



**PREZES  
URZĘDU OCHRONY  
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

Warszawa, dnia 22 października 2013 r.

DKK1-430/5/13/MA

**DECYZJA nr DKK -132/2013**

Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 94 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu, **Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nakłada na TERG S.A. z siedzibą w Złotowie karę pieniężną w wysokości 40 000 zł (słownie: czterdzieści tysięcy złotych)**, płatną do budżetu państwa, z tytułu dokonania bez uzyskania zgody Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów koncentracji, polegającej na przejęciu przez TERG S.A. z siedzibą w Złotowie kontroli nad Electro.pl sp. z o.o. z siedzibą w Złotowie.

**UZASADNIENIE**

W dniu 9 kwietnia 2013 r. do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zwanego dalej Prezesem Urzędu, wpłynęło od TERG S.A. z siedzibą w Złotowie (zwanej dalej „TERG” lub „Spółka”) pismo informujące o dokonaniu w październiku 2012 r. koncentracji przedsiębiorców, polegającej na przejęciu przez TERG kontroli nad Electro.pl sp. z o.o. z siedzibą w Złotowie, zwaną dalej „Electro.pl”. TERG przedstawiła także okoliczności zrealizowania koncentracji oraz informacje na temat jej uczestników i ich działalności, wnosząc równocześnie o odstąpienie od nałożenia kary pieniężnej, o której mowa w art. 106 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), zwanej dalej „uokk”. Wniosek swój Spółka uzasadniła następująco:

- 1) niedopełnienie obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji Prezesowi Urzędu wynikało z nieświadomości TERG co do istnienia takiego obowiązku w przypadku czynności, która w ocenie zgłaszającego nie dotyczyła bezpośrednio Spółki, a osoby pełniącej funkcję członka rady nadzorczej;
- 2) o ile w świetle przepisów antymonopolowych TERG i Electro.pl nie należały wcześniej do tej samej grupy kapitałowej, o tyle już od momentu powstania Electro.pl Pani Teresa

Grzebita, Pan Marek Grzebita oraz Pan Maciej Grzebita (posiadający łącznie [tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 1 załącznika] akcji TERG) posiadali jednocześnie po [tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 2 załącznika] udziałów Electro.pl, przy czym Pani Teresa Grzebita jest w dalszym ciągu akcjonariuszem TERG i udziałowcem Electro.pl;

- 3) od powstania Electro.pl istniały ściśle powiązania gospodarcze z TERG, odpowiadające powiązaniom personalnym:
  - a) kadre Electro.pl stanowią pracownicy wynajmowani od TERG,
  - b) Electro.pl nabywa towary od TERG;
- 4) niezwłocznie po powzięciu wiadomości o niedopełnieniu obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji Electro.pl przystąpiło do przygotowania informacji, dotyczącej faktu przeprowadzenia przedmiotowej koncentracji,
- 5) obie spółki działały w okresie koncentracji na rynkach wysoce konkurencyjnych – sprzedaży detalicznej (TERG) i internetowej (Electro.pl) sprzętu AGD, RTV i IT, przy czym ich udziały rynkowe nie przekraczały kilku procent,
- 6) koncentracja nie wywarła żadnego wpływu na rynki, na których prowadzą działalność TERG i Electro.pl, tym samym przy dopełnieniu obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji Prezes Urzędu zapewne wydałby zgodę bezwarunkową.

Z nadesłanych przez TERG dokumentów wynika, że uchwałą z dnia 2 października 2012 r. nadzwyczajne zgromadzenie wspólników Electro.pl powołało na stanowisko prezesa jednoosobowego zarządu Electro.pl Panią Teresę Grzebitę, pełniącą funkcję przewodniczącego rady nadzorczej TERG. Oznacza to, że TERG przejęła nad Electro.pl kontrolę w rozumieniu art. 4 pkt 4 lit. c uokk, dokonując tym samym koncentracji w rozumieniu art. 13 ust. 2 pkt 2 uokk bez uprzedniej notyfikacji tego zamiaru Prezesowi Urzędu.

Mając na uwadze powyższe, działając na podstawie art. 49 ust. 1 w związku z art. 106 ust. 1 pkt 3 uokk w dniu 18 kwietnia 2013 r. Prezes Urzędu wszczął z urzędu postępowanie antymonopolowe w sprawie nałożenia kary pieniężnej na TERG, o czym zawiadomił Spółkę pismem z dnia 22 kwietnia 2013 r., wzywając jednocześnie m.in. do nadesłania kopii uchwały Electro.pl z dnia 2 października 2012 r. w sprawie powołania Teresy Grzebity na stanowisko prezesa jednoosobowego zarządu Electro.pl. Powyższą uchwałą Prezes Urzędu otrzymał w dniu 6 maja 2013 r.

**W oparciu o zebrany w sprawie materiał dowodowy Prezes Urzędu ustalił, co następuje:**

Aktywny uczestnik koncentracji:

**TERG** prowadzi działalność w zakresie detalicznej (w tym za pośrednictwem Internetu) i hurtowej sprzedaży sprzętu AGD, RTV i IT.

Działalność TERG za pośrednictwem Internetu ogranicza się do sprzedaży produktów niepełnowartościowych - zwróconych przez klientów, uszkodzonych, a także towarów już niedostępnych na rynku, które mogą służyć głównie jako źródło części.

Akcjonariuszami TERG są: **[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 3 załącznika]**.

Spółka sprawuje kontrolę nad Mediaexpert sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Art-Dom sp. z o.o. z siedzibą w Złotowie, a także, od 2 października 2012 r., nad Electro.pl.

Obrót osiągnięty przez grupę TERG w 2011 r., tj. w roku poprzedzającym rok, w którym powinien zostać zgłoszony zamiar koncentracji, wyniósł **[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 4 załącznika]**. Wartość euro, o której mowa w przepisach uokk, zgodnie z art. 5 uokk podlega przeliczeniu na złote według kursu średniego walut obcych ogłoszonego przez Narodowy Bank Polski w ostatnim dniu roku kalendarzowego poprzedzającego rok zgłoszenia zamiaru koncentracji lub nałożenia kary.

Przychód osiągnięty przez spółkę TERG w roku 2012, tj. roku poprzedzającym rok nałożenia kary, wyniósł **[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 5 załącznika]**.

Pasywny uczestnik koncentracji:

**Electro.pl** prowadzi działalność w zakresie sprzedaży detalicznej za pośrednictwem Internetu sprzętu AGD, RTV i IT.

Wspólnikami Electro.pl są: **[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 6 załącznika]**.

Obrót osiągnięty przez Electro.pl w 2011 r., obliczony zgodnie z art. 5 uokk, wyniósł **[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 7 załącznika]**, natomiast w 2012 r. wyniósł **[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 8 załącznika]**.

Obie spółki obrót w latach 2011 i 2012 osiągnęły wyłącznie na terenie Polski.

**W oparciu o przedstawiony stan faktyczny Prezes Urzędu zważył, co następuje:**

Istnienie obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji

Zgodnie z art. 13 ust. 1 uokk zamiar koncentracji podlega zgłoszeniu Prezesowi Urzędu, jeżeli łączny światowy obrót przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekracza równowartość 1 mld euro (pkt 1) lub łączny obrót na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekracza równowartość 50 mln euro (pkt 2).

Zgodnie z art. 13 ust. 2 pkt 2 uokk obowiązek ten dotyczy m.in. zamiaru przejęcia – przez nabycie lub objęcie akcji, innych papierów wartościowych, udziałów lub w jakikolwiek inny sposób - bezpośredniej lub pośredniej kontroli nad jednym lub więcej przedsiębiorcami

przez jednego lub więcej przedsiębiorców, przy czym w myśl art. 4 pkt 4 lit. c uokk przejęcie kontroli nad spółką następuje m.in. w przypadku, gdy członkowie zarządu lub rady nadzorczej spółki przejmującej stanowią więcej niż połowę członków zarządu przedsiębiorcy zależnego.

Z akt sprawy wynika, że spełnione zostały przesłanki, uzasadniające obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji, bowiem:

- 1) łączny obrót na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok, w którym powstał obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji, wyniósł równowartość **[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 9 załącznika]** tys. euro, zatem przekroczył równowartość 50 mln euro, tj. wartość określoną w art. 13 ust. 1 pkt 2 uokk,
- 2) objęcie przez członka rady nadzorczej TERG funkcji prezesa w jednoosobowym zarządzie Electro.pl jest sposobem koncentracji, określonym w art. 13 ust. 2 pkt 2 uokk w związku z art. 4 pkt 4 lit. c uokk,
- 3) nie wystąpiły przesłanki z art. 14 uokk, wyłączające obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji.

Tym samym, zgodnie z treścią art. 94 ust. 2 pkt 2 uokk, obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji spoczywał na przedsiębiorcy przejmującym kontrolę, tj. TERG.

#### Ostateczny moment zgłoszenia zamiaru koncentracji:

W myśl przepisów uokk zgłoszeniu Prezesowi Urzędu podlega zamiar koncentracji. Oznacza to, że w wypadku planowania koncentracji przedsiębiorca ma obowiązek zgłoszenia jej Prezesowi Urzędu już na etapie zamiaru.

W przedmiotowej sprawie koncentracja polegała na przejęciu przez TERG kontroli nad Electro.pl poprzez powołanie uchwałą zgromadzenia wspólników Electro.pl z dnia 2 października 2012 r. na stanowisko prezesa jednoosobowego zarządu Electro.pl Pani Teresy Grzebity, pełniącej równocześnie funkcję przewodniczącego rady nadzorczej TERG.

Tym samym koncentracja została zrealizowana w dniu 2 października 2012 r., o czym Prezes Urzędu został poinformowany pismem z dnia 8 kwietnia 2013 r. Mając na uwadze, że uchwała o powołaniu na członka zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością ma charakter konstytutywny, zgłoszenie zamiaru koncentracji w niniejszej sprawie powinno zatem nastąpić najpóźniej przed podjęciem uchwały zgromadzenia wspólników Electro.pl z dnia 2 października 2012 r.

#### Kara pieniężna

Prezes Urzędu jest centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach ochrony konkurencji i konsumentów. Tym samym wszelkie działania Prezesa Urzędu są podejmowane w interesie publicznym, mając na uwadze ochronę konkurencji i praw konsumentów. Prezesowi Urzędu przyznano szczególne kompetencje związane ze sprawowaniem kontroli przestrzegania przez przedsiębiorców przepisów ustawy antymonopolowej, w tym kompetencje umożliwiające efektywne dyscyplinowanie przedsiębiorców nie wywiązujących się z ciążących na nich obowiązków określonych w przepisach antymonopolowych.

Należy do nich wyrażona w art. 106 ust. 1 pkt 3 uokk kompetencja do nałożenia na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, kary pieniężnej w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie, dokonał koncentracji bez uzyskania zgody Prezesa Urzędu.

Nałożenie przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na przedsiębiorcę kary pieniężnej za niezgłoszenie zamiaru łączenia przedsiębiorców po dokonaniu czynności łączenia, objęcia lub nabycia akcji albo udziałów ma charakter uznaniowy i nie jest uzależnione od oceny skutków wpływu łączenia przedsiębiorców na konkurencję, co potwierdza ugruntowana linia orzecznicza Sądu Najwyższego, w tym postanowienie SN z dnia 7 lipca 1999 r., I CKN 184/99 (OSNC 2000/2/33) oraz postanowienie SN z dnia 22 marca 2001 r. I CKN 1127/98 (niepubl.). Brak wpływu na konkurencję ma jednak znaczenie dla wymiaru kary (wyrok SN z dnia 20 czerwca 2001 r., I CKN 1150/98, niepubl.). Ponadto, jak zaznaczył Sąd Antymonopolowy w wyroku z dnia 4 lutego 1998 r., sygn. akt XVII Ama 66/97 (niepubl.), kara pieniężna powinna być na tyle dolegliwa, aby czyniła nieopłacalne ewentualne próby przedsiębiorców uchylania się w przyszłości od poddania się antymonopolowej kontroli połączeń z ich udziałem.

Przytoczone orzeczenia, wydane na podstawie nieobowiązującej ustawy z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów (Dz. U. z 1999 r. Nr 52, poz. 547 ze zm.), pozostają aktualne w świetle obowiązujących przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów.

Podobnie wypowiedział się Sąd Apelacyjny, wskazując, że kara pieniężna z uwagi na represyjno-wychowawczy charakter winna pozostawać we właściwej proporcji do potencjału ekonomicznego sprawcy (wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 6 lutego 2007 r., VI ACa 810/06, Dz. Urz. UOKiK 2007, nr 3, poz. 37), a także, że choć wskaźnikiem wysokości kary w uokk jest odsetek przychodu, to jednak wymóg osiągnięcia właściwego celu, któremu ma służyć wymiar kary, nie powinien całkowicie abstrahować od rentowności w działalności prowadzonej przez stronę (wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 24 kwietnia 2007 r., VI ACa 1054/06, niepublikowany).

W piśmiennictwie antymonopolowym zwraca się również uwagę, że Prezes Urzędu nakłada karę pieniężną określoną m.in. w art. 106 ust. 1 uokk w razie spełnienia wszystkich ustawowych przesłanek zawartych w tym przepisie, włącznie z przesłankami podmiotowymi, tj. w przypadku stwierdzenia, że określone w tym przepisie naruszenie obejmowało co najmniej nieumyślność (M. Król - Bogomiłska: *Kary pieniężne w prawie antymonopolowym*, Warszawa 2001, s. 88).

Przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej, o której mowa w art. 106 uokk, Prezes Urzędu powinien wziąć pod uwagę w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy (art. 111 uokk).

Odnosząc się do podniesionej przez TERG kwestii nieświadomości istnienia obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji należy podkreślić, że zgodnie z art. 83 ustawy z dnia 2 kwietnia 1997 r. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej. Obowiązek znajomości i przestrzegania norm prawa ciąży tym bardziej na profesjonalnych uczestnikach obrotu rynkowego. Z informacji przekazanych przez TERG w piśmie z dnia 8 kwietnia 2013 r. wynika, że TERG jest doświadczonym i dynamicznie rozwijającym się przedsiębiorcą (działającym wcześniej w formie spółki z o.o.), prowadzącym na szeroką skalę działalność na rynku sprzedaży sprzętu AGD, RTV i IT. Przedsiębiorca ten miał również świadomość istnienia przepisów prawa konkurencji, w tym przepisów dotyczących kontroli koncentracji, gdyż w 2011 r. zgłosił zamiar koncentracji, polegającej na nabyciu przez TERG części mienia Przedsiębiorstwa Handlowego Domgoss S.A. z siedzibą w Kielcach (decyzja Prezesa Urzędu nr DKK-140/11). Ponadto w 2010 r. przedsiębiorca ten prawidłowo dokonał oceny braku obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji, polegającej na nabyciu części mienia Telpol Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu oraz części mienia Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego Diana Mirosława Szczęsna, Czesław Szczęsny i Mariusz Szczęsny Spółka Jawna z siedzibą w Koninie.

TERG zatem nie tylko miała świadomość istnienia przepisów antymonopolowych, ale również miała doświadczenie w prowadzeniu działalności w ich reżimie.

Zgodnie z powyższym Spółka powinna być świadoma, że powołanie Pani Teresy Grzebity, pełniącej funkcję przewodniczącego rady nadzorczej TERG, na stanowisko prezesa jednoosobowego zarządu Electro.pl stanowi jedną z form przejęcia kontroli wskazanych wprost w przepisach uokk (art. 4 pkt 4 lit. c). TERG, jako doświadczony uczestnik obrotu, powinna być także świadoma, przy uwzględnieniu opisanych wyżej okoliczności niniejszej sprawy, że w tym przypadku nie wystąpiły okoliczności wyłączające obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji Prezesowi Urzędu.

W związku z powyższym nie budzi wątpliwości, że Spółka nie dochowała w niniejszej sprawie staranności wymaganej od profesjonalnych uczestników obrotu,

dopuszczając się tym samym nieumyślnego naruszenia przepisów uokk poprzez dokonanie koncentracji bez uzyskania wymaganej zgody Prezesa Urzędu.

Ważąc wysokość nałożonej kary pieniężnej Prezes Urzędu uwzględnił nie tylko fakt naruszenia przez TERG obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji, ale również okoliczności obciążające i łagodzące, stanowiące ocenę podmiotowej strony czynu tego przedsiębiorcy.

Mając na uwadze aktywność i doświadczenie TERG w obszarze koncentracji, nie można uznać za okoliczność łagodzącą podniesionego przez Spółkę braku świadomości w zakresie obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji w przypadku, o którym mowa w art. 13 ust. 2 pkt 2 uokk.

Przymiot okoliczności łagodzącej Prezes Urzędu przyznał natomiast temu, że jest to pierwsze, a także nieumyślne naruszenie przez TERG przepisów uokk. Podobnie został oceniony fakt poinformowania przez Spółkę z własnej inicjatywy o dokonaniu koncentracji bez uzyskania zgody Prezesa Urzędu.

Ustalając wysokość kary w niniejszej sprawie Prezes Urzędu uwzględnił również fakt, że o ile TERG i Electro.pl działają na rynku sprzedaży detalicznej sprzętu RTV, AGD i IT za pośrednictwem Internetu, o tyle towary oferowane przez obie Spółki (niepełnowartościowe w przypadku TERG oraz nowe w przypadku Electro.pl) były pozbawione przymiotu substytucyjności, a w konsekwencji nie występowały między nimi relacje horyzontalne. Tym samym koncentracja nie wywarła wpływu na rynek w układzie horyzontalnym. Koncentracja TERG i Electro.pl nie wywarła także wpływu na rynek w układzie wertykalnym, gdyż przedsiębiorcy w niej uczestniczący, pomimo iż działają na rynkach poprzedniego (sprzedaż hurtowa sprzętu AGD, RTV i IT – TERG) i następnego szczebla obrotu (sprzedaż detaliczna sprzętu AGD, RTV i IT – Electro.pl), nie uzyskali w jej wyniku udziału w żadnym z ww. rynków w wysokości większej niż 30%. Nie wywarła ona również wpływu na rynek w układzie konglomeratowym, gdyż żaden z jej uczestników nie dysponował udziałem w jakimkolwiek rynku, na którym prowadzi działalność, przekraczającym próg 40%.

W związku z powyższym, w wyniku dokonanej, bez notyfikacji zamiaru, koncentracji, polegającej na przejściu przez TERG kontroli nad Electro.pl, konkurencja na rynku nie została istotnie ograniczona, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej. W myśl art. 4 pkt 10 uokk przez pozycję dominującą rozumie się pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów; domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku przekracza 40%.

W związku z powyższym Prezes Urzędu uznał, że waga i okoliczności naruszenia przepisów antymonopolowych, a także przychody i sytuacja ekonomiczna aktywnego uczestnika koncentracji przesądzają o zasadności nałożenia na TERG kary pieniężnej w wysokości 40.000 zł (słownie: *czterdzieści tysięcy złotych*). Kara maksymalna, jaką Prezes Urzędu mógłby nałożyć na TERG wynosi **[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 10 załącznika]** zł.

Kara pieniężna nałożona przez Prezesa Urzędu na TERG stanowi ok. **[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 11 załącznika]** % przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary i ok. **[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 12 załącznika]** % maksymalnej wysokości kary przewidzianej w art. 106 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji. Tym samym nałożona kara ma niewielki walor represyjny, pełniąc przede wszystkim funkcję dyscyplinującą i prewencyjną, a także ma na celu nakłonienie TERG do wywiązywania się w przyszłości ze zobowiązań, wynikających z przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Wskazana kara stanowi niewielki ułamek przychodu TERG i tym samym nie powinna wpłynąć w sposób istotny na sytuację finansową Spółki.

Karę pieniężną należy wpłacić na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów NBP O/O Warszawa 51101010100078782231000000, w terminie 14 dni od uprawomocnienia się decyzji.

W związku z tym organ antymonopolowy orzekł, jak w sentencji.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji w związku z art. 479<sup>28</sup> § 2 i § 3 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 ze zm.) od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - w terminie dwutygodniowym od dnia jej doręczenia.

*Z upoważnienia Prezesa Urzędu  
Ochrony Konkurencji i Konsumentów  
Robert Kamiński  
Dyrektor  
Departamentu Kontroli Koncentracji*

Otrzymuje:

TERG S.A., Złotów

za pośrednictwem:

Pani Elżbiety Modzelewskiej-Wąchal



Centrum Prawa Konkurencji  
ul. Brukselska 1403-973 Warszawa