Č.j. S 157/04-1120/05 V Brně dne 31. ledna 2005

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení č.j. S 157/04, zahájeném dne 30. listopadu 2004 podle § 18 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění pozdějších předpisů, a čl. III odst. 5 zákona č. 340/2004 Sb., kterým se mění zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), a některé další zákony, v souladu s § 21 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů, na návrh účastníka řízení, jímž je společnost RWE Energy Aktiengesselschaft, se sídlem Rheinlanddamm 24, Dortmund, Spolková republika Německo, ve správním řízení zastoupená JUDr. Pavlem Dejlem, LL.M. Ph.D., advokátem, se sídlem Jungmannova 24, Praha 1, na základě plné moci ze dne 11. listopadu 2004, na změnu rozhodnutí o povolení spojení, které nabylo právní moci před účinností zákona č. 340/2004 Sb., kterým se mění zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), a některé další zákony, vydává toto

r o z h o d n u t í :

Návrh společnosti RWE Energy Aktiengesselschaft, se sídlem Rheinlanddamm 24, Dortmund, Spolková republika Německo, na změnu rozhodnutí o povolení spojení č.j. S 25/02-1649/02 ze dne 2. května 2004, kterým Úřad pro ochranu hospodářské soutěže povolil spojení soutěžitelů RWE Gas AG, se sídlem Kampstrasse 49, Dortmund, Spolková republika Německo, na straně jedné, a Transgas, a.s., se sídlem Limuzská 12/3135, Strašnice, Praha 10, IČ: 26460815, Jihomoravská plynárenská, a.s., se sídlem Plynárenská 1, Brno, IČ: 49970607, Severomoravská plynárenská, a.s., se sídlem Plynární 6, Ostrava, IČ: 47675748, Severočeská plynárenská, a.s., se sídlem Klíšská 940, Ústí nad Labem, IČ: 49903209, Středočeská plynárenská, a.s., se sídlem Novodvorská 803/82, Praha 4, IČ: 60193158, Západočeská plynárenská, a.s., se sídlem Ed. Beneše 70, Plzeň, IČ: 49790315, a Východočeská plynárenská, a.s., se sídlem Pražská 702, Hradec Králové, IČ: 60108789, na straně druhé, které nabylo právní moci před účinností zákona č. 340/2004 Sb., kterým se mění zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), a některé další zákony, podle ustanovení čl. III odst. 5 zákona č. 340/2004 Sb., kterým se mění zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), a některé další zákony, se

z a m í t á .

Odůvodnění:

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) zahájil dne 30. listopadu 2004 na návrh společnosti RWE Energy Aktiengesselschaft, se sídlem Rheinlanddamm 24, Dortmund, Spolková republika Německo (dále jen „RWE Energy“), zastoupené JUDr. Pavlem Dejlem, LL.M. Ph.D., advokátem, se sídlem Jungmannova 24, Praha 1, na základě plné moci ze dne 11. listopadu 2004, správní řízení S 157/04 ve věci změny rozhodnutí č.j. S 25/02-1649/02 ze dne 2. května 2004 (dále jen „Rozhodnutí“), kterým bylo povoleno spojení soutěžitelů RWE Gas AG, se sídlem Kampstrasse 49, Dortmund, Spolková republika Německo (dále jen „RWE Gas“), na straně jedné, a Transgas, a.s., se sídlem Limuzská 12/3135, Strašnice, Praha 10, IČ: 26460815 (dále jen „Transgas“), Jihomoravská plynárenská, a.s., se sídlem Plynárenská 1, Brno, IČ: 49970607 (dále jen „JMP“), Severomoravská plynárenská, a.s., se sídlem Plynární 6, Ostrava, IČ: 47675748 (dále jen „SMP“), Severočeská plynárenská, a.s., se sídlem Klíšská 940, Ústí nad Labem, IČ: 49903209 (dále jen „SČP“), Středočeská plynárenská, a.s., se sídlem Novodvorská 803/82, Praha 4, IČ: 60193158 (dále jen „STP“), Západočeská plynárenská, a.s., se sídlem Ed. Beneše 70, Plzeň, IČ: 49790315 (dále jen ZČP“), a Východočeská plynárenská, a.s., se sídlem Pražská 702, Hradec Králové, IČ: 60108789 (dále jen „VČP“), na straně druhé, podle čl. III odst. 5 zákona č. 340/2004 Sb., kterým se mění zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), a některé další zákony (dále jen „novela zákona“). Společnost RWE Energy požádala o změnu předmětného rozhodnutí v tom smyslu, aby v podmínce č. 3 v části výroku Rozhodnutí označené jako I. (dále též „Třetí podmínka“), dle které, cit: ***„společnost RWE Gas AG, se sídlem Kampstrasse 49, 44137 Dortmund, SRN, nesmí bez souhlasu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže přímo či prostřednictvím svých dceřiných společností jakékoli úrovně nabývat podíly v elektroenergetických distribučních a teplárenských distribučních společnostech nebo budovat nové elektroenergetické distribuční a teplárenské distribuční společnosti v České republice do doby ukončení privatizace elektroenergetiky, nejdéle však po dobu 5 let“,*** byla slova *„do doby ukončení privatizace elektroenergetiky, nejdéle však po dobu 5 let“* nahrazena slovy *„do 1. ledna 2005“*.

V průběhu správního řízení pak účastník řízení předložil alternativní petit ve vztahu ke svému původnímu návrhu. Pro případ, že by Úřad nevyhověl původnímu návrhu na změnu Rozhodnutí, navrhuje účastník řízení, aby Úřad ve výroku týkajícím se Třetí podmínky změnil Rozhodnutí tak, že: *„Společnost RWE Gas a její právní nástupci nesmí,* ***vyjma případu, kdy se jedná o spojení s komunitární dimenzí definovanou v článku 1 Nařízení č. 139/2004 o kontrole spojování soutěžitelů****, bez souhlasu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže přímo či prostřednictvím svých dceřiných společností jakékoli úrovně nabývat kontrolu nad elektroenergetickými distribučními a teplárenskými distribučními společnostmi v České republice, nebo takové společnosti budovat v České republice do doby ukončení privatizace elektroenergetiky, nejdéle však po dobu 5 let“*.

Dle shora uvedeného ustanovení novely zákona může Úřad na návrh alespoň jednoho z účastníků řízení o povolení spojení změnit rozhodnutí o povolení spojení, která nabyla právní moci před vydáním novely zákona, a to tak, že změní podmínky, omezení nebo závazky, kterými podmínil povolení, nebo je nahradí jinými, pokud se v důsledku vstupu České republiky do Evropské unie podstatně změnily skutečnosti, které byly rozhodné pro stanovení těchto podmínek, omezení nebo závazků. Takový návrh bylo možné podat ve lhůtě do 6 měsíců ode dne účinnosti novely zákona, tj. od 2. června 2004. Společnost RWE Energy tedy podala svoji žádost ve lhůtě k tomu stanovené.

Pokud jde o účastníka správního řízení o změně rozhodnutí o povolení spojení ve smyslu č. III. odst. 5 novely zákona, příslušný návrh může podat alespoň jeden z účastníků správního řízení o povolení spojení. Takovým účastníkem byla v případě správního řízení o povolení předmětného spojení soutěžitelů pouze společnost RWE Gas. Dne 8. června 2004 však společnost RWE Gas v důsledku rozdělení sloučením ve smyslu Směrnice Rady č. 82/891/EHS a v souladu s příslušnými právními předpisy Spolkové republiky Německo zanikla. Do práv a povinností společnosti RWE Gas vyplývajících z rozhodnutí Úřadu č.j. S 25/02-1649/02 vstoupila v rámci univerzální sukcese společnost RWE Energy, a stala se tak právním nástupcem společnosti RWE Gas i ve vztahu ke všem právům a povinnostem souvisejícím se správním řízením, které bylo předmětným Rozhodnutím ukončeno. V souvislosti s uvedenými skutečnostmi je společnost RWE Energy aktivně legitimována k podání návrhu na změnu rozhodnutí ve smyslu čl. III odst. 5 novely zákona.

Při rozhodování o změně rozhodnutí o povolení spojení ve smyslu čl. III odst. 5 novely zákona Úřad vycházel zejména z návrhu účastníka řízení ze dne 30. listopadu 2004 a jeho doplnění informací ze dne 14. ledna 2005, platných právních předpisů souvisejících s oblastí energetiky a všeobecně známých skutečností týkajících se dotčených soutěžitelů a situace v oblasti energetiky v České republice.

Charakteristika účastníka řízení

Společnost **RWE Energy** je, jak již bylo uvedeno, univerzálním právním nástupcem společnosti RWE Gas. Tato společnost je součástí mezinárodní skupiny společností RWE Group, která svoji činnost zaměřuje na oblast energetiky, hornictví, vodohospodářství, služeb v oblasti životního prostředí, petrochemie, tiskařských systémů a stavební činnosti. Společnost RWE Energy zastřešuje podnikatelské aktivity skupiny RWE Group v oblasti dodávek elektrické energie, plynu a vody.

V České republice působí skupina RWE Group zejména v oblasti přepravy, skladování, distribuce a dodávek zemního plynu pro oprávněné i chráněné zákazníky, a to prostřednictvím společností Trangas, JMP, SMP, SČP, STP, ZČP a VČP, dále například v oblasti nakládání s odpady, tiskařských systémů, stavebních služeb, elektroinstalace apod.

Argumentace účastníka řízení

Účastník řízení ve svém návrhu poukazuje zejména na změnu faktických i právních podmínek podnikání v energetických odvětvích v České republice, zejména po vstupu České republiky do Evropské unie.

V prvé řadě došlo podle společnosti RWE Energy k podstatné změně relevantní právní úpravy. V době vydání předmětného Rozhodnutí byly trhy s plynem a elektrickou energií v České republice regulovány na základě zákona č. 458/2000 Sb., o podmínkách podnikání a o výkonu státní správy v energetických odvětvích (dále jen „energetický zákon“), který byl dle účastníka řízení do značné míry harmonizován s příslušnými komunitárními právními předpisy v oblasti energetiky:

- Směrnicí 96/92/ES o společných pravidlech pro vnitřní trh s elektrickou energií
- Směrnicí 98/30/ES o společných pravidlech pro vnitřní trh se zemním plynem.

Podle energetického zákona měl být trh s elektrickou energií liberalizován v několika etapách, přičemž první etapa měla začít dne 1. ledna 2002 a finální etapa měla být realizována počínaje dnem 1. ledna 2007.

Český trh s plynem měl být liberalizován ve dvou etapách s tím, že první fáze liberalizace má začít 1. ledna 2005, druhá pak 10. srpna 2008, kdy měl být trh liberalizován do výše 33 % celkové spotřeby zemního plynu v České republice.

Požadavky na oddělení jednotlivých licencovaných činností (tzv. unbundling) podle energetického zákona účinného v době posuzování předmětného spojení soutěžitelů byly omezeny výhradně na oddělené účetnictví a byly aplikovány pouze na určité aspekty účetnictví provozovatelů přenosové soustavy a provozovatelů distribuční soustavy.

Účastník řízení má za to, že od vydání předmětného Rozhodnutí došlo k podstatným právním změnám v právních předpisech regulujících trhy s elektrickou energií a zemním plynem v České republice. Tyto podstatné změny se odvíjejí zejména od následujících skutečností:

- v rámci Evropských společenství byly přijaty nové směrnice: a) Směrnice 2003/54/ES týkající se společných pravidel pro vnitřní trh s elektrickou energií a b) Směrnice 2003/55/ES týkající se společných pravidel pro vnitřní trh se zemním plynem (společně dále též „Směrnice o energetických trzích“), které zcela nahradily dřívější komunitární legislativu v oblasti regulace energetického odvětví a zavedly řadu významných změn, včetně podstatného urychlení procesu liberalizace a stanovení nových a komplexnějších požadavků na oddělení.
- dne 1.5.2004 přistoupila Česká republika k EU a vznikl jí tak závazek ve smyslu komunitárního práva k implementaci mj. směrnic o energetických trzích,
- i v ČR byly přijata podstatná Novela energetického zákona.

V návaznosti na změnu legislativy došlo v České republice dle účastníka řízení k významnému urychlení procesu liberalizace.

Pokud jde o elektroenergetiku, v rámci přípravy na přistoupení České republiky k EU byl energetický zákon novelizován zákonem č. 278/2003 Sb. v tom směru, že původně stanovená kategorie zákazníků, kteří se měli stát oprávněnými zákazníky od 1. ledna 2005, byla podstatně rozšířena tak, že nyní zahrnuje všechny konečné zákazníky mimo domácnosti. Dokončení procesu liberalizace je oproti původnímu záměru (1. ledna 2007) plánováno k datu 1. ledna 2006, kdy se oprávněnými zákazníky stanou i domácnosti.

V oblasti plynárenství došlo v rámci přípravy na přistoupení České republiky k EU také k výraznému urychlení postupu liberalizace trhu. Důsledkem tohoto vývoje je skutečnost, že oprávněnými zákazníky jsou: (i) od 1. ledna 2005 všichni koneční zákazníci, jejichž roční spotřeba vztažená na jedno odběrné místo překročila v roce 2003 hodnotu 15 milionu m^3 zemního plynu, a dále všichni držitelé licence na výrobu elektřiny spalující plyn v tepelných elektrárnách nebo při kombinované výrobě elektřiny a tepla, (ii) od 1. ledna 2006 všichni koneční zákazníci s výjimkou domácností, a (iii) od 1. ledna 2007 všichni koneční zákazníci bez výjimky. Původním záměrem přitom byl stav, že trh se zemním plynem měl být od 10. srpna 2008 otevřen minimálně v rozsahu 33 % celkové roční spotřeby plynu v České republice, možnost volby dodavatele plynu měli mít v příslušném kalendářním roce držitelé licence na výrobu elektřiny, spalující plyn v tepelných elektrárnách nebo při kombinované výrobě elektřiny a tepla, a to v rozsahu své spotřeby na tuto výrobu, oprávnění zákazníci a držitelé licence na distribuci plynu v rozsahu stanoveném prováděcím právním předpisem, minimálně však oprávnění zákazníci, jejichž nákup plynu v předcházejícím kalendářním roce naměřený na jednom odběrném místě byl vyšší než 5 mil. m^3, a držitelé licence na distribuci plynu v rozsahu svých oprávněných zákazníků s cílem zajistit zásobování těchto zákazníků.

V souvislosti s liberalizací energetických trhů účastník řízení rovněž zdůrazňuje, že nová zákonná úprava stanovila nové komplexní požadavky na oddělení jednotlivých licencovaných činností. Dle nových evropských energetických směrnic byl totiž významně rozšířen a posílen rozsah požadavků týkajících se odděleného účetnictví. Každý elektroenergetický či plynárenský podnik je povinen ve svém vnitřním účetnictví vést oddělené účty o všech svých přenosových a distribučních činnostech tak, jak by to bylo požadováno, pokud by se jednalo o činnosti podnikatelů od sebe oddělených. Účelem těchto opatření je zamezit diskriminaci, křížovému financování a narušování hospodářské soutěže.

Dále také musejí elektroenergetické či plynárenské podniky vést oddělené účty, které mohou být konsolidované, pro všechny elektroenergetické či plynárenské činnosti nesouvisející s přenosem a distribucí. Rovněž až do 1. července 2007 mají povinnost vést oddělené účty pro dodávky pro oprávněné a pro chráněné zákazníky, stejně tak příjmy plynoucí z vlastnictví přenosových a distribučních soustav musejí být v účetnictví evidovány zvlášť. Pokud elektroenergetické a plynárenské podniky vykonávají i další činnosti, které se netýkají elektřiny či plynu, mají povinnost vést oddělené konsolidované účty i pro takové činnosti. Konečně platí, že vnitřní účetnictví musí zahrnovat účetní rozvahu a vyúčtování zisku a ztrát pro každou činnost. Všechna tato ustanovení jsou i součástí energetického zákona účinného od 30. prosince 2004.

Navíc, od 1. ledna 2005 je vůči provozovatelům přenosové soustavy v oblasti elektroenergetiky uplatňován požadavek na oddělení činností z hlediska organizace a rozhodování a požadavek na oddělení činností z hlediska právní formy. Rovněž ostatní subjekty budou mít povinnost vyhovět těmto požadavkům, a to: (i) provozovatelé přepravní soustavy v oblasti plynárenství nejpozději do 31. prosince 2005, a (ii) provozovatelé distribučních soustav v elektroenergetice či plynárenství nejpozději do 31. prosince 2006.

Účastník řízení poukazuje též na skutečnost, že nová úprava ES týkající se trhu s elektrickou energií stanoví, že požadavek právního oddělení nebrání činnosti kombinovaného provozovatele přenosových a distribučních soustav, který je nezávislý z hlediska své právní formy, organizace a rozhodování na jiných činnostech netýkajících se provozování přenosových či distribučních soustav. Obdobně tomu tak je i v nové právní úpravě ES o trhu se zemním plynem.

Dále pak účastník řízení uvádí, že v souladu se „Sdělením o požadavcích na oddělení“ Generálního ředitelství pro energetiku a dopravu ze dne 16. ledna 2004, mohou mít společnosti zabývající se distribucí více druhů komodit, respektujíc požadavek na oddělení dodavatelských činností, zájem např. na kombinovaném provozování distribučních sítí elektřiny, plynu a vody ze strany jedné společnosti, a to s cílem dosáhnout synergických efektů. Za podmínky vedení odděleného účetnictví je dle právní úpravy v oblasti energetiky výslovně přípustné, aby jedna firma byla kombinovaným provozovatelem elektroenergetických, resp. plynárenských přenosových a distribučních soustav.

Co se týče přípustnosti existence kombinovaného provozovatele sítí aktivního v několika sektorech, výslovné ustanovení o ní v nové právní úpravě chybí, nicméně by měla být ze zásady přípustná. Aby byl zajištěn nediskriminační přístup k sítím a aby byly vyloučeny střety zájmů, je nutno oddělit provozování sítí (monopolní činnost) od těch činností vertikálně integrovaných společností, které jsou vystaveny konkurenci na volném trhu, totiž od výrobních a dodavatelských činností. Naopak provozování více sítí v různých sektorech ze strany jedné společnosti nepřináší stejné riziko diskriminace a střetu zájmů, a to za podmínky, že je dodržen požadavek na vedení odděleného účetnictví, které zajišťuje transparentnost a znemožňuje křížové financování. Tato ustanovení byla implementována i do českého právního řádu.

V návaznosti na shora uvedené skutečnosti je účastník řízení přesvědčen, že nový regulační rámec odstraňuje obavy z možného narušení hospodářské soutěže, které Úřad vyjádřil v rozhodnutí o povolení spojení soutěžitelů RWE Gas, na straně jedné a Transgas, JMP, SMP, SČP, STP, ZČP a VČP.

Dle účastníka řízení, z odůvodnění obsaženého v části 9.2 - *Dopady spojení vyplývající ze skutečnosti, že nadnárodní společnost RWE bude kontrolovat přes svou dceřinou společnost RWE Gas společnost STP a.s. a současně bude mít blokační minoritu ve výši 34,98 % ve společnosti Středočeská energetika, a.s. (dále jen „STE a.s.“) přes svou dceřinou společnost RWE Plus AG* - předmětného rozhodnutí vyplývá, že Úřad měl hlavní obavu z možné koordinace soutěžního chování s potenciálními protisoutěžními důsledky mezi dvěma soutěžiteli, kteří na jednom geografickém trhu disponují monopolem v oblasti distribuce plynu a distribuce elektrické energie, tj. na regionálním trhu distribuce plynu, resp. elektrické energie, ve vztahu k potenciálním dovozcům elektřiny a/nebo obchodníkům s plynem.

V této souvislosti účastník řízení poukazuje na názor Úřadu vyjádřený v rozhodnutí, že taková koordinace chování by v konečném důsledku mohla zabránit potenciálním konkurenčním soutěžitelům v nabízení nižších cen plynu a elektřiny zákazníkům, a to zvláště velkým odběratelům, kteří odebírají současně plyn i elektřinu.

Za současného stavu, který odráží změny nastalé v důsledku přistoupení České republiky k EU, ztratila dle účastníka řízení tato obava Úřadu na významu. Směrnice o energetických trzích, které jsou implementovány do českého práva, berou v úvahu skutečnost, že provozovatelé distribučních soustav na regionálních trzích distribuce plynu a/nebo elektrické energie disponují přirozeným monopolem na těchto relevantních trzích a tudíž není možno docílit soutěže v oblasti provozování distribučních soustav plynu a/nebo elektrické energie.

Z uvedeného důvodu se Směrnice o energetických trzích, které jsou implementovány do českého právního řádu, soustřeďují na důslednou regulaci činnosti provozovatelů sítí, včetně regulace cenové, a to s cílem, aby:

a) byl zajištěn nediskriminační a transparentní přístup k sítím za spravedlivou cenu, a aby

b) monopolní postavení provozovatelů sítí nemohlo sloužit k dosažení neodůvodněných výhod na trzích vyznačujících se volnou soutěží, tj. na trzích výroby, přenosu, dodávání a obchodu s plynem a/nebo elektrickou energií.

Účastník řízení má za to, že dosažení těchto cílů je podpořeno zavedením zmiňovaného komplexního souboru požadavků na oddělení, aplikovatelných na vertikálně integrované podniky, které zahrnují účetní, provozní a právní oddělení.

Jak se účastník řízení domnívá, tyto komplexní požadavky na oddělení zajišťují, že v rámci vertikálně integrovaného podniku je činnost týkající se provozování sítí prováděna a řízena nezávisle na ostatních činnostech nesouvisejících s distribucí, tj. např. na činnostech týkajících se dodávání plynu a/nebo elektrické energie. Tyto požadavky na oddělení rovněž znemožňují jakoukoli potenciální koordinaci mezi částmi – nebo oddělenými právními subjekty, vytvořenými úplným právním oddělením – vertikálně integrovaného soutěžitele, které se zabývají distribucí, na straně jedné, a dodáváním, na straně druhé. Zrovna tak jsou tyto požadavky na oddělení dle účastníka řízení způsobilé zajistit, aby nedocházelo ke koordinaci narušující hospodářskou soutěž mezi částmi podniku – nebo oddělenými právními subjekty – zajišťujícími distribuci plynu a elektřiny na stejném geografickém trhu. Dosažení

tohoto cíle účastník řízení považuje za reálné rovněž díky skutečnosti, že vzájemná zaměnitelnost plynu a elektřiny je reálně velmi omezená.

Ve vztahu k obavě Úřadu z narušení hospodářské soutěže, zejména s ohledem na postavení velkých zákazníků odebírajících současně plyn i elektřinu, účastník řízení ve svém návrhu zdůraznil, že narozdíl od situace v době Rozhodnutí nyní platí, že všichni velcí zákazníci v České republice

a) jsou již oprávněnými zákazníky (od 1. ledna 2004), takže si mohou volně vybrat svého dodavatele, pokud jde o dodávky elektřiny, a

b) se stali oprávněnými zákazníky od 1. ledna 2005, pokud jde o dodávky plynu.

V souladu s výše popsanými požadavky na oddělení je účastník řízení přesvědčen, že kombinovaní regionální distributoři plynu/elektřiny nejsou a v budoucnu ani nebudou v postavení, kdy by mohli jakýmkoli způsobem narušit hospodářskou soutěž na trzích dodávek plynu nebo elektřiny. Z těchto skutečností účastník řízení dovozuje, že po 1. lednu 2005 nebude dán žádný důvod k dalšímu uplatňování Třetí podmínky v jejím současném znění.

Ve vztahu k Třetí podmínce Rozhodnutí účastník řízení ve svém návrhu rovněž předložil argumenty týkající se uplatňování této podmínky do doby ukončení privatizace elektroenergetiky v České republice, nejdéle však po dobu 5 let. V tomto kontextu účastník řízení zdůrazňuje, že REAS již byly privatizovány formou prodeje státem vlastněných podílů v jednotlivých distribučních společnostech, a to ze strany FNM ve prospěch společnosti ČEZ. Účastník řízení definuje privatizaci jako proces spočívající v prodeji státem vlastněného většinového podílu soukromé společnosti, a díky tomu dovozuje fakt, že již prakticky došlo k privatizaci klíčových součástí české elektroenergetiky, představovaných REAS, neboť Česká republika přímo nyní vlastní pouze menšinové podíly ve třech REAS.

Vzhledem k tomu, že účastník řízení považuje privatizaci REAS již za ukončenou, domnívá se, že odpadl také důvod pro shora uvedené časové omezení Třetí podmínky Rozhodnutí.

V závěru své argumentace účastník řízení konstatoval, že přistoupením České republiky k EU se rozsah použitelnosti Třetí podmínky výrazně zúžil díky aplikace principu „one-stop-shop“, zakotveného v Nařízení ES č. 139/2004 o spojování podniků. Toto nařízení, účinné od 1. května 2004, totiž v článku 21 odst. 3 stanoví, že žádný členský stát nesmí aplikovat své právní předpisy týkající se hospodářské soutěže na spojení soutěžitelů, která mají komunitární dimenzi.

Účastník řízení má za to, že pokud by mělo potenciálně dojít k nabytí podílu na distribuční elektroenergetické či teplárenské společnosti v České republice ze strany RWE, přičemž takové spojení by přesáhlo relevantní částku obratu spojujících se soutěžitelů a bylo by tedy považováno za spojení s komunitární dimenzí ve smyslu Nařízení ES o spojování soutěžitelů, povinnost notifikovat Úřadu takové spojení, tak jak je stanoveno ve Třetí podmínce v jejím stávajícím znění, by byl v rozporu s tímto Nařízením, a tudíž Třetí podmínka v tomto směru již nemůže být aplikována. To vyplývá z obecného principu nadřazenosti komunitárního práva nad vnitrostátním právem členských států.

Podstatná změna okolností spočívající v přímém účinku komunitárního práva, včetně Nařízení ES o spojování podniků a jím stanoveného principu one-stop-shop, je důsledkem vstupu České republiky do EU. I z těchto důvodů je tedy zapotřebí, aby znění Třetí podmínky Rozhodnutí Úřadu bylo změněno.

Posouzení případu

První část argumentů účastníka řízení svědčících ve prospěch jím navrhované změny Rozhodnutí se vztahuje k procesu liberalizace energetických odvětvích v České republice. Hlavním důvodem pro změnu Třetí podmínky Rozhodnutí Úřadu je dle účastníka řízení podstatné urychlení tohoto procesu ve smyslu současně platného energetického zákona oproti stavu, který platil v době vydání rozhodnutí.

Jak již bylo uvedeno, pokud jde o oblast elektroenergetiky k 1. lednu 2005 se oprávněnými zákazníky stali všichni spotřebitelé mimo domácností. V plynárenství mají od stejného data možnost výběru pouze největší odběratelé zemního plynu. K ukončení procesu liberalizace pak v oblasti elektroenergetiky dojde již k 1. lednu 2006, zatímco v oblasti plynárenství až o rok později.

Je nepochybné, že oproti stavu, za kterého Úřad vydal Rozhodnutí, došlo v procesu liberalizace k urychlení kroků vedoucích k tomu, že se oprávněnými zákazníky stanou všichni odběratelé. Tento proces je však nastaven zvlášť pro elektroenergetiku a zvlášť pro plynárenství. Rovněž platí, že, zatímco v elektroenergetice již čtvrtým rokem existuje široký okruh oprávněných zákazníků, v oblasti plynárenství je počet těchto zákazníků značně omezen, a tito navíc získali právo volby dodavatele zemního plynu až od 1. ledna 2005. Je tedy zřejmé, že liberalizace a tedy tržní prostředí v oblasti plynárenství nedosahuje a v brzké době ani nemůže dosáhnout úrovně v oblasti elektroenergetiky. Zatímco v oblasti plynárenství by si tak účastník řízení po delší dobu (prakticky další 2 roky) snadno udržel dominantní postavení, které získal v důsledku získání kontroly nad společnostmi Transgas, JMP, SMP, STP, SČP, ZČP a VČP, v případě provedení navrhované změny rozhodnutí by navíc mohl proniknout na trhy distribuce a dodávek elektrické energie, v důsledku čehož by své dominantní postavení v oblasti plynárenství významně posílil. Toto postavení by pak mohl zpětně přenášet a využívat na uvedených trzích v oblasti elektroenergetiky, zejména pak na trhu dodávek elektřiny oprávněným zákazníkům.

Úřad také poukazuje na skutečnost, kterou zmínil samotný účastník řízení, a sice, že i po urychlení procesu liberalizace dojde k tomuto zavedení tržních principů v plynárenství až od 1. ledna 2007, což je přibližně v době, kdy pozbyde platnosti dotčená Třetí podmínka Rozhodnutí Úřadu.

Současně lze konstatovat, že zatímco v oblasti elektroenergetiky jsou již soutěžní principy pro nejvýznamnější konečné zákazníky zažity, v oblasti plynárenství jsou teprve v počátcích a bude jistě třeba, aby se účastníci trhu (nejen dodavatelé, ale především odběratelé) v oblasti plynárenství zorientovali v jeho praktickém fungování. Tato skutečnost je jedním z důvodů, pro který má Úřad za to, že jím stanovené časové omezení předmětné podmínky je na místě.

Navíc je třeba poukázat na skutečnost, že z důvodu rozdílnosti míry otevření elektroenergetického a plynárenského trhu by skupina RWE měla, s ohledem na množství oprávněných zákazníků v jednotlivých energetických sektorech, podstatně výhodnější pozici než její potenciální konkurenti v současné době působící pouze v oblasti elektroenergetiky.

Proti obavě Úřadu z přenášení tržní síly dominantního plynárenského subjektu na trhy v elektroenergetice argumentuje účastník řízení především nově přijatou energetickou legislativou jak na úrovni Evropské unie, tak i České republiky. Tato nová právní úprava stanoví energetickým subjektům povinnost oddělení jednotlivých činností (distribuce, obchod a podobně) nejen z hlediska účetního, ale navíc i z pohledu rozhodovacího a právního. V důsledku nově přijatých právních norem nebudou jednotlivé společnosti patřící do skupiny účastníka řízení zabývající se například distribucí zemního plynu oprávněny obchodovat se

zemním plynem a nabízet jej oprávněným zákazníkům. Za tím účelem bude muset být například založena samostatná společnost, resp. společnosti, která bude povinna získat licenci na obchod se zemním plynem a která bude dodávat zemní plyn oprávněným zákazníkům. Naopak stávající distribuční společnosti, resp. všechny společnosti zabývající se monopolní činností v rámci plynárenského odvětví, budou muset být v rámci celého holdingu nezávislé. Tato nezávislost např. provozovatele distribuční soustavy by od 1. ledna 2007 měla být zajištěna zejména následujícími minimálními kritérii:

i) osoby odpovědné za řízení provozovatele distribuční soustavy se nebudou moci přímo ani nepřímo podílet na organizačních strukturách vertikálně integrovaného plynárenského podnikatele, jenž je odpovědný, přímo nebo nepřímo, za běžný provoz výroby plynu a obchodu s plynem nebo elektřinou; statutárním orgánem nebo jeho členem, prokuristou nebo vedoucím zaměstnancem provozovatele distribuční soustavy nebude moci být fyzická osoba, která je současně statutárním orgánem nebo jeho členem, prokuristou nebo vedoucím zaměstnancem držitele licence na výrobu plynu, obchod s plynem nebo s elektřinou, který je součástí téhož vertikálně integrovaného plynárenského podnikatele,

ii) budou muset být přijata veškerá vhodná opatření, aby k profesionálním zájmům statutárního orgánu nebo jeho člena, prokuristy nebo vedoucích zaměstnanců odpovědných za řízení provozovatele distribuční soustavy bylo přihlíženo způsobem, který zajišťuje jejich nezávislé jednání; statutární orgán nebo jeho člen, prokurista nebo vedoucí zaměstnanec provozovatele distribuční soustavy nebude moci přijímat žádné odměny a jiná majetková plnění od držitelů licence na výrobu plynu, obchod s plynem nebo elektřinou v rámci téhož vertikálně integrovaného plynárenského podnikatele; odměňování statutárního orgánu nebo jeho člena, prokuristy nebo vedoucího zaměstnance provozovatele distribuční soustavy nebude moci být závislé na hospodářských výsledcích dosahovaných těmito ostatními držiteli licencí v rámci téhož vertikálně integrovaného plynárenského podnikatele,

iii) provozovatel distribuční soustavy bude muset disponovat skutečnými rozhodovacími právy ve vztahu k majetku nezbytnému k provozování, údržbě a rozvoji distribuční soustavy, jejichž výkon je nezávislý na vertikálně integrovaném plynárenském podnikateli; mateřská společnost nebude moci udělovat provozovateli distribuční soustavy jakékoliv pokyny ohledně běžného provozu nebo údržby distribuční soustavy, a rovněž nesmí jakýmkoliv jiným způsobem zasahovat do rozhodování o výstavbě či modernizaci částí distribuční soustavy, pokud takové rozhodnutí nepůjde nad rámec schváleného finančního plánu, či jiného obdobného nástroje. Výše uvedeným nebude dotčeno oprávnění mateřské společnosti schvalovat roční finanční plán či jiný obdobný nástroj provozovatele distribuční soustavy a schvalovat jeho maximální limity zadlužení,

iv) provozovatel distribuční soustavy musí přijmout vnitřním předpisem program, kterým stanoví a) opatření k vyloučení diskriminačního chování ve vztahu k ostatním účastníkům trhu s plynem, zejména pokud jde o přístup do jím provozované distribuční soustavy a využívání jeho služeb, b) pravidla pro zpřístupňování informací o provozování a rozvoji distribuční soustavy a přístupu do ní; informace, jejichž poskytnutí pouze určitým účastníkům trhu s plynem by mohlo tyto účastníky zvýhodnit na úkor ostatních, je provozovatel distribuční soustavy povinen zpřístupnit neznevýhodňujícím způsobem i ostatním účastníkům trhu s plynem, c) opatření k zajištění organizačního a informačního oddělení distribuce plynu od výroby plynu, obchodu s plynem nebo obchodu s elektřinou, je-li zároveň vertikálně integrovaným plynárenským podnikatelem, a to do doby právního oddělení činností podle odstavce 1, a

v) provozovatel distribuční soustavy nesmí od 1. ledna 2007 držet podíly v jiné právnické osobě, která je držitelem licence na výrobu plynu, obchod s plynem nebo elektřinou.

Předmětná opatření mohou přispět k odstranění obav Úřadu z přenášení tržní síly jednotlivými energetickými činnostmi, nicméně tato opatření musí být přijata dle energetického zákona nejpozději do 31. prosince 2006. Vzhledem k tomu, že tato opatření není třeba činit prakticky celé dva roky, provedení požadované změny Rozhodnutí a případné nabytí účasti společnosti RWE Energy v regionální elektroenergetické distribuční společnosti by naopak naplnění shora uvedených obav Úřadu umožnilo. S ohledem na lhůtu, kterou mají energetické subjekty stanovenou pro oddělení jednotlivých licencovaných činností, má Úřad za to, že navrhovaná změna v rozhodnutí by přibrzdila rozvoj tržních struktur v oblasti plynárenství a současně by přinesla neúměrné posílení tržní síly skupiny RWE, která by nebyla vyvážena odpovídající silou některého z konkurentů. Jelikož se doba platnosti předmětné podmínky v podstatě shoduje s termínem pro oddělení licencovaných činností v energetice, dospěl Úřad k závěru, že jím původně stanovená doba platnosti napadené podmínky je na místě a tudíž by nebylo vhodné ji měnit.

Nehledě k výše uvedenému má Úřad za to, že argument účastníka řízení spočívající v povinnosti unbundlingu v oblastech energetiky je pouze argumentem účelovým, neboť prakticky po celou dobu trvání Třetí podmínky stanovené Úřadem tak shora uvedený unbundling nebude nezbytně nutný. Lze tedy mít za to, že pokud jde o tzv. unbundling, nedošlo v důsledku vstupu České republiky do Evropské unie k podstatné změně skutečností, které byly rozhodné pro stanovení předmětné podmínky a nedošlo tedy k naplnění dikce článku III odst. 5 novely zákona.

Dalším z argumentů účastníka řízení je tvrzení, že dle legislativy není nikde zakázáno propojení činností provozovatelů elektroenergetických sítí (přenosová, přepravní a distribuční), na jedné straně, a plynárenských sítí, na straně druhé, při respektování požadavků na oddělení dodavatelských činností. Úřad k tomu uvádí, že nezpochybňuje možnost existence kombinovaného provozovatele přenosových a distribučních soustav, nicméně považuje za vhodné, aby k takovému propojování docházelo až v prostředí liberalizovaného trhu a v prostředí, kdy budou muset jednotlivé dodavatelské subjekty být právně a v rozhodování odděleny; tento požadavek Úřadu je umocněn v konkrétním posuzovaném případě dominantním postavením společnosti RWE Energy na tuzemském trhu dodávek zemního plynu oprávněným zákazníkům.

Úřad se neztotožňuje s argumentací účastníka řízení také v ohledu údajné privatizace elektroenergetiky v České republice. Účastník řízení, jak bylo výše uvedeno, považuje proces privatizace za ukončený, neboť došlo k prodeji státem vlastněných podílů v jednotlivých regionálních elektroenergetických distribučních společností formou prodeje státem vlastněných podílů ze strany FNM ve prospěch společnosti ČEZ. S odkazem na tuto skutečnost má účastník řízení za to, že fakticky již není dán důvod pro časové omezení Třetí podmínky Rozhodnutí Úřadu, jak bylo uvedeno výše. Jak vyplývá z názvu příslušných usnesení vlády České republiky[1], zmiňovaný odprodej státních podílů v REAS byl skutečně součástí privatizace, nicméně se jednalo o pouze o privatizaci REAS. Oproti tomu Úřad ve svém rozhodnutí, resp. v napadené podmínce Rozhodnutí, stanovil dobu trvání předmětné

[1] Usnesení vlády České republiky ze dne 11. března 2002 č. 250, o dalším postupu privatizace majetkové účasti státu na podnikání společnosti ČEZ, a.s. a regionálních elektroenergetických distribučních společností, usnesení vlády České republiky ze dne 6. května 2002 č. 477, o privatizaci majetkové účasti státu na podnikání regionálních elektroenergetických distribučních společností a usnesení vlády České republiky ze dne 12. června 2002 č. 628, o změně usnesení vlády České republiky z 6. května 2002 č. 477, o privatizaci majetkové účasti státu na podnikání regionálních elektroenergetických distribučních společností.

podmínky na okamžik ukončení privatizace celého elektroenergetického sektoru. Úřad tak při rozhodování o povolení spojení RWE Gas, Transgas a REGAS za ukončení privatizace elektroenergetiky považoval především odprodej (aniž by jej jakkoli předjímal) státního podílu ve společnosti ČEZ. Pokud jde o účasti v REAS, ačkoli příslušná usnesení vlády České republiky byla označována jako privatizační, ve skutečnosti se jednalo o převod akcií ze strany FNM na společnost ČEZ, která je majoritně vlastněna a současně i kontrolována opět státem.

Posledním bodem argumentace účastníka řízení, a rovněž podstatou jeho alternativního petitu, je konstatování, že vstupem České republiky do Evropské unie se pro tuzemské soutěžitele stalo přímo aplikovatelným Nařízení Rady ES č. 139/2004, o kontrole spojování podniků. V této souvislosti poukazuje účastník řízení na ustanovení čl. 21 odst. 3 tohoto Nařízení, podle kterého žádný členský stát nepoužije své vnitrostátní právní předpisy pro hospodářskou soutěž na jakékoliv spojení, které má význam pro celé Společenství, a které tak vyjadřuje jednu ze základních zásad práva ES pro posuzování spojení podniků, tj. zásadu „one stop shop“. Podle této zásady platí, že spojení soutěžitelů, které má komunitární dimenzi, podléhá přezkumu ze strany Evropské komise a dále již není zkoumáno ze strany národních soutěžních úřadů. Účastník řízení je přesvědčen, že v případě nabytí kontroly z jeho strany nad některou z elektroenergetických regionálních distribučních společností by takové spojení díky dosahovaným obratům bylo pravděpodobně notifikováno právě Evropské komisi, přičemž pravomoc Úřadu rozhodnout v této věci by dána nebyla. Z tohoto důvodu považuje účastník řízení napadenou podmínku za neaplikovatelnou.

Ačkoli účastník řízení správně poukazuje na aplikaci zásady „one stop shop“, Úřad má za to, že splnění požadavku komunitárního rozměru by muselo být vyhodnoceno v každém jednotlivém případě a v žádném případě nelze předjímat, které spojení by spadalo do jurisdikce Evropské komise a které nikoli. Mimoto existuje možnost, aby spojení s komunitární dimenzí přezkoumal Úřad a ne Evropská komise. Tuto možnost stanoví Nařízení v čl. 9, podle kterého může Evropská komise postoupit oznámení o spojení příslušným orgánů dotčeného členského státu a to za následujících podmínek: a) spojení hrozí zásadně narušit hospodářskou soutěž na trhu v rámci dotčeného členského státu, který vykazuje všechny znaky samostatného trhu nebo b) spojení narušuje hospodářskou soutěž na trhu v rámci členského státu, který vykazuje všechny znaky samostatného trhu a který netvoří podstatnou část společného trhu.

Pokud by tedy Úřad dospěl k závěru, že dané spojení může narušit hospodářskou soutěž v České republice, případně na části jejího území, může se obrátit na Evropskou komisí s žádostí o postoupení, a lze tak konstatovat, že za určitých podmínek může Úřad rozhodovat i o spojení, které má komunitární dimenzi.

Bez ohledu na výše uvedené skutečnosti Úřad nepovažuje napadenou podmínku za neaplikovatelnou s ohledem na nedostatek pravomocí Úřadu. Důvodem pro toto tvrzení je skutečnost, že předmětná podmínka se vztahuje na zákaz nabytí jakéhokoliv podílu na elektroenergetických či teplárenských distribučních společností v České republice. Nejde tedy pouze o zákaz nabytí kontrolního podílu, které by zakládalo spojení soutěžitelů jak to chápe účastník řízení.

Pokud jde tedy o argument účastníka řízení spočívající v nadřazenosti práva ES nad jednotlivými právními řády členských států, Úřad má za to, že v případě nutnosti nelze, s ohledem na uvedený princip, jakožto jeden ze základních principů evropské integrace, aplikaci Nařízení 139/2004 o spojování soutěžitelů bránit. Nicméně k to mu, aby Úřad mohl změnit Třetí podmínku Rozhodnutí, je nezbytně nutné, aby se v důsledku vstupu České republiky do EU podstatně změnily skutečnosti, které byly rozhodné pro stanovení této

podmínky. Těmito skutečnosti je třeba chápat faktické okolnosti ovlivňující situaci na relevantním trhu. Bez změny takových skutečností nelze dostát dikci čl. III ost. 5 novely zákona.

Právní hodnocení případu

K tomu, aby Úřad změnil podmínky, omezení nebo závazky, kterými podmínil povolení spojení soutěžitelů nebo je nahradil jinými, je v souladu s článkem III. odst. 5 Novely zákona zapotřebí, aby subjekt navrhující takovou změnu rozhodnutí prokázal, že v důsledku vstupu České republiky do Evropské unie se podstatně změnily skutečnosti, které byly rozhodné pro stanovení daných podmínek, omezení nebo závazků. V případě návrhu společnosti RWE Energy na změnu podmínek uložených Rozhodnutím Úřadu lze shrnout účastníkem řízení tvrzené argumenty do pěti základních tezí, kterými poukázal na změnu skutečností, za nichž Úřad vydal rozhodnutí o povolení spojení. Jednak účastník řízení tvrdí, že došlo k urychlení procesu liberalizace v energetických oblastech, dále na rozdíl od legislativy platné v době vydání rozhodnutí má být zavedeno právní a rozhodovací oddělení licencovaných činností v energetice, právními předpisy není vyloučeno spojení distributorů zemního plynu a distributorů elektrické energie, dále pak účastník řízení poukazuje na domnělé ukončení privatizace elektroenergetiky a v neposlední řadě na princip „one stop shop“, který se stal přímo aplikovatelný v České republice po jejím vstupu do Evropské unie.

Úřad má za to, že přes nezpochybnitelnou dílčí změnu energetické legislativy, a to jak na úrovni Evropské unie, tak i České republiky, která byla přijata také v důsledku vstupu České republiky do Evropské unie, k takové změně právních i faktických okolností případu, která by vyžadovala změnu Rozhodnutí nedošlo. Pokud jde o proces liberalizace energetiky, tento nadále probíhá a ukončen bude prakticky současně s vypršením platnosti napadené Třetí podmínky, přičemž v oblasti elektroenergetiky je oproti plynárenství značně urychlen. Co se týče tzv. unbundlingu, změna na kterou upozorňuje účastník řízení je fakticky povinná až od 1. ledna 2007, současný stav se tak od podmínek za nichž Úřad vydal rozhodnutí výrazně neliší. Žádná změna nenastala ani v ohledu proklamovaného zákazu spojení licencovaných činností distribuce plynu a distribuce elektřiny, neboť takový zákaz nebyl stanoven ani v době vydání Rozhodnutí. Argumentu o ukončené privatizaci elektroenergetiky Úřad rovněž nepřisvědčil, a to vzhledem k tomu, že podstatná část sektoru je stále kontrolována přímo či nepřímo státem. Rovněž uplatňování principu „one stop shop“ nemá na posuzování daného případu žádný podstatný vliv, neboť napadená podmínka Úřadu se vztahuje na nabytí jakéhokoliv podílu v elektroenergetických a teplárenských distribučních společnostech, nikoli pouze kontrolních. I v případě, kdyby se jednalo o kontrolní podíly, není pravomoc Úřadu a priori vyloučena.

S přihlédnutím k shora uvedeným skutečnostem dospěl Úřad k závěru, že v posuzovaném případě nejsou splněny podmínky uplatnění čl. III odst. 5 novely zákona, neboť účastníkem řízení nebylo prokázáno, že v důsledku vstupu České republiky do Evropské unie došlo ke změně skutečností, které byly rozhodné pro stanovení podmínky, jejíž změna byla navrhována, a proto Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

Poučení o opravném prostředku

Proti tomuto rozhodnutí může účastník řízení podle § 61 odst. 1 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), v platném znění, podat rozklad předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ve lhůtě 15 dnů ode dne doručení tohoto rozhodnutí; včas podaný rozklad má odkladný účinek.

Ing. Vladimír Stankov, CSc.
vrchní ředitel

v zastoupení
JUDr. Luděk Svoboda
pověřený zastupováním

Rozhodnutí obdrží:
JUDr. Pavel Dejl, LL.M. Ph.D., advokát
AK Kocián Šolc Balaštík
Jungmannova 24
110 00 Praha 1