276, 2004.

³⁹ Blíže Counsel's Role and Meeting Policies v Eugenio F. Bissocoli, *Trade Associations and Information Exchange under US Antitrust and EC Competition Law*, World Competition 23 (1): 79-106, 2000.

Rizikové oblasti jsou obecně blíže patrné z jednotlivých blokových výjimek. Pro přehlednost zde některé rizikové Praktiky obecně uvádíme. Vedle toho pro srovnání níže uvádíme i případy obvykle bezrizikových Praktik.

(i) Velmi rizikové Praktiky

Praktiky týkající se následujících okruhů představují vždy riziko z pohledu hospodářské soutěže:

- Praktiky týkající se cen;
- Praktiky týkající se omezení výroby a odbytu;
- Praktiky týkající se rozdělování trhu;
- Praktiky zahrnující koordinace prodejů či unifikaci prodejních podmínek, včetně tzv. vázaných obchodů (podmiňování odběru jednoho zboží odběrem jiného zboží – vytváření tzv. povinných balíčků z věcně nesouvisejících produktů);
- Praktiky týkající se bojkotů obchodních partnerů a zákazníků;
- Praktiky týkající se strategií a obchodních vizí individuálních členů nebo jen úzké skupiny členů, resp. všech členů tam, kde je členská základna klastru úzká;
- Praktiky související s výměnou důvěrných a obchodně citlivých informací;
- Praktiky týkající se koordinace vzájemného postupu vůči zákazníkům anebo dodavatelům;
- Praktiky, které nejsou věrohodně odůvodnitelné obecně prospěšným cílem (např. zlepšením zásobování, inovací, technologickým rozvojem) a benefitem pro zákazníka;
- Praktiky související s koordinací účasti na veřejných zakázkách a privátních tendrech;
- Praktiky související s tzv. *non hard core restrictions*, zejména exkluzivity, zákazy konkurence, výhradní dodávky, doporučené a maximální ceny atd; a
- samotné diskuse na výše uvedená témata v rámci klastrů.

Výměna určitých informací je tolerována na vysoce soutěžních trzích, ale je zakázána na trzích oligopolních. Společnosti působící na oligopolním trhu mají tendence sjednocovat své jednání na trhu a výměna i relativně obecných informací pak může být vyhodnocena jako dohoda v rozporu s právem hospodářské soutěže. Proto bude v budoucnu při vytváření klastrů třeba analyzovat každý případ samostatně.

(ii) Bezproblémové formy spolupráce

Setkávání se a obecné diskuse v rámci klastru o otázkách týkajících se oboru podnikání jako jsou např. legislativa, technické normy, bezpečnost

práce, ekologie, výchova a vzdělávání, apod. není v rozporu se soutěžním právem.

Profesní sdružení však v očích soutěžních orgánů bohužel představují ideální místo pro diskuse i o jiných než výše uvedených tématech, což vede v praxi k tomu, že některé Praktiky v rámci sdružení mohou narušovat hospodářskou soutěž. Bezproblémovou oblastí je i zpracovávání a projednávání veřejně dostupných informací.

3.3 Pravidla pro shromažďování a výměnu informací

Toto je jeden z citlivých bodů pro každé profesní sdružení. Již výše bylo řečeno, že je třeba nastavit efektivní mechanismus pro sběr a zpracování dat. To by mělo vždy probíhat mimo klastr, třetí nezávislou osobou nepropojenou s klastrem a za důsledného utajení. Pravidla hospodářské soutěže nevyklučují, aby touto osobou byl manažer klastru. Jednalo by se však o rizikovější situaci, a proto pro praktické fungování a z důvodu opatrnosti doporučujeme, aby osobou odpovědnou za sběr a zpracování dat byl od klastru zcela nezávislý expert.

Měl by být vždy předem definován důvod sběru dat a zhodnocen jeho soulad se soutěžními předpisy. Není možné sbírat data, pro jejichž obecně prospěšnou využitelnost nelze argumentovat.

Měla by být sbírána zásadně historická data. Historičnost dat je třeba posuzovat *ad hoc* podle typu a citlivosti dat,⁴⁰ velikosti klastru, charakteru trhu. Členům klastru by měla být data vrácena výlučně v agregované⁴¹ a anonymní podobě, z níž by nebylo možné data individualizovat.⁴²

Kolektivní shromažďování dat orgány klastru týkajících se např. cen, objemu prodeje, nákupu, vývozu, dovozu, investic, výzkumu, vývoje, know-how a specializací je problémové, zejména děje-li se v individualizované formě za jednotlivé členy a jedná-li se o údaje blízké časově aktuální nebo s výhledem do budoucna. Z mnoha rozhodnutí Úřadu a Komise vyplývá, že diskuse mezi soutěžiteli týkající se zamýšlených tržních akcí jednotlivých členů, jako např. připravovaných cenotvorných kroků, marketingu, podnikatelských strategií, nasmlouvaných zakázek, vytíženosti výroby apod., mohou být zejména na koncentrovaných trzích s menším počtem konkurentů vyhodnocena jako protisoutěžní.⁴³

Obdobně v obecné rovině by mělo probíhat případné diskutování výsledků vyplývajících z posbíraných dat. Současně lze doporučit, aby tato soutěžně-právně nezávadná data byla zpřístupňována na požádání třetím osobám či publikována.

⁴⁰ Např. EC 1978 Seventh Report on Competition.

⁴¹ Agregovaná data jsou informace, které neumožňují ani nepřímo dovést informace o jednotlivých přispěvatelích do statistik (např.: celkový objem prodeje všech 50 členů klastru za rok 2001).

⁴² Viz. Úřední věstník pod OJ C 84/14 (1968).

⁴³ Např. *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, rozhodnutí Komise publikované v Úředním věstníku pod OJ L 68/19 (1992), a obzvláště případ *T-35/92 J. Deere v Commission* (1994) ECR II – 957; případ *Fiateri a New Holland Ford v Commission* (1994) ECR II – 905; rozhodnutí Evropské komise *COMP/A-Belgian Architects's Association*, publikované v Úředním věstníku (OJ) 2004, C 2180, atd. a rozhodnutí ÚOHS proti České komoře autorizovaných inženýrů a techniků činných ve výstavbě, České komoře architektů, Českému svazu zpracovatelů masa, České lékařské komoře, Komoře veterinárních lékařů České republiky, České asociaci úklidu a čištění a Asociaci českých reklamních agentur a marketingové komunikace.

Tím se zamezí případnému zvýhodňování pouze členů klastru v souvislosti se sebranými daty.

Smyslem právní úpravy ochrany hospodářské soutěže na české i evropské úrovni je zamezit, aby si konkurenti vzájemně vyměňovali obchodně-citlivé informace nad obecně prospěšný nebo objektivně potřebný rámec.

3.4 Klastry a malé a střední podniky

Klaster má primárně sloužit rozvoji malých a středních podniků. Takto jsou i formulovány jeho obecné cíle. Proto by v klastru neměly nikdy převážet podniky velké a rovněž by nemělo dojít k využívání klastrů pro účelové zájmy pouze některých členů. Je třeba nastavit kontrolní mechanismy, aby klaster byl vždy řízen na principu rovnosti, resp. nedošlo k ovládnutí klastru většími podniky. Doporučujeme proto pro hlasování v rámci klastru aplikovat systém jeden člen/jeden hlas, čímž by mělo být zajištěno, že velké podniky nebudou klaster řídit ke svým individuálním zájmům. Tento systém hlasování lze nastavit ve kterémkoliv klastru.

Klaster je z pohledu soutěžního práva tím méně problémovým, čím více členů každého jednoho trhu sdružuje, resp. čím více je roztržštěný trh. Na dekoncentrovaném trhu by fungování klastru za dodržení obecných principů zde vymezených nemělo docházet k zásadnějším problémům z pohledu soutěžního práva.

Jak již bylo řečeno v úvodu, čím menší bude agregovaný tržní podíl členů zapojených do určité Praktiky, tím menší riziko porušení soutěžních pravidel a tím větší možnost takto organizovaného klastru, pracovní skupiny apod.

Zdůrazňujeme, že malým tržním podílem se nerozumí spolupráce jednoho malého člena s významným podnikem. V tomto případě by koordinace mezi nimi mohla vést k porušení soutěžních pravidel.

3.5 Klastry a velké podniky

Z pohledu soutěžního práva je zapojení velkých podniků do fungování orgánů klastru vždy problémovější. Soutěžní právo sice rozumí výhodám plynoucím z účasti velkých podniků (např. sdílení technologického náskoku a know-how se slabšími konkurenty a tím přispívání i k jejich rozvoji), nicméně spolupráci, do níž je zapojeno více silnějších podniků, vnímá velice senzitivně.

Primárně tedy musí být práce v rámci klastru zaměřena na malé a střední podniky. V případě potřeby zapojení větších podniků musí být jasně artikulovány důvody a předpokládané konkrétní výhody plynoucí z tohoto faktu. Zde upozorňujeme, že obecné deklarace jsou nedostačující. Je třeba uvést důvody konkrétní a podpořit je důkazně. Obecně však ve většině případů nebude důvod, proč by měl mít v klastru podstatně vyšší členský/rozhodovací/hlasovací podíl větší podnik. Silné postavení vedoucího podniku bude zpravidla indikovat nepřiměřeně dominantní postavení tohoto subjektu v klastru.

Dle našeho názoru může být ukázkou nevhodné koncepce klastru např. složení klastru 20 až 50 % dominantní podnik/20 x 2,5 % malý a střední podnikatelé, resp. instituce terciálního vzdělávání. Za této situace by navíc vznikla otázka, zda dominantní podnik nekontroluje klaster samostatně. Tudíž by zde byla potřeba

zhodnotit, zda klastř nepodléhá povolení Úřadu podle regulace spojování soutěžitelů.⁴⁴

3.6 Spolupráce klastř s jinými profesními sdruženími

Pro spolupráci mezi klastř platí obecně stejné pravidla jako pro spolupráci mezi členy klastř s tím rozdílem, že je nutné rozlišovat mezi spoluprací klastř ze souvisejících trhů (horizontální spolupráce) a mezi spoluprací klastř výrobců s klastř dodavatelů či distributorů (vertikální spolupráce).

Spolupráci klastř stejného oboru je třeba posuzovat opatrněji z pohledu soutěžního práva. Je zde vyšší riziko zvýšení tržní síly synergickým efektem. Pokud by se spolupráce týkala soutěžně citlivých oblastí (viz výše), mohlo by dojít k porušení soutěžních předpisů. Totéž se týká spolupráce dvou a více klastř organizujících soutěžitele působících na vzájemně navazujících trzích (např. dodavatele a odběratele).

Výslovně ale opakujeme, že při posuzování antitrustových limitů činnosti klastř je primárně třeba znát charakter a poměry na dotčených trzích. Čím koncentrovanější trh, čím méně soutěžitelů na něm působících a čím citlivější téma spolupráce (např. společný nákup/prodej), tím vyšší soutěžně-právní riziko. Např. odbytová a nákupní sdružení na trhu oceli je třeba vždy posuzovat velice opatrně.

3.7 Přeshraniční klastř

Právní úprava hospodářské soutěže nebrání v zapojení zahraničních společností do klastř. Naopak, odvětvová přeshraniční spolupráce je aktivním naplněním principu jednotného evropského trhu. Pravidla pro ochranu hospodářské soutěže se pro regionální, nadregionální i přeshraniční klastř uplatní rovnocenně. Omezení vyplývá jen ze zadávací dokumentace k programu OPMP Klastř, která podmiňuje účast na projektu tím, že minimálně 75 % členů klastř musí mít sídlo na území ČR.

⁴⁴ Soutěžní úřady běžně rozhodují, že i např. 30 % podíl na hlasovacích právech může založit kontrolu na cílovou společnost v případech, kdy se ostatní společníci např. nedostavují na valnou hromadu či nehlasují atd. V takové situaci pak může 30 % znamenat *de facto* řízení cílového subjektu.

Příloha 1

Seznam vybraných soutěžně-právních předpisů relevantních pro spolupráci v rámci klastru

- (i) Z. č. 143/2001 Sb. o ochraně hospodářské soutěže („**ZOHS**“);
- (ii) Čl. 81 Smlouvy o založení Evropských společenství („**SES**“);
- (iii) Vyhláška Úřadu č. 200/2001 Sb., o povolení obecné výjimky ze zákazu dohod narušujících soutěž podle ust. § 3 odst. 1 ZOHS, pro určité druhy dohod o poskytování technologií;
- (iv) Nařízení Komise č. 772/2004 o aplikovatelnosti čl. 81(3) SES na dohody o převodu technologií (*Commission Regulation (EC) No. 772/2004 of November 2000 on application of 81(3) of the Treaty to categories of technology transfer agreements*), publikované v Úředním věstníku (OJ) L 304 dne 5. prosince 2000;
- (v) Oznámení Komise k blokové výjimce o použitelnosti čl. 81 SES na dohody o převodu technologií (*Commission Notice, Guidelines on the application of Article 81 of the EC Treaty to technology transfer agreements*), publikované v Úředním věstníku (OJ) C 101/02 dne 27. dubna 2004;
- (vi) Vyhláška Úřadu č. 201/2001 Sb., o povolení obecné výjimky ze zákazu dohod narušujících soutěž podle ust. § 3 odst. 1 ZOHS, pro určité druhy dohod o specializaci;
- (vii) Nařízení Komise č. 2658/2000 o aplikovatelnosti čl. 81(3) SES na dohody o specializaci (*Commission Regulation (EC) No. 2658/200 of November 2000 on application of 81(3) of the Treaty to categories of specialisation agreements*), publikované v Úředním věstníku (OJ) L 304 dne 5. prosince 2000;
- (viii) Vyhláška Úřadu č. 199/2001 Sb., o povolení obecné výjimky ze zákazu dohod narušujících soutěž podle ust. § 3 odst. 1 ZOHS, pro určité druhy dohod o výzkumu a vývoji;
- (ix) Nařízení Komise č. 2659/2000 o aplikovatelnosti čl. 81(3) SES na dohody o výzkumu a vývoji (*Commission Regulation (EC) No. 2658/200 of November 2000 on application of 81(3) of the Treaty to categories of research and development agreements*), publikované v Úředním věstníku (OJ) L 304 dne 5. prosince 2000;
- (x) Vyhláška Úřadu č. 205/2001 Sb., o povolení obecné výjimky ze zákazu dohod narušujících soutěž podle ust. § 3 odst. 1 ZOHS, pro určité druhy dohod v oblasti drážní, silniční a vnitrozemské dopravy;
- (xi) Vyhláška Úřadu č. 198/2001 Sb., o povolení obecné výjimky ze zákazu dohod narušujících soutěž podle ust. § 3 odst. 1 ZOHS, pro určité druhy vertikálních dohod;
- (xii) Oznámení Komise, blokova výjimka na vertikální dohody (*Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints (2000/C 291/01)*), publikované v Úředním věstníku (OJ) C 291/01 dne 13. října 2000;
- (xiii) Oznámení Komise o dohodách zanedbatelného významu bez citelného dopadu na soutěž ve smyslu čl. 81(1) SES (*Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community (de minimis)*), publikované v Úředním věstníku (OJ) C 368/13 dne 22. prosince 2001;

- (xiv) Oznámení Komise o použitelnosti čl. 81 SES na dohody o horizontální spolupráci (*Commission Notice, Guidelines on the applicability of Article 81 EC Treaty to horizontal cooperation agreements (2001/C 3/02)*) publikované v Úředním věstníku (OJ) C 3/02 dne 6. ledna 2001;
- (xv) Oznámení Komise o posuzování určitých dohod o sub-kontraktaci (*Commission Notice of 18 December 1978 concerning its assessment of certain subcontracting agreements in relation to Article 85(1) of the EEC Treaty*) publikované v Úředním věstníku (OJ) C 001 dne 3. ledna 1979;
- (xvi) Oznámení Komise o definici relevantního trhu pro účely soutěžního práva Společenství (*Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law*), publikované v Úředním věstníku (OJ) C 372 dne 9. prosince 1997.

Příloha 2

Seznam užitečných www odkazů

- (i) Úřad pro ochranu hospodářské soutěže
- (ii) Evropská komise – soutěžní právo
- (iii) Evropský soud a Soud první instance – soutěžně-právní rozhodnutí
- (iv) Mezinárodní sdružení soutěžních úřadů
- (v) UK Practical Law – soutěžní právo

Příloha 3

Příklady rizikových jednání

Následující text obsahuje příkladný seznam jednání, u kterých je nutno posuzovat, zda nepředstavují zakázanou dohodu narušující hospodářskou soutěž. Tato jednání jsou rozdělena do čtyř kategorií:

- jednání se vždy vyvarujte, neboť s nejvyšší pravděpodobností představuje porušení soutěžního práva **x**
- jednání se raději vyvarujte, neboť vzbuzuje podezření porušení soutěžního práva **!**
- jednání je z hlediska soutěžního práva v pořádku **✓**
- jednání lze posoudit z hlediska dopadu na hospodářskou soutěž pouze podle okolností konkrétního případu **?**

Zdůrazňujeme, že ačkoliv se níže hovoří o dohodách, nejsou povoleny ani diskuse na níže uvedené témata. Podstata věci spočívá v tom, že i diskuse může v praxi vést k následné koordinaci účastníků při níže uvedených akcích, což je z pohledu soutěže nežádoucí stav.

- Dohody, diskuse o prodejních cenách **x !**

Dohody o přímém nebo nepřímém určení cen patří mezi nejzávažnější způsob narušení hospodářskou soutěže.

Zakázané jsou nejenom psané nebo nepsané dohody o určení cen, riziko představují i pouhé diskuse o nich (jakkoliv neformální) probíhající mezi konkurenty nebo jejich zaměstnanci.

- Dohody o omezení výroby **x**

Dohody o omezení výroby ve svém důsledku představují dohody o nepřímém určení cen, neboť z důvodu omezení výroby dochází k nárůstu poptávky a tím i ceny.

- Dohody o rozdělení trhu **x ?**

Rozdělením trhu se rozumí rozdělení trhu např. podle druhu výrobků/surovin, území nebo zákazníků. Obecně je rozdělení zakázáno. Sem spadá i dohadování společného postupu při tendrech.

Zakázána by ale nebyla např. dohoda mezi společnostmi o rozdělení zakázky nebo o společném provedení projektu proto, že by tyto společnosti nebyly schopny celou zakázku samy provést (např. důvodu velkého objemu).

- Vázané obchody **x**

Vázanými obchody se rozumí situace, kdy podmínkou prodeje určitého výrobku/suroviny je současný prodej jiného výrobku/suroviny, který však s prvním výrobkem/surovinou věcně nesouvisí.

- Skupinový bojkot **x**

Skupinovým bojkotem se rozumí dohoda o tom, že účastníci dohody nebudou obchodovat či jinak spolupracovat s ostatními zákazníky, kteří nejsou účastníky dohody nebo jim jinak působit újmu.

- Výměna informací **x ! ✓**

Zakázána je vzájemná výměna jakýchkoliv důvěrných informací jako jsou např. informace o cenové politice, vývoji objemu produkce a prodeje, obchodní strategii, utilizace kapacit, zkušenostech se zákazníky, zamýšlených investicích, rozpočtu apod.

- Profesní sdružení **✓ !**

Členství v profesních sdruženích, včetně klastrů, samozřejmě není nijak omezováno. Setkávání se, diskuse a společné postupy v rámci profesních sdružení o otázkách týkajících se oboru podnikání jako jsou např. legislativa, technické normy, bezpečnost práce, ekologie, výchova a vzdělávání, velké společné projekty, které by jinak účastníci nebyly sami schopni realizovat apod., není v rozporu se soutěžním právem.

Z pohledu soutěžních úřadů, však profesní sdružení často mohou představovat místo, kde spolu obchodní partneři mohou vést diskuse nad rámec výše uvedených obecně prospěšných témat. Proto je třeba se v rámci profesních sdružení vždy vyhnout diskusím o cenách, cenové politice, vývoji objemu produkce a prodeje, obchodní strategii, zkušenostech se zákazníky apod.

- Jednání, která nejsou ekonomicky odůvodnitelná !

Jakákoliv jednání, jež nejsou ekonomicky odůvodnitelná nebo jsou naopak velmi nelogická, mohou vzbuzovat vždy podezření z protisoutěžního jednání.

- Dohody o výzkumu, vývoji **✓**

Dohody o výzkumu a vývoji jsou zpravidla v souladu se soutěžním právem, ale je třeba zkoumat, zda smlouvy vyhovují pravidlům blokové výjimky.

- Technické normy, standardy, garance kvality **✓**

Dohody týkajících se norem, technických standardů nebo garance kvality zpravidla nepředstavují žádné nebezpečí pro hospodářskou soutěž.

- Doporučené ceny, maximální ceny **✓ ?**

Dohody s distributory obsahující ujednání o doporučených nebo maximálních cenách jsou zpravidla v pořádku, ovšem za předpokladu, že dodržování těchto cen není v praxi „skrytě“ vynucováno.

Příloha 4

Doporučený postup organizátorů a členů klastru při hodnocení soutěžně-právních rizik

- (i) Zhodnocení průmyslového odvětví
- Správně definovat trhy, na nichž působí zamýšlení členové klastru. Zpravidla se bude jednat o více trhů. Vymezení trhu např. jako „potravinářský průmysl“ je zcela nedostatečné. Soutěžní orgány trhy definují velmi úzce a tržní podíly kalkulují podle sub-segmentů.⁴⁵ Segmentaci trhu lze provést za pomoci Oznámení Komise o definici relevantních trhů⁴⁶ a judikatury a rozhodovací praxe Úřadu⁴⁷ a Komise.⁴⁸
 - Poté je třeba rámci definovaných segmentů trhu zjistit strukturu trhu (zejména počet konkurentů a jejich tržní podíly, charakter, koncentrovanost a uzavřenost trhu) a postavení soutěžitelů, kteří se mají stát členy klastru.
 - Sečtením tržních podílů členů klastru pak vyjde jejich společný tržní podíl.
- (ii) Aplikace soutěžní legislativy
- Zhodnotit, co má být obsahem práce klastru (např. společná distribuce nebo výzkum a vývoj) anebo co má být obsahem jednotlivé praktiky klastru (např. vývojový projekt).
 - Vyhodnotit, zda hrozí riziko tzv. *hard core restrictions* v souvislosti s činností klastru.
 - Pokud ano, je třeba tyto rizika eliminovat. Pokud ne, je třeba zjistit, zda činnost klastru spadne pod *de minimis*.
 - Pokud tržní podíly účastníků překročí (resp. se blíží) hranici *de minimis*, je třeba zjistit, zda se na danou činnost vztahuje bloková výjimka. Pokud ano, je třeba zjistit (právní a ekonomická analýza), zda činnosti (Praktika) splňuje její podmínky.
 - Pokud nesplňuje (zejména, pokud je společný tržní okolo hranice příslušné blokové výjimky), je riziko porušení hospodářské soutěže relativně vysoké a je třeba vyhledat právní poradenství.
- (iii) Nastavit pravidla sběru, zpracování a vyhodnocování informací členů klastru
- Mají-li být v rámci klastru sbírány a zpracovávány informace, je potřeba zjistit soulad procesů se soutěžním právem.

⁴⁵ Např. v Rozhodnutí S 14/01 Úřad u produkce zmrzlina rozlišil trhy jako (i) zmrzlina typu Catering (zmrzlina dodávaná pro stravovací služby), (ii) zmrzlina typu Impulse (zmrzlina na dřívku v kornoutu) a (iii) zmrzlina typu Také Home/Multipack (zmrzlina pro domácnost balená po několika kusech).

⁴⁶ Oznámení Komise o definici relevantního trhu pro účely soutěžního práva Společenství (*Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law*), publikované v Úředním věstníku (OJ) C 372 dne 9. prosince 1997.

⁴⁷ Viz www.compet.cz.

⁴⁸ Viz http://www.europa.eu.int/comm/competition/index_en.html.