UOHSX001AHWW

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

S197/2009/KS-10893/2009/840 V Brně dne 24. srpna 2009

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení sp. zn. S197/2009/KS, zahájeném dne 23. července 2009 podle § 44 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, a § 18 odst. 3 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), v platném a účinném znění, v souladu s § 21 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), v platném a účinném znění, na návrh účastníka řízení, společnosti ČEZ, a.s., se sídlem Praha 4, Duhová 2/1444, IČ: 45274649, ve správním řízení zastoupené JUDr. Ivo Jandou, Ph.D., advokátem, se sídlem Praha 1, Na Příkopě 8, na základě plné moci ze dne 20. července 2009, ve věci povolení výjimky ze zákazu uskutečňování spojení podle § 18 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), v platném a účinném znění, v souladu s § 67 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, vydává toto

r o z h o d n u t í:

Výjimka ze zákazu uskutečňování spojení soutěžitelů ČEZ, a.s., se sídlem Praha 4, Duhová 2/1444, IČ: 45274649, a Lumius, spol. s r.o., se sídlem Frýdek-Místek, ul. Míru 3267, IČ: 25911945, ve smyslu § 18 odst. 3 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), v platném a účinném znění, vztahující se na úkony vedoucí k zajištění finanční stability společnosti Lumius, spol. s r.o., se podle ustanovení § 18 odst. 4 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), v platném a účinném znění,

n e p o v o l u j e .

Odůvodnění:

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) zahájil dne 23. července 2009 na návrh společnosti ČEZ, a.s., se sídlem Praha 4, Duhová 2/1444, IČ: 45274649 (dále jen „ČEZ“ nebo „navrhovatel“), zastoupené JUDr. Ivo Jandou, Ph.D., advokátem, se sídlem Praha 1, Na Příkopě 8, na základě plné moci ze dne 20. července 2009, správní řízení sp. zn. S196/2009/KS ve věci povolení spojení soutěžitelů ČEZ a Lumius, spol. s r.o., se sídlem Frýdek-Místek, ul. Míru 3267, IČ: 25911945 (dále jen „Lumius“), ve smyslu § 12 a násl. zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů, v platném a účinném znění (dále jen „zákon“). Dne 23. července 2009 bylo na základě návrhu společnosti ČEZ rovněž zahájeno správní řízení sp. zn. S197/2009/KS ve věci povolení výjimky ze zákazu uskutečňování zmiňovaného spojení podle § 18 odst. 1 zákona.

2. K uskutečnění předmětného spojení soutěžitelů má dojít v souvislosti s následujícími skutečnostmi. Navrhovatel a Ing. P[redacted] M[redacted] který je majitelem 100% obchodního podílu ve společnosti Lumius, uzavřeli dne *[…obchodní tajemství]* „Smlouvu o podmínkách převodu obchodního podílu“, na jejímž základě má společnost ČEZ opci na koupi 100% obchodního podílu ve společnosti Lumius. Současně podepsal Ing. P[redacted] M[redacted] také tři originály „Smlouvy o převodu obchodního podílu společnosti Lumius“. Společnost ČEZ je oprávněna podepsat tuto smlouvu a vykonat tak právo opce v případě splnění jedné z několika ve smlouvě identifikovaných podmínek. V takovém případě by navrhovatel získal možnost vykonávat přímou kontrolu nad společností Lumius a jejím prostřednictvím nepřímou kontrolu nad dceřinou společností Lumius Slovakia, s.r.o. (dále jen „Lumius Slovakia“).

3. Účastník řízení odůvodnil podání návrhu na povolení spojení soutěžitelů *[…obchodní tajemství]*.

4. *[…obchodní tajemství]*.

5. *[…obchodní tajemství]*.

6. Pokud jde o výši škody nebo jiné závažné újmy, která hrozí účastníkům řízení nebo třetím osobám, společnost ČEZ ve svém návrhu odhaduje škodu, která by jí v důsledku ukončení činnosti společnosti Lumius vznikla, na *[…obchodní tajemství]*, přičemž skutečná výsledná újma by závisela na vývoji tržních cen elektřiny a na okamžiku případného vyřazení společnosti Lumius ze systému obchodování a zúčtování OTE. Konkrétně společnost ČEZ vyčíslila škodu v podobě ušlého zisku z předčasného ukončení smluv na dodávky elektřiny společnosti Lumius a její dceřiné společnosti Lumius Slovakia k 30. červnu 2009 na *[…obchodní tajemství]*, přičemž další riziko pak představuje nezaplacení pohledávek z titulu již dodané, ale dosud neuhrazené či nevyfakturované elektřiny.

7. Dalšími dodavateli elektřiny společnosti Lumius jsou vedle navrhovatele společnosti *[…obchodní tajemství]*. Obdobně jako společnosti ČEZ hrozí v případě předčasného ukončení smluv na dodávky elektřiny újma i těmto subjektům.

8. Vznik škody však dle názoru ČEZ hrozí nejen dodavatelům elektřiny společnosti Lumius, ale i provozovatelům distribučních soustav, kteří zajišťují pro společnost Lumius dopravu elektřiny k zákazníkům a tudíž mají vůči společnosti Lumius pohledávky na úhradu regulované ceny za dopravu elektřiny.

9. Podle názoru navrhovatele představuje předcházení vzniku významné hospodářské škody na straně navrhovatele a *[…obchodní tajemství]* legitimní důvod pro povolení výjimky ze zákazu uskutečňování spojení soutěžitelů ve smyslu § 18 odst. 3 zákona. Dalšími faktory,

jež jsou podle účastníka řízení významné pro odůvodnění povolení takové výjimky, jsou zejména nezbytnost přijetí rychlých opatření, jež by zabránila *[…obchodní tajemství]*.

10. Pokud jde o rozsah, respektive konkrétní kroky představující uskutečnění spojení, o jejichž povolení navrhovatel žádá, společnost ČEZ uvedla, že v takovém případě bude nezbytné činit okamžité a účinné kroky k odvrácení hrozících škod. Konkrétní forma a obsah těchto kroků může záviset na tom, *[…obchodní tajemství]*.

11. K realizaci vlastního spojení by došlo tak, že v okamžiku, kdy dojde k naplnění některé z odkládacích podmínek podle Smlouvy o podmínkách převodu obchodního podílu, navrhovatel podepíše Smlouvu o převodu obchodního podílu ve společnosti Lumius, čímž tato nabude platnosti a účinnosti. Následně by navrhovatel bezodkladně předal podepsanou verzi této smlouvy společnosti Lumius, čímž by převod obchodního podílu nabyl účinnosti i vůči společnosti Lumius. V okamžiku, kdy převod obchodního podílu nabude účinnosti, zajistil by navrhovatel, jako jediný vlastník společnosti Lumius, řešení, které bude společnost Lumius potřebovat k odvrácení příslušného hrozícího rizika podle povahy a charakteru aktuální ekonomické situace společnosti Lumius.

12. Na základě všech shora uvedených skutečností požádal navrhovatel o povolení výjimky ze zákazu uskutečňování spojení s následujícími omezujícími podmínkami, platnými až do nabytí právní moci rozhodnutí Úřadu o povolení posuzovaného spojení soutěžitelů:

    - k uskutečnění spojení nesmí dojít, nebude-li splněna některá z odkládacích podmínek podle odst. 5.2 Smlouvy o podmínkách převodu obchodního podílu,
    - navrhovatel nesmí při uskutečňování spojení zákazníkům, kterým dodává elektřinu nebo plyn společnost Lumius, předkládat nabídky na dodávku elektřiny nebo plynu navrhovatelem nebo osobou, kterou navrhovatel kontroluje,
    - navrhovatel nesmí při uskutečňování spojení nakládat s podnikem společnosti Lumius,
    - navrhovatel v rámci uskutečňování spojení nesmí měnit zakladatelskou listinu společnosti Lumius, zejména nesmí měnit její předmět podnikání, a nesmí činit kroky, které by vedly k zániku licence na obchod s elektřinou nebo zániku licence na obchod s plynem, jejichž držitelem je společnost Lumius.

13. Při posuzování návrhu na povolení výjimky ze zákazu uskutečňování spojení soutěžitelů podle § 18 odst. 3 zákona vycházel Úřad výhradně z podkladů přeložených ze strany účastníka řízení, z protokolu z ústního jednání uskutečněného dne 30. července 2009, jakož i z dalších všeobecně známých skutečností týkajících se spojujících se soutěžitelů.

14. Dle § 18 odst. 1 zákona před podáním návrhu na zahájení řízení podle § 15 odst. 1 a před právní mocí rozhodnutí Úřadu, kterým se spojení povoluje, nesmí být spojení soutěžiteli uskutečňováno – nabývající soutěžitel tedy nesmí jakýmkoliv způsobem před právní mocí rozhodnutí Úřadu o povolení spojení určovat nebo ovlivňovat soutěžní chování soutěžitele, nad nímž má získat kontrolu, a to bez ohledu na to, zda jsou opatření přijímaná nabývajícím soutěžitelem chápána jako opatření vnitřní či zda směřují vně kontrolovaného soutěžitele a k ovlivnění soutěžního chování tak dochází bezprostředně. Jednáním zakázaným dle ustanovení § 18 odst. 1 zákona je třeba rozumět nejen přímé určování soutěžního chování, nýbrž i takové jednání, které k určení nebo ovlivnění soutěžního chování kontrolovaného soutěžitele může vést potenciálně.

15. Dle § 18 odst. 3 zákona může Úřad na návrh soutěžitelů rozhodnout o povolení výjimky ze zákazu uskutečňování spojení, jestliže jim nebo třetím osobám jinak hrozí závažná

škoda nebo jiná závažná újma. Návrh musí být písemný a odůvodněný. Dle § 18 odst. 4 zákona rozhodne Úřad o návrhu na povolení výjimky neprodleně, nejpozději do 30 dnů po jeho obdržení. Při rozhodování o povolení výjimky Úřad vezme v úvahu kromě škody a jiné újmy následky výjimky na hospodářskou soutěž na relevantním trhu. Úřad může v rozhodnutí o povolení výjimky stanovit podmínky a omezení ve prospěch zachování účinné soutěže.

16. V prvé řadě je tedy nutno posoudit, zda účastníkem popsané kroky lze považovat za jednání, na něž se vztahuje zákaz uvedený v § 18 odst. 1 zákona, a které může být před právní mocí rozhodnutí Úřadu o povolení spojení uskutečněno pouze na základě udělení výjimky dle § 18 odst. 3 zákona. Z výše uvedených skutečností není, s ohledem na ne zcela konkrétní výčet jednotlivých úkonů, které by byly v případě povolení výjimky činěny, zřejmé, zda je toto kritérium naplněno. Na otázku týkající se upřesnění těchto úkonů, položenou Úřadem na ústním jednání, odpověděl účastník řízení, že by v prvé řadě převzal pod kontrolu velkoobchodní obchodování společnosti Lumius, zvýšil by kontrolu cashflow společnosti Lumius, rovněž by mohlo dojít i ke statutárním změnám ve společnosti Lumius. S ohledem na povahu takových opatření lze konstatovat, že jejich realizace by pravděpodobně představovala určování soutěžního chování nabývaného soutěžitele.

17. Při posuzování žádosti o povolení výjimky ze zákazu uskutečňování spojení soutěžitelů podle § 18 odst. 3 zákona musí Úřad obligatorně zkoumat, zda je prokázána hrozba závažné škody či jiné závažné újmy spojovaným soutěžitelům nebo třetím osobám. V této souvislosti Úřad po provedené analýze finančních dat společnosti Lumius dospěl k závěru, že společnosti Lumius v tuto chvíli nehrozí okamžitý úpadek. O této skutečnosti svědčí i její dlouhodobé hospodářské výsledky, kdy provozní výsledek hospodaření i výsledek hospodaření za běžnou činnost za roky 2007, 2008 a i za první pololetí roku 2009 vykazuje zisk.

18. S ohledem na skutečnost, že z finančních údajů o činnosti společnosti Lumius nelze jednoznačně dovodit aktuální nebezpečí úpadku společnosti, má Úřad za to, že není jednoznačně naplněn základní předpoklad, na kterém je postavena argumentace účastníka řízení, vztahující se k prokázání hrozící škody či jiné závažné újmy. *[…obchodní tajemství]*.

19. Úřad dále podle ustanovení § 18 odst. 4 věta druhá zákona při rozhodování o povolení výjimky vezme v úvahu kromě škody a jiné újmy také následky výjimky na hospodářskou soutěž na relevantním trhu. Povolení výjimky ze zákazu uskutečňování spojení nesmí vést k narušení hospodářské soutěže na relevantních trzích. Posouzení, zda bude hospodářská soutěž na relevantních trzích v důsledku spojení soutěžitelů narušena či nikoliv je předmětem samostatného správního řízení. Toto řízení ve věci povolení předmětného spojení soutěžitelů, vedené Úřadem pod č.j. S196/2009/KS však nebylo dosud ukončeno. Aniž by Úřad chtěl jakkoliv předjímat meritorní rozhodnutí ve věci povolení spojení, zohlednil pro účely rozhodnutí o povolení výjimky ze zákazu uskutečňování spojení soutěžitelů dle ustanovení § 18 odst. 3 zákona zejména následující skutečnosti.

20. Společnost Lumius působí v energetickém odvětví jako obchodník s elektřinou a plynem, přičemž působí jak na trhu velkoobchodním, tak i maloobchodním. Na druhé straně společnost ČEZ je na území České republiky dominantním výrobcem elektrické energie, působí rovněž v oblasti distribuce elektřiny, mimoto představuje nejvýznamnějšího dodavatele elektrické energie koncovým zákazníkům. Společnost ČEZ působí v České republice také na trhu těžby uhlí, a to prostřednictvím společnosti Severočeské doly, a.s., z jejichž produkce pokrývá část vstupů pro výrobu elektřiny. Skupina ČEZ navíc zahrnuje

další osoby, především společnosti zajišťující servisní služby, společnosti poskytující projektování, výstavby a údržby energetických zařízení a společnosti provozující výzkumná pracoviště.

21. Oba spojující se soutěžitelé působí shodně na trhu dodávek elektrické energie koncovým zákazníkům. Z pohledu tržních podílů dosahovaných společností Lumius je významné zejména překrytí na trhu dodávek elektřiny koncovým zákazníkům – podnikům v České republice. Podle Úřadu v tuto chvíli dostupných informací na tomto uvažovaném relevantním trhu dosahuje společný tržní podíl spojujících se soutěžitelů z hlediska obratu přibližně *[45-55]* %, přičemž v důsledku spojení by se tržní podíl skupiny ČEZ, jakožto jedničky na trhu, navýšil přibližně o *[0-10]* %. Vzhledem k těmto skutečnostem si Úřad v průběhu správního řízení sp. zn. S196/2009/KS vyžádal podrobnější informace týkající se zejména tržních podílů, stavu soutěžního prostředí a dodavatelsko-odběratelských vztahů ve spojením dotčené oblasti. Mimoto Úřad přihlédl k tržní a finanční síle, ale i celkovému postavení vertikálně integrované skupiny ČEZ na dalších trzích v oblasti elektroenergetiky. Posouzení dopadů předmětného spojení soutěžitelů si tak vyžaduje podrobnější šetření spočívající především v oslovení konkurentů, odběratelů a dodavatelů spojujících se soutěžitelů na daném trhu.

22. Ačkoliv jak konečné vymezení relevantních trhů, tak i samotné závazné posouzení, zda bude v důsledku předmětného spojení soutěžitelů narušena hospodářská soutěž na relevantních trzích, je předmětem samostatného správního řízení o povolení spojení soutěžitelů, které nebylo dosud skončeno, dospěl Úřad v rámci řízení o povolení výjimky ze zákazu uskutečňování spojení soutěžitelů k závěru, že nelze vyloučit další pokračování v řízení o povolení spojení soutěžitelů podle § 16 odst. 5 zákona. Úřad tedy v době vydání tohoto rozhodnutí není schopen jednoznačně uzavřít, že povolením výjimky ze zákazu uskutečňování spojení, stanoveného v § 18 odst. 1 zákona, ve smyslu § 18 odst. 3 zákona by v tomto konkrétním případě nedošlo k narušení hospodářské soutěže.

23. Na základě výše uvedených důvodů rozhodl Úřad o nepovolení výjimky ze zákazu uskutečňování spojení dle § 18 odst. 3 zákona tak, jak je uvedeno ve výroku rozhodnutí. Toto rozhodnutí Úřad ve stanovené lhůtě vydává.

Poučení o opravném prostředku:

Proti tomuto rozhodnutí může účastník řízení v souladu s § 152 odst. 1 a 4, § 83 odst. 1 a § 85 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, v platném znění, podat do 15 dnů od jeho doručení rozklad, o kterém rozhoduje předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. Rozklad se podává u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. Včas podaný a přípustný rozklad má odkladný účinek.

JUDr. Robert Neruda, Ph.D.
první místopředseda

PM: 10 září 2009

Rozhodnutí obdrží:

JUDr. Ivo Janda, Ph.D., advokát
AK White & Case
Na Příkopě 8
110 00 Praha 1