

S 145G/02-4153/02

V Brně dne 2. prosince 2002

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže v rámci správního řízení č.j. S 145/02 zahájeného dne 8. července 2002 na návrh společnosti ČEZ, a.s., se sídlem Duhová 2/1444, Praha 4, IČ: 45274649, ve věci povolení spojení soutěžitelů ve smyslu § 12 a násl. zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, v souladu s § 14 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), v platném znění, a § 21 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže,

rozhodl

o žádosti společnosti Severomoravská energetika, a.s., se sídlem 28. října 152, Ostrava, IČO: 45274649, o přiznání postavení účastníka řízení ze dne 8. listopadu 2002

takto:

Postavení účastníka správního řízení č.j. S 145/02 zahájeného dne 8. července 2002 na základě návrhu společnosti ČEZ, a.s., se sídlem Duhová 2/1444, Praha 4, IČ: 45274649, ve věci povolení spojení soutěžitelů ve smyslu § 12 a násl. zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, se společností Severomoravská energetika, a.s., se sídlem 28. října 152, Ostrava, IČO: 45274649,

nepřiznává.

Odůvodnění:

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále je „Úřad“) zahájil na návrh společnosti ČEZ, a.s., se sídlem Duhová 2/1444, Praha 4, IČ: 45274649 (dále jen „ČEZ“), správní řízení č.j. S 145/02 ve věci povolení spojení soutěžitelů. Společnost ČEZ ve svém podání žádá o povolení spojení soutěžitelů, ke kterému dochází ve smyslu § 12 odst. 3 písm. a) zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže (dále jen „zákon“), na základě Smlouvy o koupi akcií, uzavřené dne 28. června 2002 mezi Fondem národního majetku České republiky, se sídlem Rašínovo nábřeží 42, Praha 2, IČ: 41692918 (dále jen „FNM“), jako prodávajícím,

a společností ČEZ, jako kupujícím, v jejím důsledku získá společnost ČEZ majoritní podíly na upsaném základním kapitálu ve společnostech Středočeská energetika, a.s., se sídlem Vinohradská 325/8, Praha 2, IČ: 60193140 (dále jen „STE“), Východočeská energetika, a.s., se sídlem Sladkovského 215, Hradec Králové, IČ: 60108720 (dále jen „VČE“), Severočeská energetika, a.s., se sídlem Teplická 874/8, Děčín IV, IČ: 49903179 (dále jen „SČE“), Západočeská energetika, a.s., se sídlem Guldenerova 19, Plzeň, IČ: 49790463 (dále jen „ZČE“), Severomoravská energetika, a.s., se sídlem ul. 28. října 152, Ostrava, IČ: 47675691 (dále jen „SME“), a minoritní podíly ve společnostech Jihočeská energetika, a.s., se sídlem Lannova 16, České Budějovice, IČ: 60826819 (dále jen „JČE“), Pražská energetika, a.s., se sídlem Na Hroudě 1492/4, Praha 10, IČ 60193913 (dále jen „PRE“), a Jihomoravská energetika, a.s., se sídlem Lidická 36, Brno, IČ: 49970194 (dále jen „JME“).

Společnost SME (dále též „žadatel“) požádala dne 8. listopadu 2002 o přiznání postavení účastníka správního řízení S 145/02 ve smyslu § 21 odst. 1 zákona. Před vydáním rozhodnutí o přiznání postavení účastníka řízení Úřad umožnil společnosti SME doplnění žádosti o přiznání postavení účastníka řízení o další informace, které by rozšířily podklad rozhodnutí a jejichž zohlednění by mohlo přispět k lepšímu posouzení předmětné žádosti. Současně Úřad společnosti SME sdělil, že při rozhodování o přiznání postavení účastníka řízení bude za podklad rozhodnutí, v případě, že SME své podání nedoplní, považovat zejména veškeré informace obsažené v prvním podání ze dne 8. listopadu 2002.

Žadatel ve svém podání poukazuje na ustanovení § 21 odst. 1 zákona, v němž je zakotvena možnost Úřadu přiznat postavení účastníka řízení i osobě, jejíž práva nebo povinnosti mohou být rozhodnutím Úřadu podstatně dotčeny. V této souvislosti se žadatel domnívá, že jeho práva a povinnosti mohou být rozhodnutím o spojení dotčeny minimálně dvěma způsoby.

Prvním právem, které by mohlo být rozhodnutím Úřadu podstatně dotčeno, je dle žadatele jeho subjektivní právo objektivně zakotvené v § 41 odst. 1 zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ObZ“), na svobodné rozvíjení své soutěžní činnosti, v zájmu dosažení hospodářského prospěchu. Důvodem pro obavu žadatele z podstatného dotčení tohoto práva je především fakt, že společnost ČEZ bude mít po spojení dostatečnou sílu ovlivnit činnost žadatele:

- (i). v otázce množství elektrické energie, kterou bude odebírat od společnosti ČEZ jako vysoce dominantního výrobce elektrické energie na geograficky vymezeném relevantním trhu České republiky,
- (ii). v otázce ceny, kterou bude muset platit za elektřinu vyrobenou společností ČEZ, a
- (iii). v jeho postavení soutěžitele na relevantním trhu obchodování s elektrickou energií v České republice.

K tomu Úřad uvádí, že právo stanovené § 41 ObZ obecně nemůže být rozhodnutím Úřadu o povolení či nepovolení předmětného spojení žádným způsobem dotčeno a bude společnosti SME, ale i všem ostatním soutěžitelům, příslušet i tehdy, jestliže Úřad předmětné spojení povolí. Toto právo totiž nevyplývá z žádného právního úkonu či individuálního správního aktu o povolení určitého spojení soutěžitelů vydaného Úřadem, ale přímo z příslušných právních předpisů, zejména z ústavního pořádku České republiky a obchodního zákoníku. Mimoto ustanovení § 42 odst. 2 obchodního zákoníku, v případech omezování hospodářské soutěže odkazuje na zvláštní zákon, kterým je zákon o ochraně hospodářské soutěže, a který Úřadu v ustanovení § 1 přímo ukládá zajišťovat ochranu hospodářské soutěže proti jejímu narušení. Zachování hospodářské soutěže a její ochrana, jejíž kritéria a podmínky

jsou stanoveny zmíněnými právními předpisy, je totiž nejen v zájmu soutěžitelů, ale především je zájmem státu na existenci soutěže jako ekonomického jevu. Proto případy spojování soutěžitelů, které teoreticky mohou vést k narušení soutěže, podléhají kontrole Úřadu. Jinak řečeno, Úřad svými rozhodnutími dbá o to, aby soutěž, a tedy i právo stanovené § 41 ObZ, byla i v případě povolení spojení nadále zachována, a tím tedy nepřímou chrání právo ostatních soutěžitelů na účast ve volné soutěži (např. stanovením podmínek, za nichž spojení povolí).

Pokud jde o konkrétní důvody, které žadatele k obavě z podstatného dotčení práva ve smyslu § 41 ObZ vedou, Úřad především konstatuje, že nelze žádným způsobem předjímat chování nového akcionáře, vzhledem k jím kontrolovaným společnostem. I když je SME o postupu společnosti ČEZ patrně přesvědčena, tento záměr žádným způsobem neprokázala.

Mimoto Úřad ve svých rozhodnutích o povolení spojení nerozhoduje o oprávněnosti dosavadního majoritního akcionáře společností, nacházejících se v pozici žadatele, zcizit jeho akcie a za tím účelem si vybrat kupujícího, neboť není příslušný k dozoru nad právními úkony, k nimž došlo v souladu s jinými právními předpisy, jako je např. ObZ. Tato pravomoc přísluší pouze soudům, a nelze se dovolávat k Úřadu, jako k další „instanci“, s cílem zvrátit rozhodnutí majoritního akcionáře vybrat kupce a posléze mu i prodat předmětné akcie.

Je třeba konstatovat, že se Úřad přiznání postavení účastníka třetí osobě v souladu s ust. § 21 odst. 1 věta druhá zákona žádným způsobem nebrání. O tom svědčí i jeho rozhodnutí č.j. R 53/2002 z 11.10.2002, kdy bylo přiznáno postavení účastníka řízení společnosti CHEMOPETROL, a.s. Úřad přiznává postavení účastníka řízení zejména v případech, kdy je soutěžitel v pozici distributora omezován účastníkem řízení ve vlastním rozhodování o cenách odebraného zboží při jeho dalším prodeji. Je však třeba si uvědomit podstatnou skutečnost, a tou je fakt, že stejně jako tomu bylo v případě zmiňovaného přiznání postavení účastníka řízení, bude účastenství přiznáno zejména v případě distributora, který je již v otázce ceny omezován, přičemž je nutné, aby se jednalo o cenu, která byla vůči subjektu žádajícímu přiznání účasti na řízení uplatňována, a zejména aby tato cena byla vlastním předmětem daného správního řízení. To znamená, že přiznání účastenství v řízení osobám, jejichž práva či povinnosti by mohly být rozhodnutím Úřadu dotčeny, přichází v úvahu typicky v řízeních o zakázaných dohodách podle § 3 a násl. zákona nebo v řízeních o zneužití dominantního postavení dle § 11 odst. 12 zákona.

Druhým právem, jež by mělo být v důsledku spojení podstatně dotčeno, je, resp. jsou práva navrhovatele objektivně zakotvená v § 187 odst. 1 ObZ, a to zejména změna stanov, zvýšení/snížení základního kapitálu, vydávání dluhopisů, rozhodnutí o registraci akcií a významné akciové dispozice. Jak žadatel uvádí, bude-li Úřadem spojení povoleno a ČEZ nabude ve společnosti SME podíl vyšší než 50 %, může v souladu s jednotlivými ustanoveními § 187 odst. 1 ObZ zablokovat nebo významně změnit obchodní strategii SME. Situace tak může mít dle SME za následek neochotu investorů nadále investovat v českém zmonopolizovaném elektroenergetickém prostředí. Dále též údajně hrozí prosazení finančních či cenových transferů ve prospěch ČEZ na úkor žadatele, vynakládání neefektivních nákladů na unifikaci řízení a informačních systémů žadatele a poruchy jeho zaběhnutých systémů řízení.

Pokud jde o ustanovení § 187 odst. 1 písm. a), b), c), h) a k) obchodního zákoníku, Úřad konstatuje, že tyto nezakládají žádná práva ani akciové společnosti, ani jejím akcionářům. Jedná se o kompetenční ustanovení, která vymezují působnost valné hromady akciové společnosti. Akciová společnost ani její akcionáři nemají právo na realizaci rozhodnutí valné hromady.

Úřad dále uvádí, že ustanovení § 187 odst. 1 ObZ se vztahuje především k akcionářům, kteří se účastní valné hromady. Pokud jde o zájmy žadatele, Úřad znovu konstatuje, že není v jeho pravomoci posuzovat postup majoritního akcionáře vůči jím kontrolované společnosti z pohledu porušení ustanovení ObZ.

Akcionářům, respektive potenciálním investorům, přísluší pouze oprávnění účastnit se valné hromady, hlasovat na ní, požadovat na ní příslušná vysvětlení a uplatňovat návrhy a protinávrhy (§ 180 odst. 1 obchodního zákoníku).

Předmětným spojením společností ČEZ a REAS se na těchto právech akcionářů, ani na kompetencích valné hromady, nic nemůže změnit, natož aby mohlo dojít k jejich podstatnému dotčení rozhodnutím ve věci.

SME nemůže vystupovat v pozici vlastního akcionáře. Pokud by akcionářská práva společnosti (zde tedy pouze takové, která je akcionářem SME) na valné hromadě byla porušena, stalo by se tak podle jiných právních předpisů, zejména obchodního zákoníku, nikoliv podle rozhodnutí vydaného podle zákona o ochraně hospodářské soutěže.

Závěrem svého původního podání ze dne 8.11.2002 žadatele poukazuje na rozhodovací praxi Evropské komise, která postupuje na základě Nařízení Rady č. 4064/89 o kontrole spojování soutěžitelů, a z něhož dle názoru žadatele vyplývá, že za tzv. „party concerned“ je Komisí považována jak „přebírající“, tak i „přebíraná“ společnost. S tímto postavením jsou pak dle názoru žadatele spojena oprávnění, která jsou v českém právu přiznána pouze účastníkovi řízení. K tomu Úřad uvádí, že požadavek harmonizace a slučitelnosti české právní úpravy posuzování spojení soutěžitelů s komunitárním právem Společenství, směřuje zejména na posouzení hmotně-právních ustanovení, a není vyžadována naprostá totožnost procesních postupů.

Zákon za účastníka řízení automaticky nepovažuje všechny spojované soutěžitele, účastníkem řízení o povolení spojení soutěžitelů podle § 21 odst. 1 věta první zákona je především navrhovatel, neboť ve správním řízení se rozhoduje o jeho právech spočívajících v možnosti nabytí kontroly nad jiným soutěžitelem, tj. zda mu bude právo nabyt například kontrolu nad jiným soutěžitelem, po posouzení dopadů na hospodářskou soutěž, upřeno či nikoli.

V doplnění původního podání, které bylo učiněno dne 25.11.2002, se žadatel domnívá, že postavení účastníka řízení pro něj vyplývá již z ustanovení věty první § 21 odst. 1 zákona, podle níž je účastníkem řízení ten, o jehož právech nebo povinnostech stanovených tímto zákonem má být v řízení rozhodnuto. Žadatel se domnívá, že v řízení, v němž se rozhoduje o povolení či nepovolení spojení soutěžitelů, jde vždy o práva a povinnosti všech soutěžitelů na spojení zúčastněných. Subjektem, o jehož právech Úřad rozhoduje, je tedy dle názoru žadatele nejen společnost, která v důsledku spojení získává kontrolu nad jiným soutěžitelem, ale i společnost, nad níž je kontrola získávána.

S tímto tvrzením SME se nelze ztotožnit, a to zejména z následujícího důvodu. Spojením soutěžitelů je obvykle získávána i nepřímá kontrola nad dceřinými společnostmi „přebírané“ společnosti, a to by uvažováno *ad absurdum* znamenalo, že by Úřad měl považovat za účastníka řízení každou takovou dceřinou společnost, nad níž navrhovatel získává rovněž kontrolu. O tom, zda kontrolu nad danou společností převede na nový subjekt či nikoli rozhoduje primárně majoritní akcionář. Úřad poté rozhodne o tom, jak již bylo řečeno, zda nový akcionář kontrolu nabude či nikoli. Samotné rozhodnutí dosavadního majoritního akcionáře odprodat dotčené akcie již Úřad zpětně zpochybnit nemůže.

V další části doplnění žadatel argumentuje judikaturou Vrchního soudu v Olomouci, který například v rozhodnutí č.j. 2 A 3/96 stanovil: „Nelze v řízení o schválení spojení

podniků rozhodnout o právně pozitivně stanoveném právu jiného než soutěžitele zúčastněného na spojení podniků a nelze přiznat postavení účastníka takového řízení ani prostřednictvím § 2 ZHS“.

K tomu Úřad uvádí, že žadatelem uvedený rozsudek vrchního soudu se vztahuje k již zrušenému zákonu č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů, který otázku účastenství v řízení před Úřadem řešil odlišně než stávající právní úprava. Mimoto, Úřad v minulosti, i se znalostí výše uvedeného rozsudku, nepovažoval za účastníka řízení takovou společnost, nad níž by byla získávána kontrola, neboť tato není osobou, o jejíž právech se *stricto sensu* rozhoduje.

V závěru žadatel doplňuje výčet svých konkrétních oprávnění a povinností, vyplývajících z objektivního práva, která budou dotčena případným kladným rozhodnutím Úřadu o spojení soutěžitelů.

Zejména žadatel poukazuje na ustanovení § 25 odst. 4 písm. b) zákona č. 458/2000 Sb., o podmínkách podnikání a o výkonu státní správy v energetických odvětvích a o změně některých zákonů (energetický zákon), kde je zakotveno právo provozovatele distribuční soustavy zvolit si držitele licence na výrobu nebo držitele licence na obchod pro dodávku elektřiny chráněným zákazníkům. Podle § 25 odst. 11 písm. r) energetického zákona je provozovatel distribuční soustavy povinen zajišťovat ochranu skutečností majících povahu obchodního tajemství, které získává při výkonu své činnosti, včetně zajištění ochrany údajů předávaných operátorovi trhu. Rovněž žadatel uvádí ustanovení § 30 odst. 1 písm. b) a písm. c) energetického zákona, která stanoví, že obchodník s elektřinou má právo nakupovat elektřinu na území České republiky od držitelů licence na výrobu a od držitelů licence na obchod a prodávat ji ostatním účastníkům trhu s elektřinou a má právo nakupovat elektřinu z jiných států a prodávat elektřinu do jiných států.

Žadatel se domnívá, že uvedená oprávnění a povinnosti navrhovatele rozhodnutím Úřadu nejen mohou být dotčena, ale že Úřad v řízení o spojení soutěžitelů S 145/02, právě proto, že se jedná o spojení REAS s ČEZ, přímo o dalším využívání těchto práva věcně rozhoduje.

S tímto závěrem žadatele se Úřad neztotožňuje, v daném správním řízení se v žádném případě nerozhoduje o dalším využívání těchto práv, jak již bylo uvedeno, rozhoduje se o žádosti navrhovatele, zda může nabýt či nenabýt kontrolu nad jinými soutěžiteli, a to při zohlednění všech důsledků spojení na hospodářskou soutěž. V rámci tohoto správního řízení tedy Úřad posuzuje veškeré argumenty pro a proti v souladu s potřebou zachování a rozvíjení účinné soutěže na dotčených relevantních trzích, přičemž nelze za účastníka řízení považovat jakýkoli subjekt, který má proti danému spojení soutěžitelů námitky.

Práva a povinnosti na něž žadatel poukazuje je samozřejmě třeba zohlednit při posuzování spojení (zástupce společnosti SME byl předvolán k podání svědecké výpovědi), v žádném případě se nejedná o práva a povinnosti, která by mohla být v důsledku rozhodnutí podstatně a přímo dotčena tím způsobem jaký je předpokládán v ustanovení § 21 zákona.

Úřad je toho názoru, že tato práva a povinnosti žadatele nebudou rozhodnutím o spojení soutěžitelů narušena, naopak budou zachována, tak jak to ostatně předpokládá samotný energetický zákon, který stanoví zvláštní mechanismy ochrany hospodářské soutěže v oblasti energetiky, a který tak rovněž garantuje právo soutěžitelů působících v elektroenergetice na svobodnou soutěž. Budoucí dotčení těchto práv a povinností Úřad nevylučuje, nicméně toto by pravděpodobně bylo předmětem samostatného správního řízení ve věci zneužití dominantního postavení.

Rovněž nelze souhlasit se závěrem žadatele o tom, že v dotčeném řízení o spojení se přímo jedná o jeho právech a povinnostech, který žadatel učinil na základě dopisu II. Místopředsedy VV FNM ČR, zaslaného žadateli, v němž je na žadatele vyvíjen nepřímý nátlak, aby o postavení účastníka řízení neusiloval. V této souvislosti Úřad uvádí, že se na FNM ČR v této věci neobrátil, a není zcela jasné jakým způsobem by tato skutečnost měla svědčit ve prospěch tvrzení žadatele.

Pokud jde o kroky, k nimž žadatel hodlá přistoupit v případě nepřiznání postavení účastníka řízení, spočívající v podání žaloby proti rozhodnutí Úřadu ve správním soudnictví, podání ústavní stížnosti a podání podnětu veřejnému ochránci práv, tyto jsou nezadatelným právem žadatele a jejich uplatnění je plně v jeho dispozici.

Úřad dále uvádí, že použití fakultativního oprávnění Úřadu rozšířit okruh účastníků správního řízení o povolení spojení soutěžitelů o osoby, které v souladu s § 21 odst. 1 větou druhou zákona prokáží, že jejich konkrétní práva a povinnosti, k jejichž vzniku došlo na základě konkrétní právní skutečnosti, mohou být vlastním rozhodnutím Úřadu podstatně dotčeny, a které o přiznání tohoto postavení požádají, využije zvláště pro případ, kdy ochrana práv a povinností třetích osob by nemohla být zajištěna prostřednictvím zohlednění jejich námitek a připomínek v meritorním rozhodnutí Úřad má za to, že jedině z tohoto důvodu je oprávněn, nikoli však povinen, přiznat postavení účastníka řízení i dalším osobám, tak, aby správní řízení směřovalo k naplnění účelu zákona a aby bylo vedeno především s těmi, jejichž práva a povinnosti by mohly být rozhodnutím Úřadu podstatně dotčeny.

Žadatel ve svém podání sice poukazuje na práva a povinnosti související s předmětem správního řízení, nicméně Úřad je toho názoru, že tato práva a povinnosti budou rozhodnutím o povolení spojení (aniž by chtěl předjímat jeho výsledek) nedotčena, respektive, že zůstanou nadále zachována a pod ochranou režimu zákona a energetického zákona. Mimoto ochrana práv třetích osob je podle zákona a správního řádu zajištěna i jinými prostředky, než prostřednictvím přiznání postavení účastníka řízení. Jedná se například o institut nahlížení do spisu podle § 23 odst. 2 správního řádu, který umožňuje nahlédnutí do spisu i jiných osobám (které nejsou účastníkem řízení) v případě prokázání důležitého právního zájmu. Dalším příkladem může být svědecká výpověď, umožňující třetím osobám uvést před správním orgánem veškeré informace, které jsou jí o věci známy.

Po zvážení všech okolností Úřad rozhodl, že společnost dostatečně neprokázala, že její práva a povinnosti mohou být rozhodnutím ve věci o povolení spojení podstatně dotčeny ve smyslu § 21 zákona, a proto postavení účastníka společnosti SME nepřiznal

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 fúzí. Včas podaný rozklad má odkladný účinek.

Ing. Vladimír Stankov, CSc.
vrchní ředitel

Rozhodnutí obdrží:
Severomoravská energetika, a.s.
28. října 152
709 02 Ostrava