



PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW

Warszawa, dnia 17 czerwca 2013 r.

DKK2-430/2/13/LK

DECYZJA nr DKK - 77/2013

I. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 94 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **nakłada na** Grupę Azoty Zakłady Azotowe „Puławy” S.A. z siedzibą w Puławach **karę pieniężną** w wysokości 60.000 zł (*słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych*), płatną do budżetu państwa, z tytułu dokonania bez uzyskania zgody Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów koncentracji, polegającej na utworzeniu przez Grupę Azoty Zakłady Azotowe „Puławy” S.A. z siedzibą w Puławach oraz Instytut Nawozów Sztucznych z siedzibą w Puławach wspólnego przedsiębiorcy pod firmą SCF Natural sp. z o. o. z siedzibą w Puławach, co stanowi naruszenie obowiązku, o którym mowa w art. 13 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.).

II. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 94 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **nakłada na** Instytut Nawozów Sztucznych z siedzibą w Puławach **karę pieniężną** w wysokości 15.000 zł (*słownie: piętnaście tysięcy złotych*), płatną do budżetu państwa, z tytułu dokonania bez uzyskania zgody Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów koncentracji, polegającej na utworzeniu przez Grupę Azoty Zakłady Azotowe „Puławy” S.A. z siedzibą w Puławach oraz Instytut Nawozów Sztucznych z siedzibą w Puławach wspólnego przedsiębiorcy pod firmą SCF Natural sp. z o. o. z siedzibą w Puławach, co stanowi naruszenie obowiązku, o którym mowa w art. 13 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.).

UZASADNIENIE

W dniu 9 kwietnia 2013 r. do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej „Prezes Urzędu” lub „organ antymonopolowy”) wpłynęło zgłoszenie koncentracji przedsiębiorców, polegającej na utworzeniu przez Grupę Azoty Zakłady Azotowe „Puławy” S.A. z siedzibą w Puławach (dalej „ZA Puławy”) oraz Instytut Nawozów Sztucznych z siedzibą w Puławach (dalej „INS”) wspólnego przedsiębiorcy pod firmą SCF Natural sp. z o. o. z siedzibą w Puławach (dalej „Spółka”).

Z informacji zawartych w zgłoszeniu wynikało, iż ZA Puławy i INS (dalej łącznie „Strony”) zawiązały spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, która w dniu 25 lutego 2013 r. została wpisana do Krajowego Rejestru Sądowego.

Powyższe wskazywało zatem na fakt, iż Strony dokonały już koncentracji poprzez utworzenie wspólnego przedsiębiorcy w trybie art. 13 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), dalej „ustawa o ochronie konkurencji”, bez uprzedniej notyfikacji tego zamiaru Prezesowi Urzędu.

W związku z tym organ antymonopolowy, działając na podstawie art. 95 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji pismem z dnia 11 kwietnia 2013 r. zwrócił zgłoszenie koncentracji, polegającej na utworzeniu przez ZA Puławy oraz INS wspólnego przedsiębiorcy pod firmą SCF Natural sp. z o.o. Następnie postanowieniem z dnia 17 kwietnia 2013 r. nr DKK-32/2013 wszczął z urzędu postępowanie antymonopolowe w sprawie nałożenia kary pieniężnej na ww. podmioty z tytułu dokonania, bez uzyskania zgody Prezesa Urzędu, koncentracji, polegającej na utworzeniu przez ZA Puławy oraz INS wspólnego przedsiębiorcy z naruszeniem obowiązku, o którym mowa w art. 13 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji. O wszczęciu postępowania Prezes Urzędu zawiadomił Strony pismem z dnia 17 kwietnia 2013 r.

Odnosząc się do postawionego zarzutu ZA Puławy oraz INS (pismo z dnia 29 kwietnia 2013 r.) nie zakwestionowały faktu naruszenia obowiązku, wynikającego z art. 13 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i jednocześnie podnosiły, iż niewypelnienie obowiązku notyfikacji nie wynikało ze świadomego działania uczestników procesu koncentracji, a było spowodowane przeoczeniem, bowiem projekt jej tworzenia pokrywał się z próbami wrogich przejęć spółek Wielkiej Syntezy Chemicznej, w tym ZA Puławy, oraz procesem konsolidacji tych spółek, uwieńczonym wejściem ZA Puławy do grupy kapitałowej

Grupa Azoty S.A. w Tarnowie. Niezwłocznie po zorientowaniu się, że nie doszło do wymaganego zgłoszenia przedmiotowej koncentracji Prezesowi Urzędu ZA Puławy oraz INS przystąpiły do przygotowania odpowiedniej dokumentacji, pozwalającej na ocenę skutków tego zdarzenia. W konsekwencji ZA Puławy oraz INS w dniu 9 kwietnia 2013 r. przekazały do organu antymonopolowego informację o dokonanej koncentracji.

**W oparciu o zebrany w sprawie materiał dowodowy organ antymonopolowy ustalił,
co następuje:**

Aktywni uczestnicy koncentracji

ZA Puławy prowadzą działalność na podstawie wpisu do Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod nr. 0000011737, skupiając się na produkcji oraz sprzedaży produktów chemicznych dla różnych gałęzi przemysłu oraz produktów nawozowych dla producentów rolnych.

ZA Puławy prowadzą działalność w następującym zakresie:

Tabela nr 1

| lp. | rynek właściwy | | szacowany udział w rynku w 2012 r. (w %) |
|-----|---|------------------------|--|
| | ujęcie asortymentowe | ujęcie geograficzne | |
| 1. | nawozy azotowe | co najmniej europejski | <i>[tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 1 załącznika]</i> |
| 2. | nawozy wieloskładnikowe | co najmniej europejski | |
| 3. | nawozy fosforowe | co najmniej europejski | |
| 4. | nawozy potasowe | co najmniej europejski | |
| 5. | melamina | co najmniej europejski | |
| 6. | stały dwutlenek węgla | co najmniej krajowy | |
| 7. | mocznik do celów technicznych | co najmniej europejski | |
| 8. | adblue ¹ | co najmniej europejski | |
| 9. | kaprolaktam ² | światowy | |
| 10. | amoniak bezwodny | co najmniej europejski | |
| 11. | woda amoniakalna | co najmniej krajowy | |
| 12. | kwas azotowy | co najmniej krajowy | |
| 13. | skroplony dwutlenek węgla | co najmniej krajowy | |
| 14. | sprężony wodór | co najmniej krajowy | |
| 15. | wprowadzanie do obrotu granulatów surowców roślinnych | co najmniej europejski | |
| 16. | sprzedaż granulatów z surowców roślinnych | co najmniej krajowy | |

¹ nazwa handlowa 32,5% wysokiej czystości wodnego roztworu mocznika

² organiczny związek chemiczny

W 2012 r. obroty ZA Puławy wyniosły w Polsce równowartość [tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 2 załącznika] tys. euro, a na świecie (bez uwzględnienia Polski) – [tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 3 załącznika] tys. euro.

Przychody ZA Puławy w 2012 r. w rozumieniu art. 4 pkt 15 ustawy o ochronie konkurencji wyniosły równowartość [tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 4 załącznika] tys. zł.

INS wpisany jest do Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod nr. 0000113728 i działa na podstawie:

- ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. o *instytutach badawczych* (t.j. Dz. U. Nr 96, poz. 618 z późn. zm.),
- rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 8 grudnia 2009 r. w sprawie *połączenia Instytutu Nawozów Sztucznych oraz Instytutu Chemii Nieorganicznej* (Dz.U. Nr 218, poz. 1698),
- statutu zatwierdzonego przez Ministra Gospodarki w dniu 31 marca 2011 r.

INS prowadzi działalność w następującym zakresie:

Tabela nr 2

| lp. | rynek właściwy | | szacowany udział w rynku w 2012 r. (w %) |
|-----|---|------------------------|---|
| | ujęcie asortymentowe | ujęcie geograficzne | |
| 1. | usługi badań i analiz technicznych | co najmniej krajowy | [tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 5 załącznika] |
| 2. | specjalistyczne koncentraty nawozowe | co najmniej krajowy | |
| 3. | sprzedaż granulatów z surowców roślinnych | co najmniej krajowy | |
| 4. | sprzedaż ekstraktów surowców roślinnych | co najmniej europejski | |

W 2012 r. obroty INS wyniosły w Polsce równowartość [tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 6 załącznika] tys. euro, a na świecie (bez uwzględnienia Polski) – [tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 7 załącznika] tys. euro.

Przychody INS w rozumieniu art. 4 pkt 15 ustawy o ochronie konkurencji wyniosły w 2012 r. [tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 8 załącznika] tys. zł.

Pasywny uczestnik koncentracji

Zamiar utworzenia **Spółki** został wyrażony przez Strony w [tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 9 załącznika].

Spółka prowadzi działalność na podstawie wpisu w Rejestrze Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod nr. 0000452142. Spółka specjalizuje się w produkcji i sprzedaży granulatów chmielu i zgodnie z założeniami biznesowymi Stron będzie działała na rynkach związanych z przetwarzaniem surowców roślinnych, w szczególności będzie produkowała i sprzedawała granulaty surowców roślinnych oraz sprzedawała ekstrakty surowców roślinnych wytworzone w kooperacji z INS.

ZA Puławy objęły 99,9%, a INS 0,1% udziałów w Spółce. Zasadniczym elementem majątku nowego przedsiębiorcy jest wniesiony przez ZA Puławy, w postaci wkładu niepieniężnego, Zakład Granulacji Chmielu zlokalizowany w Suchodołach. Zakład ten został zakupiony przez ZA Puławy w 2012 r. od syndyka masy upadłościowej Chmiel Polski S.A. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w Lublinie i nie był wykorzystywany przez ZA Puławy do prowadzenia działalności gospodarczej.

Od momentu rejestracji Spółka prowadzi procesy związane z zatrudnieniem pracowników, opracowaniem strony internetowej, przygotowaniem do uruchomienia produkcji z instalacji do granulacji chmielu. Spółka nie nawiązała jeszcze współpracy handlowej i nie osiągnęła żadnych przychodów z działalności gospodarczej.

W oparciu o przedstawiony stan faktyczny organ antymonopolowy zważył, co następuje:

Istnienie obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji

Zgodnie z art. 13 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji 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 (art. 13 ust. 1 pkt 1) lub łączny obrót na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekracza równowartość 50 mln euro (art. 13 ust. 1 pkt 2). W myśl art. 13 ust. 2 pkt 3 ww. ustawy obowiązek ten dotyczy zamiaru utworzenia przez przedsiębiorców wspólnego przedsiębiorcy.

Zgodnie z art. 4 pkt 1 lit. a) ustawy o ochronie konkurencji za przedsiębiorcę uznaje się osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości

prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej. W świetle powyższego zarówno ZA Puławy, jak i INS należy uznać za przedsiębiorców w rozumieniu ww. przepisu, gdyż podmioty te bez wątplenia pozostają osobami prawnymi na podstawie stosownych wpisów do KRS.

Z akt sprawy wynika, że spełnione zostały powyższe przesłanki, uzasadniające obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji, polegającej na utworzeniu przez ZA Puławy oraz INS wspólnego przedsiębiorcy bowiem:

- łączny obrót przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji – w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia zamiaru koncentracji – przekroczył wartość określoną w art. 13 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji, tj. równowartość 1 mln euro na świecie, a także przekroczył wartość określoną w art. 13 ust. 1 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji, tj. równowartość 50 mln w Polsce,
- utworzenie przez ZA Puławy i INS wspólnego przedsiębiorcy jest sposobem koncentracji, określonym w art. 13 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji,
- brak jest przesłanek wyłączeniowych określonych w art. 14 ustawy o ochronie konkurencji.

Zgodnie z treścią art. 94 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji w przypadku koncentracji, polegającej na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy, spoczywa wspólnie na wszystkich przedsiębiorcach biorących udział w utworzeniu nowego podmiotu. W niniejszej sprawie obowiązek taki spoczywał na ZA Puławy i na INS.

Ostateczny moment zgłoszenia zamiaru koncentracji

Ustawa o ochronie konkurencji stanowi, że 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 utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Stosownie do art. 163 ustawy z dnia 15 września 2000 r. *Kodeks spółek handlowych* (Dz. U. Nr 94, poz. 1037 ze zm.) do powstania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością wymaga się:

1. zawarcia umowy spółki,
2. wniesienia przez wspólników wkładów na pokrycie całego kapitału zakładowego, a w razie objęcia udziału za cenę wyższą od wartości nominalnej, także wniesienia nadwyżki,
3. powołania zarządu,
4. ustanowienia rady nadzorczej lub komisji rewizyjnej, jeżeli wymaga tego ustawa lub umowa spółki,
5. wpisu do rejestru.

Wpis do rejestru jest zatem ostatnią czynnością, konieczną do utworzenia spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Wpis ten ma charakter konstytutywny, co oznacza, iż spółka powstaje z chwilą jego dokonania i z tym momentem uzyskuje osobowość prawną.

Zamiar koncentracji, polegającej na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością należy zatem zgłosić najpóźniej przed dokonaniem wpisu do rejestru. Takie stanowisko znalazło również potwierdzenie w orzecznictwie sądowym³. W przedmiotowej sprawie zamiar wyrażony został w dniu [tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 10 załącznika], a Spółkę wpisano do rejestru w dniu 25 lutego 2013 r. Trzeba zatem uznać, iż zgłoszenia zamiaru koncentracji należało dokonać przed tą datą. Kontrola koncentracji jest bowiem kontrolą *ex ante*, a zadaniem organu antymonopolowego jest weryfikacja każdej transakcji podlegającej zgłoszeniu⁴.

O tym, iż zamiar koncentracji powinien być zgłoszony Prezesowi Urzędu jeszcze przed dokonaniem wpisu do KRS przesądza także przepis art. 20b ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o *Krajowym Rejestrze Sądowym* (j. t. Dz. U. z 2007 r., Nr 168, poz. 1186). W myśl tego przepisu w przypadku, gdy wpis do rejestru uzależniony jest od zgody Prezesa Urzędu na dokonanie koncentracji udzielonej na podstawie przepisów o ochronie konkurencji, sąd wydaje postanowienie o wpisie do rejestru, na podstawie decyzji Prezesa Urzędu o wydaniu zgody na dokonanie koncentracji albo, gdy przedsiębiorca złożył oświadczenie, pod rygorem odpowiedzialności karnej, że zamiar koncentracji nie podlegał obowiązkowi zgłoszenia.

³ Por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 29.10.2010 r., sygn. akt XVII Ama 153/09

⁴ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 13.10.2011 r. sygn. akt VI ACa 381/11

Kara pieniężna

W myśl art. 106 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną 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. Kara ta ma charakter fakultatywny i o celowości jej nałożenia oraz wysokości decyduje Prezes Urzędu. Wydając decyzję o nałożeniu kary pieniężnej organ antymonopolowy działa zatem w ramach uznania administracyjnego, co nie jest równoznaczne z dowolnością. W tym zakresie kieruje się on zasadą równości i proporcjonalności. Rozważając kwestię nałożenia kary organ antymonopolowy musi wziąć pod uwagę, czy w danych okolicznościach sprawy konieczne albo celowe jest jej nałożenie, a jeżeli tak, to w jakiej wysokości kara spełni założone funkcje. Kary pieniężne mają bowiem pełnić funkcje prewencyjne (zapobieganie naruszeniom), egzekucyjne (przymuszające do wykonania działania) jak i represyjne (w postaci nałożenie określonej represji uciążliwości finansowej na naruszającego przepisy ustawy).⁵

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

Zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą Sądu Najwyższego nałożenie przez Prezesa Urzędu na przedsiębiorcę kary pieniężnej za niezgłoszenie zamiaru łączenia przedsiębiorców ma charakter uznaniowy i nie jest uzależnione od oceny skutków wpływu łączenia przedsiębiorców na konkurencję [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, nie publ.]. Brak wpływu na konkurencję ma jednak znaczenie dla wymiaru kary (wyrok SN z dnia 20 czerwca 2001 r., I CKN 1150/98, niepubl.). W takim wypadku kara winna być bliższa dolnej, a nie górnej granicy zagrożenia ustawowego (wniosek taki płynie z wyroku SA z dnia 4 lutego 1998 r., XVII Ama 66/97, niepubl.). Ponadto, jak wskazuje w tym orzeczeniu Sąd Antymonopolowy, kara pieniężna powinna być jednak na tyle dolegliwa, aby czyniła

⁵ K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, Komentarz, Lex a Wolters kluwer business, Warszawa 2008, s. 1015

nieopłacalne ewentualne próby uchylania się w przyszłości przedsiębiorców od poddania się antymonopolowej kontroli połączeń z ich udziałem.

W piśmiennictwie antymonopolowym zwraca się uwagę, iż Prezes Urzędu nakłada karę pieniężną określoną w art. 106 ust. 1 i ust. 2 ww. ustawy w razie spełnienia wszystkich ustawowych przesłanek zawartych w tym przepisie, włącznie z przesłankami podmiotowymi, tj. w przypadku stwierdzenia, że określone w ww. przepisie naruszenie obejmowało co najmniej nieumyślność (M. Król - Bogomilska: *Kary pieniężne w prawie antymonopolowym*, Warszawa 2001, s. 88).

Rozstrzygając o zasadności nałożenia kary pieniężnej Prezes Urzędu stwierdził, że w niniejszej sprawie nałożenie na ZA Puławy oraz INS takiej kary jest konieczne i celowe. W ocenie organu antymonopolowego nałożone kary spełnią bowiem swoją funkcję prewencyjną, działając odstrasżająco – *pro futuro* – zarówno na adresata decyzji, jak i innych przedsiębiorców.

Ważąc zasadność oraz wysokość nałożonej kary pieniężnej Prezes Urzędu uwzględnił nie tylko przesłankę naruszenia przez ZA Puławy i INS przepisów prawa konkurencji, polegającego na niewykonaniu ustawowego obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji, ale również okoliczności obciążające i łagodzące, stanowiące ocenę podmiotowej strony czynu tych przedsiębiorców.

W ocenie Prezesa Urzędu okolicznością, która ma wpływ na wysokość nałożonej kary pieniężnej jest fakt, iż w wyniku dokonanej, bez notyfikacji organowi antymonopolowemu, koncentracji, polegającej na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy, konkurencja na rynku nie została istotnie ograniczona, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej, przez którą rozumie się zgodnie z art. 4 pkt 10 ustawy o ochronie konkurencji 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%.

Z danych uzyskanych w toku postępowania antymonopolowego wynika, iż działalność Spółki pokrywać się będzie z działalnością ZA Puławy oraz INS w zakresie sprzedaży granulatów surowców roślinnych, a łączny udział ZA Puławy oraz INS w krajowym rynku sprzedaży granulatów surowców roślinnych jest daleki od progu, z którym

ustawa o ochronie konkurencji wiąże domniemanie pozycji dominującej – nie przekracza bowiem [tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 11 załącznika]%).

Oceniając stopień zawinienia ZA Puławy i INS w niniejszej sprawie organ antymonopolowy wziął pod uwagę, że zgodnie z art. 106 ust. 1 zdanie wstępne *in fine* ustawy o ochronie konkurencji naruszenie przepisów tej ustawy może nastąpić zarówno umyślnie (tj. kiedy naruszyiciel miał taki zamiar), jak też i nieumyślnie (tj. kiedy naruszyiciel nie miał na celu złamania przepisów tej ustawy). W niniejszej sprawie brak jest przesłanek świadczących o umyślnym działaniu ZA Puławy oraz INS. Niemniej zebrany w toku postępowania antymonopolowego materiał dowodowy pozwala stwierdzić, że zarówno ZA Puławy, jak i INS nie dołożyły należytej staranności wymaganej w działaniu, polegającym na tworzeniu nowego przedsiębiorcy. Potwierdza to w szczególności treść pisma z dnia 29 kwietnia 2013 r., w którym Strony podkreśliły, iż brak uprzedniej notyfikacji transakcji był spowodowany przeoczeniem. W ocenie Prezesa Urzędu taka okoliczność nie może jednak usprawiedliwiać faktu naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji.

To, iż ZA Puławy i z INS z własnej inicjatywy złożyły zgłoszenie, które *de facto* było zgłoszeniem zrealizowanej transakcji, nie może być skutecznie podnoszone dla oceny dochowania przez Strony należytej staranności - może mieć natomiast znaczenie przy wazeniu wysokości kary za niewykonanie obowiązku określonego w art. 13 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji. Okoliczność ta stanowiła bowiem źródło informacji o koncentracji, stąd też została potraktowana jako okoliczność łagodząca. Przy wazeniu wysokości kary pieniężnej w niniejszej sprawie jako okoliczność łagodzącą Prezes Urzędu uznał również to, iż było to pierwsze naruszenie przepisów antymonopolowych zarówno przez INS jak i przez ZA Puławy.

Należy ponadto zaznaczyć, iż okresu naruszenia przepisów ustawy nie można uznać za długi – trwał bowiem niespełna 2 miesiące (Spółka została zarejestrowana w dniu 25 lutego 2013 r., a zgłoszenie koncentracji zostało przedłożone Prezesowi Urzędu w dniu 9 kwietnia 2013 r.).

Mając na uwadze powyższe Prezes Urzędu uznał, że waga i okoliczności naruszenia ustawy o ochronie konkurencji przesądzają o zasadności nałożenia na ZA Puławy oraz na INS

kary pieniężnej w wysokości odpowiednio 60.000 zł (*słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych*) oraz 15.000 zł (*słownie: piętnaście tysięcy złotych*).

W niniejszej sprawie nie było możliwe ustalenie kwotowej ani procentowej wysokości kar pieniężnych na tym samym poziomie. Za zróżnicowaniem kar nałożonych na ww. podmioty przemawia fakt, iż ZA Puławy osiągnęła w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary przychód znacznie wyższy niż INS (ponad pięćdziesięciokrotnie). Wysokość nałożonej przez organ antymonopolowy kary powinna spełniać swój prewencyjny charakter, którego nie udałoby się zachować przy zastosowaniu takiej samej procentowej czy wartościowej kwoty kary pieniężnej. Nałożenie bowiem kary pieniężnej w identycznej wysokości procentowej spowodowałoby zbyt dolegliwą sankcję dla ZA Puławy lub nie odzwierciedliłoby prewencyjnego charakteru kary administracyjnej w stosunku do INS. Natomiast nałożenie kary pieniężnej w takiej samej wysokości wartościowej byłoby w tym przypadku rażąco niesprawiedliwe z uwagi za znaczące różnice w osiągniętych przychodach.

Jednocześnie Prezes Urzędu uznał, że kara wymierzana przez organ antymonopolowy powinna przewyższać opłatę, z jaką związane jest zgłoszenie zamiaru koncentracji, która obecnie wynosi 5.000zł⁶. Nałożenie kary w wielkości zbliżonej do wysokości opłaty od wniosku nie pozwoliłoby na spełnienie prewencyjnej roli kary administracyjnej, a przeciwnie – mogłoby zachęcić ZA Puławy i INS oraz inne podmioty do unikania postępowań antymonopolowych w sprawach koncentracji w przyszłości (por. wyrok SA z dnia 4 lutego 1998 r., XVII Ama 66/97, niepubl.).

Jak wskazano powyżej przychody ZA Puławy oraz INS w roku 2012 wyniosły odpowiednio [*tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 12 załącznika*] tys. zł oraz [*tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 13 załącznika*] tys. zł. A zatem kara maksymalna, którą Prezes Urzędu mógłby nałożyć na te podmioty wynosi w przypadku ZA Puławy - [*tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 14 załącznika*] tys. zł, a INS - [*tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 15 załącznika*] tys. zł.

Nałożone przez Prezesa Urzędu kary pieniężne, stanowiące mniej niż 1% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, stanowiąc dla ZA Puławy - ok. [*tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 16 załącznika*] % przychodu, a dla INS ok. [*tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 17 załącznika*] % przychodu i jednocześnie po mniej niż

⁶ Patrz § 10 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 17 lipca 2007 r. w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji przedsiębiorców (Dz. U. Nr 134, poz. 937)

1% maksymalnej wysokości kary przewidzianej w art. 106 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji, mają więc raczej walor dyscyplinujący i prewencyjny i mają jedynie nakłonić ZA Puławy i INS do terminowego realizowania w przyszłości zobowiązań wobec Prezesa Urzędu, wynikających z ustawy o ochronie konkurencji.

Kary pieniężne 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 orzeka, jak w sentencji.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji w związku z art. 479²⁸ § 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
DYREKTOR
Departamentu Kontroli Koncentracji
Robert Kamiński*