

S 117/03-2662/03

V Brně dne 21. července 2003

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení č.j. S 117/03, zahájeném dne 20. června 2003 podle § 18 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), v platném znění, a § 15 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, v souladu s § 21 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, na návrh účastníků řízení, jimiž jsou společnosti AGROFERT HOLDING, a.s., se sídlem Roháčova 1101/89, Praha 3, IČ: 25130072, ve správním řízení zastoupená JUDr. Miroslavou Rybovou, na základě plné moci, a AFG Holding, a.s., se sídlem U vlečky 2, Brno, IČ: 25537741, ve správním řízení zastoupená Ing. Mgr. Zdeňkem Dufkem, na základě plné moci, ve věci povolení spojení soutěžitelů, ve smyslu § 16 odst. 2 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, vydává toto

r o z h o d n u t í :

Založení společně kontrolovaného podniku, společnosti AGF LOGISTICS, a.s., se sídlem U vlečky 2, Brno, společnostmi AGROFERT HOLDING, a.s., se sídlem Roháčova 1101/89, Praha 3, IČ: 25130072, a AFG Holding, a.s., se sídlem U vlečky 2, Brno, IČ: 25537741, ke kterému dochází na základě zakladatelské smlouvy o založení akciové společnosti AGF LOGISTICS, a.s., uzavřené dne 13. června 2003 společnostmi AGROFERT HOLDING, a.s., na straně jedné, a společností AFG Holding, a.s., na straně druhé, povolení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

n e p o d l é h á .

O d ů v o d n ě n í :

Při posuzování navrhované transakce vycházel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) zejména z návrhu na zahájení správního řízení, dotazníku k povolení spojení, doplnění návrhu ze strany účastníků řízení a informací o zúčastněných společnostech.

Skutečnost, že se Úřad předmětným založením společného podniku zabývá, byla zveřejněna v Obchodním věstníku č. 26/03 ze dne 2. července 2003. Ve stanovené lhůtě 5 dnů, ani později, Úřad neobdržel žádnou připomínku.

Notifikační podmínky

Úřad zahájil dne 20. června 2003 na návrh společností AGROFERT HOLDING, a.s., se sídlem Roháčova 1101/89, Praha 3, IČ: 25130072 (dále jen „AGROFERT“), a AFG Holding, a.s., se sídlem U vlečky 2, Brno, IČ: 25537741 (dále jen „AFG“), správní řízení č.j. S 117/03 ve věci udělení povolení ke spojení soutěžitelů ve smyslu § 15 a násl. zákona č. 143/2001 Sb. o ochraně hospodářské soutěže (dále jen „zákon“).

Navrhovatelé uzavřeli dne 13. června 2003 zakladatelskou smlouvu o založení akciové společnosti, v jejímž důsledku byla založena společnost AGF LOGISTICS, a.s., se sídlem U vlečky 2, Brno (dále jen „LOGISTICS“). Společnosti AGROFERT a AFG se staly jedinými akcionáři nově založené společnosti, přičemž společnost AGROFERT upsala akcie představující 51 % základního kapitálu a společnost AFG akcie představující 49% podíl.

Celkový celosvětový čistý obrat společností AGROFERT a AFG byl v posledním účetním období vyšší než 5 miliard Kč. Podmínka stanovená v § 13 písm. a) je tedy splněna

Právní rozbor

Společnost **AGROFERT HOLDING** je obchodní společností bez vlastního výrobního programu, která formou majetkových účastí sdružuje další obchodní a výrobní společnosti. Jejím jediným akcionářem je společnost AGROFERT a.s., se sídlem Roháčova 83/1099, Praha 3, která stojí na vrcholu majetkové struktury holdingu.

Skupina Agrofert zaměřuje svoji činnost do tří základních oblastí, jednak je to činnost související se zemědělstvím, dále činnost související s potravinářstvím a také činnost související s průmyslovou výrobou chemických látek na bázi organické i anorganické chemie.

V oblasti zemědělství působí z holdingu Agrofert přibližně 30 společností. Jedná se zejména o společnosti typu ZZN, tedy zemědělské zásobování a nákup, či ACHP, tj. agrochemické podniky. Uvedené typy společností se zabývají obchodováním s potřebami pro zemědělskou prvovýrobu (průmyslová hnojiva, pesticidy, mořidla) a poskytováním služeb pro zemědělce (např. sklizňové služby, posklizňový výkup plodin a jejich ošetření). Většina společností typu ZZN rovněž vyrábí krmné směsi pro hospodářská zvířata a v menší míře se zabývají výkrmem drůbeže či prasat.

V oblasti potravinářství působí ze skupiny Agrofert především společnosti Maso Planá, a.s. a MASNA Studená, a.s., které se zabývají zpracováním vepřového i hovězího masa, a dále ADEX a.s., zabývající se porážkou a zpracováním krůt.

V chemickém průmyslu působí ze skupiny Agrofert především společnosti DEZA a.s.; PRECHEZA a.s.; Lovochemie a.s.; AGROBOHEMIE a.s. a ALIACHEM, a.s., což jsou významní tuzemští producenti výrobků organické i anorganické chemie.

Společnost **AFG Holding** je kontrolována panem Ing. Jiřím Kratochvílem, bytem Jestřábí 4, Velká Bíteš, který je jejím jediným akcionářem. Společnost samotná je činná zejména v oblasti zastupování v celním řízení, v oblasti nájmu nemovitostí (výhradně ve

vlastnictví AFG) a v oblasti zasilatelství. Mimoto se společnost zaměřuje především na kontrolu vlastních majetkových účastí.

Na území České republiky kontroluje společnost AFG, ať už přímo či nepřímo, společnosti Argo Internationale Spedition, s.r.o., ARGO TRANS s.r.o., Argo Bohemia s.r.o., Argo Kombi s.r.o., ARGO CONSULTING, s.r.o., Argo Logistics s.r.o., ČSPL, a.s. a NAVISPED, s.r.o., které se zabývají především zasilatelstvím, ale i skladováním či technickým poradenstvím v dopravě.

Společnost **LOGISTICS** je koncipována jako speditér poskytující komplexní logistickou obsluhu společností ze skupiny Agrofert, se zaměřením na železniční přepravu, silniční přepravu, kombinovanou přepravu a organizování přepravy za účelem vývozu či dovozu. Za účelem zajištění komplexnosti bude společnost rovněž poskytovat služby pronájmu vozů nebo nákladních kontejnerů, skladování a meziskladování zboží na cestě a poskytování související celní agendy a pojištění zásilek. Nově založená společnost nepočítá s provozem vlastních dopravních prostředků pro poskytované služby, bude využívat nabídek českých i zahraničních dopravců působících na tuzemském trhu přepravy zboží. Společnost LOGISTICS rovněž nebude budovat vlastní skladovací kapacity. Přestože cílem činnosti společnosti LOGISTICS má být poskytovat své služby výhradně pro společnosti ze skupiny AGROFERT, nedojde k uzavření exkluzivních smluv s těmito společnostmi.

Na společný podnik převede společnost AFG šest zaměstnanců a rovněž veškeré zakázky na přepravu, které pro skupinu AGROFERT zajišťovala některá z jí kontrolovaných společností v době před uskutečněním navrhované transakce.

Úřad nejprve zkoumal, zda předmětná transakce představuje spojení soutěžitelů, které podléhá povolení Úřadu. V ustanovení § 12 odst. 4 zákona je uvedeno, že za spojení soutěžitelů se rovněž považuje založení nového soutěžitele společně kontrolovaného více soutěžiteli, který dlouhodobě plní všechny funkce samostatné hospodářské jednotky, a toto spojení nemá za cíl ani za následek koordinaci soutěžního chování zakladatelů společného podniku.

Aby založení nového soutěžitele bylo posuzováno jako spojení podle § 12 odst. 4 zákona, musejí být splněny zejména dvě podmínky. Za prvé nový soutěžitel musí být kontrolován společně všemi zakladateli, za druhé musí mít koncentrativní charakter. O koncentrativní společný podnik jde tehdy, jestliže tento vykonává na trvalém základě (tj. po časově neomezenou nebo alespoň delší dobu) všechny funkce samostatného hospodářského subjektu, a jeho zakladatelé na relevantním trhu nadále v téže oblasti podnikání již nepůsobí samostatně a na sobě nezávisle, ale právě prostřednictvím společného podniku. Jestliže o obchodních aktivitách nového soutěžitele nerozhodují společně všichni zakladatelé, nebo není-li nový soutěžitel typem koncentrativního společného podniku, nejde o spojení ve smyslu § 12 odst. 4 zákona.

Při hodnocení splnění kritérií uvedených v předchozím odstavci, a tudíž určení, zda se v případě posuzované transakce jedná o spojení soutěžitelů ve smyslu § 12 zákona, vycházel tedy Úřad především ze skutečnosti, zda oba zakladatelé nového soutěžitele vykonávají nad tímto společnou kontrolu, zda stále působí samostatně v téže oblasti podnikání, je-li fungování společně kontrolovaného podniku postaveno na trvalých základech a plní-li všechny funkce samostatné hospodářské jednotky, a to takové funkce, které na stejném trhu plní ostatní srovnatelné společnosti; v tomto smyslu musí mít společný podnik přístup k dostatečným zdrojům (finance, zaměstnanci, aktiva, vedoucí pracovníci) pro svoji činnost a musí též poskytovat významnou část svých služeb volně na trhu i jiným subjektům, než pouze svým zakladatelům. Úřad rovněž posuzoval, zda založení společného podniku bude mít za následek trvalou změnu struktury zúčastněných společností.

Šetření Úřadu prokázala, že společnosti AGROFERT a AFG budou nově založený podnik společně kontrolovat. Tato skutečnost vyplývá ze stanov společnosti LOGISTICS, neboť zvolení orgánů této společnosti vyžaduje konsensus obou zakladatelů, a rovněž tak je valná hromada usnášeníschopná pouze za předpokladu 100% účasti akcionářů. Oba zakladatelé budou o obchodních aktivitách nově založeného podniku rozhodovat společně.

Dále se Úřad zabýval otázkou, zda společnost LOGISTICS má povahu společného podniku koncentrativního typu, tj. zda bude dlouhodobě plnit všechny funkce samostatné hospodářské jednotky. Z hlediska tohoto posouzení zhodnotil Úřad jako významné následující skutečnosti.

Co se týče dlouhodobosti trvání společnosti LOGISTICS, její existence není omezena na žádné časově omezené období. Lze tedy konstatovat, že podmínka vykonávání činnosti společně kontrolovaného podniku na trvalém základě (tj. po časově neomezenou nebo alespoň delší dobu) je splněna.

Ačkoliv společnost LOGISTICS bude poskytovat logistické služby společně se skupinou AGROFERT na nevýlučné bázi, šetření, která provedl Úřad, prokázala, že tato společnost nebude usilovat o získávání zakázek mimo společnosti této skupiny. Lze konstatovat, že významná část služeb poskytovaných zakladatelům nebude společností LOGISTICS nabízena volně na trhu jiným subjektům. Skutečnost, že společný podnik se aktivně účastní soutěže na trhu, je přitom nutno považovat za jeden z hlavních předpokladů pro to, aby založení takového společného podniku mohlo být považováno za spojení podle § 12 odst. 4 zákona (viz např. rozhodnutí Evropské komise *M.904 – RSB/TENEX/Fuel Logistic*).

Není rovněž splněna další podmínka, svědčící o založení společného podniku koncentrativního charakteru, a to, že zakladatelé nebudou nadále v dané oblasti působit samostatně a na sobě nezávisle. Jak prokázala šetření Úřadu, společnost AFG, respektive jí kontrolované společnosti, bude vykonávat všechny činnosti vykonávané do budoucna společností LOGISTICS i nadále rovněž samostatně.

Významným faktorem pro zhodnocení možnosti nově založeného společného podniku působit jako samostatná hospodářská jednotka je posouzení jejího přístupu k dostatečným zdrojům. Nelze sice konstatovat, že společnost LOGISTICS bude závislá na zdrojích svých zakladatelů, nicméně skutečnost, že společnost LOGISTICS neuvažuje s vybudováním vlastních skladovacích kapacit ani s investicemi do dopravních prostředků, a že šest z osmi plánovaných zaměstnanců poskytne společnost AFG, svědčí o určité míře organizační a materiální závislosti společného podniku na svých zakladatelích.

Založení společného podniku LOGISTICS nebude znamenat trvalou změnu struktury zúčastněných soutěžitelů. Společný podnik nelze považovat za soutěžitele se všemi atributy samostatné hospodářské jednotky (full function joint venture), pokud převezme zcela nebo zčásti jednu z funkcí svých zakladatelů, aniž by měla plný přístup k trhu. Tak je tomu i v posuzovaném případě, kdy společnost LOGISTICS bude plnit principiálně pouze funkci logistické obsluhy společností ze skupiny Agrofert.

Z výše uvedených důvodů Úřad usoudil, že společnost LOGISTICS nebude plnit funkce samostatné hospodářské jednotky, která by nebyla zaměřena pouze na určité činnosti vykonávané ve prospěch svých zakladatelů nebo jednoho z nich. Rovněž s ohledem na uvedené skutečnosti Úřad vyvodil, že působení společnosti LOGISTICS naopak může mít za následek koordinaci jednání jejích zakladatelů v oblasti zajišťování logistických služeb. Ustanovení § 12 odst. 5 zákona přitom uvádí, že založení společně kontrolovaného podniku,

jehož účelem je koordinace soutěžního chování jeho zakladatelů, kteří zůstanou na trhu i nadále nezávislími soutěžiteli, se posuzuje jako dohoda soutěžitelů podle hlavy druhé zákona.

Při stanovování a hodnocení kritérií pro posouzení vzniku koncentrativního společného podniku přihlížel Úřad podpůrně k Oznámení Evropské komise ke konceptu plně funkčních společných podniků podle nařízení č. 4064/89, o kontrole spojování soutěžitelů (Commission Notice on the concept of full-function joint venture under Council Regulation No 4064/89 on the control of concentrations between undertakings, OJ C 66 z 02.03.1998), a také k některým rozhodnutím Evropské komise týkajícím se posuzování založení společného podniku, např. M.1315 – *ENW/Eastern*, M.904 – *RSB/TENEX/Fuel Logistic* nebo M.3003 – *Electrabel/Energia Italiana/Interpower*. Správnost a ústavnost podpůrného přihlížení k judikatuře Evropské komise potvrdil svým rozsudkem Vrchní soud (2A 6/96) a následně svým náleznem Ústavní soud (ÚS 31/97 – 35).

Úřad v daném řízení dospěl k závěru, že založení společného podniku, společnosti LOGISTIC, není spojením soutěžitelů ve smyslu Hlavy IV. zákona, neboť nejsou splněny podmínky aplikace ustanovení § 12 odst. 4 zákona, když je třeba na takovou transakci aplikovat ustanovení § 12 odst. 5 zákona, a v návaznosti na to dle § 16 odst. 2 zákona rozhodl o tom, že navrhované spojení nepodléhá jeho povolení.

Poučení o opravném prostředku

Ve smyslu ustanovení § 61 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), v platném znění, lze proti tomuto rozhodnutí podat do 15 dnů od jeho doručení rozklad předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – odboru fůzí. Včas podaný rozklad má odkladný účinek.

Ing. Vladimír Stankov, CSc.
vrchní ředitel

v zastoupení
Mgr. Roman Pliska
pověřený zastupováním

PM: 21. července 2003

Rozhodnutí obdrží:

JUDr. Miroslava Rybová
AGROFERT HOLDING, a.s.
Roháčova 1101/89
130 00 Praha 3

a

Ing. Mgr. Zdeněk Dufek
AFG Holding, a.s.
U vlečky 2
617 00 Brno