S 121/03-2889/03 V Brně dne 4. srpna 2003

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení č.j. S 121/03, zahájeném dne 30. 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 Biocel Paskov a.s., se sídlem Zahradní 762, Paskov, IČ: 26420317, a Mayr-Melnhof Säge Paskov s.r.o., se sídlem Zahradní 762, Paskov, IČ: 26729407, ve správním řízení zastoupené JUDr. Markem Noskem, advokátem se sídlem Platnéřská 4, Praha 1, 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 Wood Paskov s.r.o., se sídlem Zahradní 762, Paskov, IČ: 26804778, společnostmi Biocel Paskov a.s., se sídlem Zahradní 762, Paskov, IČ: 26420317, a Mayr-Melnhof Säge Paskov s.r.o., se sídlem Zahradní 762, Paskov, IČ: 26729407, ke kterému dochází na základě společenské smlouvy o založení společnosti s ručením omezeným, uzavřené mezi společností Biocel Paskov a.s., se sídlem Zahradní 762, Paskov, IČ: 26420317, na straně jedné, a společností Mayr-Melnhof Säge Paskov s.r.o., se sídlem Zahradní 762, Paskov, IČ: 26729407, 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 povolení spojení, dotazníku k povolení spojení, společenské smlouvy o založení společnosti s ručením omezeným, doplnění návrhu ze strany účastníků řízení a dalších, všeobecně známých informací o zúčastněných společnostech.

Skutečnost, že se Úřad předmětným založením společného podniku zabývá, byla zveřejněna v Obchodním věstníku č. 28/2003 ze dne 16. července 2003. Ve stanovené lhůtě 5 dnů, ani později, Úřad neobdržel žádnou připomínku.

Notifikační podmínky

Úřad zahájil dne 30. června 2003 na návrh společností Biocel Paskov a.s., se sídlem Zahradní 762, Paskov, IČ: 26420317 (dále jen „Biocel“), a Mayr-Melnhof Säge Paskov s.r.o., se sídlem Zahradní 762, Paskov, IČ: 26729407 (dále jen „Mayr-Melnhof“), správní řízení S 121/03 ve věci udělení povolení ke spojení soutěžitelů ve smyslu § 15 a násl. zákona č. 143/2001 Sb. o ochraně hospodářské soutěže (dále jen „zákon“).

K předmětné transakci dochází na základě společenské smlouvy o založení společnosti s ručením omezeným, jejímž účastníky jsou společnost Biocel, na straně jedné, a společnost Mayr-Melnhof, na straně druhé. Předmětem uvedené společenské smlouvy je založení společného podniku, společnosti Wood Paskov s.r.o., se sídlem Zahradní 762, Paskov, IČ: 26804778 (dále jen „Wood“), ve kterém bude mít každá ze smluvních stran 50% podíl na základním kapitálu.

Vzhledem k tomu, že celkový celosvětový čistý obrat všech spojovaných soutěžitelů za poslední účetní období je vyšší než 5 miliard Kč, přesahuje tedy hranici stanovenou v § 13 písm. a) zákona, je splněna notifikační podmínka dle tohoto ustanovení. Z pohledu obratových kritérií lze tedy konstatovat, že za předpokladu, že bude navrhovaná transakce představovat spojení soutěžitelů ve smyslu zákona, bude podléhat povolení ze strany Úřadu.

Právní rozbor

Společnost Biocel působí v oblasti výroby buničiny z vlákninového dříví a prodeje buničiny a též prodeje krmných kvasnic a lignosulfonových derivátů. Společnost Mayr-Melnhof doposud nevyvíjí žádnou podnikatelskou činnost, po výstavbě pily v Paskově bude působit v oblasti výroby řeziva z kulatiny a toto řezivo bude prodávat. Nově vzniklý soutěžitel, společnost Wood, bude obchodovat s kulatinou, vlákninovým dřívím, štěpkou a řezivem nebo bude zprostředkovávat obchody s tímto zbožím.

Pro své zakladatele bude společnost Wood konkrétně vykonávat tyto činnosti: zprostředkování nákupu vlákninového dříví a štěpky pro Biocel, zprostředkování nákupu kulatiny pro Mayr-Melnhof a prodeje řeziva vyrobeného společností Mayr-Melnhof. Předpokládá se, že společnost Biocel si ponechá samotné uzavírání obchodních smluv, fakturaci, přejímku i skladování dřeva. V případě společnosti Mayr-Melnhof není ještě definitivně rozhodnuto, jelikož doposud nevyvíjí žádnou podnikatelskou činnost. Společnost Wood nebude poskytovat služby jiným společnostem než svým zakladatelům.

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 Biocel a Mayr-Melnhof budou nově založený podnik společně kontrolovat. Tato skutečnost plyne z rovnoměrného rozdělení obchodních podílů a ze společenské smlouvy o založení společnosti Wood, 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 Wood 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 Wood, byla tato založena na dobu neurčitou. Lze tedy důvodně předpokládat, že podmínka vykonávání činnosti společně kontrolovaného podniku na trvalém základě (tj. po časově neomezenou nebo alespoň delší dobu) je splněna.

Účastníci řízení ve svých podáních jasně deklarovali, že společnost Wood nebude poskytovat služby jiným společnostem než svým zakladatelům. Skutečnost, že se společný podnik 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 společnosti Wood s postavením ostatních společností působících na stejném trhu; společnost Wood nebude mít žádné konkurenty, tzn. jiné společnosti operující na tomtéž trhu.

Významným pro zhodnocení možnosti nově založeného společného podniku působit jako samostatná hospodářská jednotka je posouzení jejího přístupu k dostatečným zdrojům. Společnost Wood bude zpočátku závislá na zdrojích svých zakladatelů, od kterých získá i

potřebné know-how. Protože nebude uzavírat smlouvy o nákupu zboží a nebude provádět činnosti spojené s jeho přejímkou, fakturací a skladováním, neponese s touto činností žádná podnikatelská rizika, což svědčí o skutečnosti, že tato společnost nebude na trhu vystupovat jako samostatná hospodářská jednotka plnící všechny běžné funkce.

Založení společného podniku Wood 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 Wood bude plnit principielně pouze funkci zprostředkovatele nákupů a prodejů svých zakladatelů. Podíl hodnoty zboží přidané činností společnosti Wood bude malý.

Z výše uvedených důvodů Úřad dospěl k závěru, že společnost Wood 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 Wood naopak může mít za následek koordinaci jednání jejích zakladatelů v oblasti zajišťování nákupů materiálu a prodejů zboží. 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.

Stejná kritéria hodnocení skutečnosti, zda se při založení společně kontrolovaného podniku jedná o spojení soutěžitelů podle § 12 odst. 4, používá Úřad ve všech případech založení společného podniku. Tak tomu bylo např. i ve správním řízení č.j. *S 254/02 – MAKRO Cash & Carry ČR s.r.o./SPAR Česká obchodní společnost s.r.o./METSPA s.r.o.*, ve kterém Úřad rovněž dospěl k závěru, že se nejedná o založení koncentrativního společného podniku, které by bylo posuzováno jako spojení soutěžitelů, nebo ve správním řízení č.j. *S 40/03 - ThyssenKrupp Industrieservice GmbH/TESYCO GROUP, a.s./TTI Service, s.r.o.*, kde Úřad dospěl k opačnému závěru.

Při stanovování a hodnocení kritérií pro posouzení vzniku koncentrativního společného podniku přihlížel Úřad podpůrně i k Oznámení Evropské komise ke konceptu plně funkčních společných podniků podle nařízení č. 4064/89, o kontrole spojování soutěžitelů[1], 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 Wood, není spojením soutěžitelů ve smyslu § 12 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.

[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

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

v zastoupení
Mgr. Roman Pliska
pověřený zastupováním

Rozhodnutí obdrží:
JUDr. Marek Nosek, advokát
Altheimer & Gray, v.o.s.
Platnéřská 4
110 00 Praha 1

Právní moc: 21.8.2003