

S 254/02-523/03

V Brně dne 19. února 2003

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení č.j. S 254/02, zahájeném dne 19. 12. 2002 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 MAKRO Cash & Carry ČR s.r.o., se sídlem Jeremiášova 1249/7, Praha 5, ve správním řízení zastoupená JUDr. Petrem Niple, advokátem, a SPAR Česká obchodní společnost s.r.o., se sídlem Kodaňská 1441/46, Praha 10, ve správním řízení zastoupená JUDr. Tomášem Jindrou, advokátem, 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 společného podniku, společnosti METSPA s.r.o., se sídlem Jeremiášova 1249/7, Praha 5, společnostmi MAKRO Cash & Carry ČR s.r.o., se sídlem Jeremiášova 1249/7, Praha 5, a SPAR Česká obchodní společnost s.r.o., se sídlem Kodaňská 1441/46, Praha 10, ke kterému dochází na základě Dohody o spolupráci, uzavřené dne 18. 12. 2002 mezi společnostmi MAKRO Cash & Carry ČR s.r.o., se sídlem Jeremiášova 1249/7, Praha 5, na straně jedné, a společností SPAR Česká obchodní společnost s.r.o., se sídlem Kodaňská 1441/46, Praha 10, 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. 01/03 ze dne 8. 1. 2003. Ve stanovené lhůtě 5 dnů, ani později, Úřad neobdržel žádnou připomínku.

Ve smyslu ustanovení § 33 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád) v platném znění (dále jen „správní řád“), Úřad umožnil, aby se účastníci správního řízení před vydáním rozhodnutí vyjádřili k jeho podkladu a ke způsobu jeho zjištění.

Notifikační podmínky

Úřad zahájil dne 19. 12. 2002 na návrh společností MAKRO Cash & Carry ČR s.r.o., se sídlem Jeremiášova 1249/7, Praha 5 (dále jen „MAKRO“), a SPAR Česká obchodní společnost s.r.o., se sídlem Kodaňská 1441/46, Praha 10 (dále jen „SPAR“), správní řízení S 254/02 ve věci udělení povolení ke spojení soutěžitelů ve smyslu § 15 a násl. zákona č. 143/2001 Sb. o ochraně hospodářské soutěže (dále jen „zákon“).

K předmětné transakci dochází na základě Dohody o spolupráci, uzavřené mezi společnostmi MAKRO, na straně jedné, a společností SPAR, na straně druhé. Předmětem uvedené Dohody je založení společného podniku, společnosti METSPA s.r.o., se sídlem Jeremiášova 1249/7, Praha 5 (dále jen „METSPA“), ve kterém bude mít každá ze smluvních stran 50% podíl na základním kapitálu.

Celkový čistý obrat společností MAKRO a SPAR, dosažený za poslední účetní období na trhu České republiky přesahuje hranice stanovené v § 13 písm. b) zákona a je tedy splněna notifikační podmínka dle tohoto ustanovení.

Právní rozbor

Společnost MAKRO se zaměřuje na provozování velkoobchodního prodeje zboží registrovaným zákazníkům. Společnost SPAR působí v oblasti maloobchodního prodeje. Společnost METSPA má podle Dohody o spolupráci společností SPAR a MAKRO poskytovat služby obchodního zastoupení, jehož předmětem bude nevýhradní zastupování obou společností ve vztahu k dodavatelům zboží na základě smlouvy o obchodním zastoupení; toto zboží bude následně prodáváno v obchodních střediscích společností MAKRO a SPAR.

V rámci své činnosti – obchodního zastoupení vůči dodavatelům zboží – bude společnost METSPA postupovat vždy podle pokynů společnosti MAKRO a SPAR a bude těmto společnostem poskytovat informace o průběhu a výsledcích obchodního jednání. Smlouvy s dodavateli zboží budou uzavírány přímo samotnými společnostmi MAKRO a SPAR a společnost METSPA nebude oprávněna takové smlouvy uzavírat nebo podepisovat. Rovněž dodávky budou realizovány přímo jednotlivými dodavateli společností MAKRO a SPAR.

Služby obchodního zastoupení budou společností METSPA poskytovány pouze na nevýlučné bázi, tzn. že společnosti MAKRO, SPAR a METSPA nebudou nijak vázány výlučnou spoluprací a každý z těchto subjektů nebude nijak omezován vykonávat jakékoliv činnosti v rámci své podnikatelské činnosti samostatně

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 SPAR a MAKRO budou na základě Dohody o spolupráci nově založený podnik společně kontrolovat. Tato skutečnost plyne z rovnoměrného rozdělení obchodních podílů a z analýzy Dohody o spolupráci a společenské smlouvy společnosti METSPA, které neumožňují jednomu ze společníků vykonávat rozhodující vliv na jednání společného podniku. Oba zakladatelé budou o obchodních aktivitách nově založeného podniku rozhodovat společně.

Dále se Úřad zabýval otázkou, zda společnost METSPA 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 METSPA, účastníci řízení Dohodu o spolupráci uzavřeli s platností nejméně do konce roku ... (*obchodní tajemství*). Lze tedy důvodně předpokládat, že podmínka vykonávání činnosti společně kontrolovaného podniku na trvalém základě (tj. po časově neomezenou nebo alespoň delší dobu) je splněna.

Ačkoliv společnost METSPA bude poskytovat svým zakladatelům obchodní zastoupení na nevýlučné bázi, šetření, která provedl Úřad, neprokázala, že by významná část služeb poskytovaných zakladatelům byla společností METSPA 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*). Nelze rovněž provést srovnání postavení společností METSPA s postavením ostatních společností působících na stejném

trhu; jak uvedli účastníci řízení, společnost METSPA nebude mít žádné známé konkurenty, tzn. jiné společnosti operující na tomtéž trhu.

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 a jak vyplývá z Dohody o spolupráci, společnosti MAKRO a SPAR budou vykonávat všechny činnosti vykonávané do budoucna společností METSPA i nadále rovněž samostatně.

Významným pro zhodnocení možnosti nově založeného společného podniku působit jako samostatná hospodářská jednotka je posouzení jejího přístupu k dostatečným zdrojům. Šetření Úřadu prokázala, že společnost METSPA bude závislá na zdrojích svých zakladatelů, když její činnost bude financována převážně z plateb zakladatelů za služby jim poskytované, které mají zahrnovat i náklady na provoz společnosti, a to včetně systému čtvrtletních záloh na provozní náklady společnosti. Nestandardní způsob financování činnosti společnosti METSPA ze strany jejích zakladatelů rovněž svědčí o skutečnosti, že tato společnost nebude na trhu vystupovat jako samostatná hospodářská jednotka se všemi běžnými funkcemi.

Založení společného podniku METSPA 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 METSPA bude plnit principiálně pouze funkci zprostředkovatele nákupů svých zakladatelů. Podíl hodnoty zboží přidané činností společnosti METSPA bude malý.

Z výše uvedených důvodů Úřad usoudil, že společnost METSPA nebude plnit funkce samostatné hospodářské jednotky, která by nebyla zaměřena pouze na určité činnosti vykonávané ve prospěch svých zakladatelů. Rovněž s ohledem na uvedené skutečnosti Úřad vyvodil, že působení společnosti METSPA naopak může mít za následek koordinaci jednání jejích zakladatelů v oblasti zajišťování dodávek. To potvrzují i údaje poskytnuté účastníky řízení v Dotazníku k povolení spojení, kde v bodě 8.4. uvádějí, že *předmětné spojení poskytne dodavatelům možnost sjednat současně dodávky pro dva soutěžitele a že pro jednotlivé dodavatele tak bude vlastně zřízeno jedno kontaktní místo, které bude schopno reagovat na nabídky dodávek pro oba spojující se soutěžitele*. 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 nezávislými 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 soutěžitelů¹, 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 nálezem Ústavní soud (ÚS 31/97 – 35).

Úřad v daném řízení dospěl k závěru, že založení společného podniku, společnosti METSPA, není spojením soutěžitelů ve smyslu § 12 zákona, neboť nejsou splněny podmínky aplikace ustanovení § 12 odst. 4 zákona, když je třeba na takovou transakci aplikovat

¹ Commission Notice on the concept of full-function joint venture under Council Regulation (EEC) No 4064/89 on the control of concentrations between undertakings, OJ C 66 z 02.03.1998

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), 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
JUDr. Robert Neruda
pověřený zastupováním

Rozhodnutí obdrží:

JUDr. Tomáš Jindra, advokát
AK Sodomka, Souček, Jindra, Mokry
U Prašné brány 3
110 00 Praha 1

JUDr. Petr Nipl, advokát
AK Nipl, Žák, Slavíček & spol.
Na Pankráci 11/449
140 00 Praha 4

Právní moc: 10.3.2003