



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

Warszawa, dnia 5 czerwca 2017 r.

DKK1-430/1/16/MAB

DECYZJA nr DKK - 86/2017

Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2017 r., poz. 229), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **nakłada** na BAĆ-POL S.A. z siedzibą w Rzeszowie, jako następcę prawnego SEZAM-ŚREM Sp. z o.o. z siedzibą w Zbrudzewie, **karę pieniężną w wysokości 527 000 zł** (słownie: pięćset dwadzieścia siedem tysięcy złotych), płatną do budżetu państwa, z tytułu dokonania koncentracji, polegającej na nabyciu przez SEZAM-ŚREM Sp. z o.o. z siedzibą w Zbrudzewie części mienia Klementynka Sp. j. M. Hałas, A. Głuch-Hałas z siedzibą we Wrocławiu z naruszeniem obowiązku, o którym mowa w art. 13 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2017 r., poz. 229).

UZASADNIENIE

19 kwietnia 2016 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zwany dalej „Prezesem Urzędu” lub „organem antymonopolowym”, na podstawie art. 49 ust. 1 oraz 106 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2017 r., poz. 229 - dalej także „ustawa o ochronie konkurencji” lub „ustawa antymonopolowa”) wszczął z urzędu postępowanie antymonopolowe w sprawie nałożenia na Bać-Pol S.A. z siedzibą w Rzeszowie (dalej „BP” lub „Spółka”), jako następcę prawnego SEZAM-ŚREM Sp. z o.o. z siedzibą w Zbrudzewie (dalej „Sezam”), kary pieniężnej z tytułu dokonania koncentracji, polegającej na nabyciu przez Sezam części mienia Klementynka Sp. j. M. Hałas, A. Głuch-Hałas z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako „Klementynka”) z naruszeniem obowiązku, o którym mowa w art. 13 ust. 2 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji.

Postępowanie antymonopolowe zostało poprzedzone postępowaniem wyjaśniającym wszczętym z urzędu 12 marca 2014 r. na podstawie art. 48 ust. 1 w związku z art. 48 ust. 2

pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji, mającym na celu wstępne ustalenie istnienia obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji z udziałem Sezamu i Klementynki oraz należącej do niej części mienia. Postępowanie wyjaśniające zostało wszczęte po analizie skargi skierowanej przez [dane osoby fizycznej] 24 stycznia 2014 r. (data wpływu do Urzędu 17 lutego 2014 r.) w sprawie ewentualnej koncentracji z udziałem Sezam oraz Klementynki. [dane osoby fizycznej] był współwłaścicielem Klementynki. Jak wynikało z jego pisma, Sezam przejął składniki majątkowe służące do prowadzenia Klementynki, tj. klientów, pracowników, towary oraz magazyny, bez zgłoszenia zamiaru tej transakcji organowi antymonopolowemu. W toku postępowania wyjaśniającego zostały przeprowadzone czynności dowodowe z udziałem [dane osoby fizycznej], Sezamu oraz syndyka Klementynki. Dokonane ustalenia w postępowaniu wyjaśniającym dały podstawę i uzasadniły wszczęcie niniejszego postępowania antymonopolowego, o czym Sezam został powiadomiony pismem z 22 kwietnia 2016 r. i jednocześnie wezwany do ustosunkowania się do zarzutu dokonania koncentracji bez zgody Prezesa Urzędu.

Postępowanie zostało wszczęte i prowadzone w stosunku do Sezamu. Jednakże pismem z 10 maja 2016 r. BP poinformowała Prezesa Urzędu, że 1 lipca 2015 r. doszło do połączenia Sezamu z BP poprzez przeniesienia całego majątku Sezamu na BP zgodnie z art. 492 § 1 pkt 1 i 516 § 6 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz. U. z 2013 r., poz. 1030 ze zm.). W związku z tym, mając na uwadze fakt, że zgodnie z art. 494 § 1 Kodeksu spółek handlowych spółka przejmująca wstępuje z dniem połączenia we wszystkie prawa i obowiązki spółki przejmowanej, organ antymonopolowy poinformował BP pismem z 7 lipca 2016 r., że postępowanie będzie toczyło się z udziałem BP.

Postanowieniem nr DKK-65/2016 z 28 lipca 2016 r. organ antymonopolowy zaliczył w poczet materiału dowodowego niniejszego postępowania wybrane dokumenty uzyskane w trakcie postępowania wyjaśniającego, mającego na celu wstępne ustalenie istnienia obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji z udziałem Sezamu i Klementynki oraz mienia należącego do tego przedsiębiorcy (sygn. akt DKK1-404/01/14/MAB), tj.:

1. korespondencję mailową przechowywaną na komputerze [dane osoby fizycznej];
2. protokół rozprawy administracyjnej z 13 lipca 2015 r.;
3. notatkę z pozyskania i zabezpieczenia materiału dowodowego w formie elektronicznej w trakcie rozprawy administracyjnej;
4. pisma Sezamu z 4 kwietnia i 27 czerwca 2014 r.;
5. pisma od [dane osoby fizycznej] z 22 stycznia, 29 marca i 18 lipca 2014 r. (bez załącznika);

6. pismo syndyka Janusza Kaczkowskiego z 16 stycznia 2015 r.

Postanowieniem nr DKK-67/2016 z 5 sierpnia 2016 r. organ antymonopolowy ograniczył BP dostęp do materiału dowodowego w zakresie niezbędnym do ochrony danych osobowych osób fizycznych.

BP skorzystała z prawa do zapoznania się z aktami sprawy 10 sierpnia 2016 r.

26 sierpnia 2016 r. BP złożyła wnioski dowodowe o przesłuchanie osób fizycznych, tj. [dane osoby fizycznej], [dane osoby fizycznej], [dane osoby fizycznej], [dane osoby fizycznej] i [dane osoby fizycznej]. Z uwagi na brak poprawnego sformułowania i sprecyzowania tez dowodowych Prezes Urzędu wezwał BP do skorygowania wniosków. Pierwsza teza dowodowa wskazana we wnioskach, jako obejmująca zjawiska nie mieszczące się w sferze świata zewnętrznego, ale subiektywnych stanów osób fizycznych, obejmowała okoliczności, które nie są przedmiotem dowodu. Druga ze wskazanych tez dowodowych określona jako „weryfikacja prawdziwości zeznań świadka [dane osoby fizycznej]” była również sformułowana niepoprawnie. Przedmiotem dowodu są fakty, a więc weryfikacja może dotyczyć jedynie poszczególnych okoliczności wskazanych w zeznaniach świadka, a nie zeznań jako całości. W odpowiedzi z 19 września 2016 r. BP uzupełniła swoje wnioski dowodowe. Postanowieniem nr DKK-81/2016 z 6 października 2016 r. organ antymonopolowy oddalił wnioski dowodowe BP z uwagi na fakt, iż tezy dowodowe zostały sformułowane w sposób niepoprawny lub dotyczyły okoliczności, które zostały już wyjaśnione. Ponadto wezwanie [dane osoby fizycznej] na świadka było niemożliwe z uwagi na brak jego zdolności podmiotowej do bycia świadkiem w niniejszej sprawie (mógł on przedstawić swoje wyjaśnienia w imieniu strony postępowania, ale z prawa tego nie skorzystał). Jednocześnie organ antymonopolowy, działając z urzędu, zwrócił się do [dane osoby fizycznej], [dane osoby fizycznej], [dane osoby fizycznej] i [dane osoby fizycznej] o przedstawienie informacji, które mogłyby być przydatne dla wyjaśnienia stanu faktycznego. [dane osoby fizycznej], [dane osoby fizycznej] i [dane osoby fizycznej] pismami odpowiednio z 26, 27 i 25 października 2016 r. przedstawili wyjaśnienia, natomiast pisma kierowane do [dane osoby fizycznej] nie zostały jej doręczone z uwagi na błędny adres do korespondencji przedstawiony przez BP we wniosku dowodowym.

Pismem z 2 grudnia 2016 r. organ antymonopolowy poinformował Spółkę o zakończeniu postępowania dowodowego i prawie zapoznania się z całością akt zgromadzonych w sprawie oraz o prawie przedstawienia swojego stanowiska odnośnie zgromadzonego materiału dowodowego. BP nie skorzystała z tych uprawnień.

W trakcie postępowania organ antymonopolowy ustalił, co następuje:

Strona postępowania i uczestnik koncentracji

Sezam był hurtownią ogólnospożywczą, początkowo niezależną, a od 2009 r. należącą do grupy BP (decyzja Prezesa Urzędu nr DKK-43/09). W dniu 1 lipca 2015 r. doszło do połączenia Sezamu z BP poprzez przeniesienie całego majątku Sezamu na BP.

BP prowadzi działalność w zakresie hurtowej sprzedaży artykułów konsumpcyjnych codziennego użytku (AKCU) za pośrednictwem hurtowni niewyspecjalizowanych, jest również właścicielem dwóch ogólnopolskich sieci sklepów detalicznych działających pod marką „SPAR” i „Słoneczko”. Obrót grupy BP zarówno w 2010 r., jak i 2011 r. przekroczył [tajemnica przedsiębiorstwa], natomiast w 2016 r. wyniósł [tajemnica przedsiębiorstwa]¹.

Klementynka była hurtownią ogólnospożywczą, prowadzącą działalność na terenie Dolnego Śląska, kierowaną przez Agatę Głuch-Hałas i Marka Hałasa. Powstała ona w połowie lat 90-tych jako hurtownia spożywczo-nabiałowa, działająca jako spółka cywilna, a potem zarejestrowana jako spółka jawna. Klementynka działała do maja 2012 r., a obecnie trwa proces upadłościowy (próba ściągnięcia należności przez syndyka). Obrót Klementynki zarówno w 2010 r., jak i 2011 r. wyniósł po ok. [tajemnica przedsiębiorstwa].

Stanowiska strony postępowania, świadka [dane osoby fizycznej] oraz osób przedstawiających informacje na wezwanie Prezesa Urzędu

Stanowisko BP

BP zakwestionowała możliwość prowadzenia postępowania o nałożenie kary ze swoim udziałem twierdząc, że powinno zostać ono umorzono ze względu na likwidację Sezamu. Ponadto, zdaniem BP, to Sezam ewentualnie naruszył obowiązek notyfikacyjny. BP twierdziła także, że Sezam nie przejął Klementynki ani w całości ani też nie nabył jej zorganizowanej części. Spółka twierdziła, że nie istnieją żadne umowy potwierdzające takie przejęcie. BP przyznaje jedynie, że Sezam nabył określone towary od Klementynki oraz że rozpoczął działalność na terenie tego samego centrum magazynowego, ale nie w tym samym miejscu co Klementynka. Spółka utrzymuje, że Sezam zatrudniając pracowników nie sprawdzał kto wcześniej pracował w Klementynce, ale niektórzy jej pracownicy mogli tam

¹ Pomimo wezwania BP nie przedstawiała tej informacji w toku postępowania. Natomiast informacja została przedstawiona przez BP w toku równoległego postępowania w sprawie DKK2-421/10/17/DL.

wcześniej pracować. Ponadto BP stanowczo podała, że ani Sezam ani żadna inna spółka z grupy BP nie otrzymała od Klementynki jakichkolwiek informacji handlowych, w tym o obrotach Klementynki i jej klientach, ani tym bardziej nie wykorzystywała ich w swojej działalności gospodarczej. Co więcej, BP zakwestionowała twierdzenie, że rzekomo przejęte przez Sezam aktywa Klementynki stanowią mienie w rozumieniu art. 44 kodeksu cywilnego. W szczególności klienci, dostawcy i pracownicy nie mogą stanowić mienia przedsiębiorstwa. Ponadto takim aktywom Klementynki, zdaniem BP, nie można przypisać znaczenia kluczowego dla prowadzenia jej działalności, ani tym bardziej przypisać obrotu Klementynki. BP odwołała się także do wcześniejszych wyjaśnień składanych przez Sezam w toku postępowania wyjaśniającego (zob. dalej wyjaśnienia zarządu Sezamu).

Stanowisko [dane osoby fizycznej], [dane osoby fizycznej], [dane osoby fizycznej]

[dane osoby fizycznej] był współzałożycielem, współwłaścicielem, a następnie do 09.02.2014 r. prezesem Sezamu. [dane osoby fizycznej] był od 31.08.2009 r. do 11.06.2014 r. wiceprezesem Sezamu. [dane osoby fizycznej] był od 25.10.2010 r. do 01.10.2014 r. wiceprezesem Sezamu. Stanowiska przedstawione przez [dane osoby fizycznej], [dane osoby fizycznej] i [dane osoby fizycznej] (dalej jako „zarząd Sezamu”) są identyczne co do treści i formy (poza opisem zajmowanych przez nich stanowisk w Sezamie). Zdaniem zarządu Sezamu na przełomie lat 2011/2012 sytuacja finansowa Klementynki się pogorszyła i [dane osoby fizycznej] poszukiwał chętnych do jej przejęcia. Rozmawiał o tym z wieloma hurtownikami, w tym BP. Jednak [dane osoby fizycznej], właściciel BP, nie wyraził zgody na przejęcie Klementynki ani w całości, ani w części. Zarząd Sezamu wskazał, że [dane osoby fizycznej] zwrócił się następnie do BP o zgodę na dystrybucję towarów BP przez Klementynkę. Zarząd Sezamu miał podjąć działania w celu oceny zasadności ekonomicznej takiej współpracy. Wszelkie kontakty pomiędzy Sezamem i BP nie były związane z przejęciem Klementynki czy składników jej mienia, ale wyłącznie z oceną jej kondycji finansowej pod kątem ewentualnej współpracy w zakresie dystrybucji hurtowej towarów spożywczych. Zarząd Sezamu przyznaje, że poprosił i otrzymał niektóre dane finansowe Klementynki w celu rozpoznania możliwości zabezpieczenia Sezamu na wypadek niewypłacalności Klementynki. Zdaniem zarządu Sezamu konieczne było zapoznanie się w tym celu m.in. z listą kontrahentów Klementynki wraz z wykazem nabywanych od nich produktów. Było to niezbędne dla Sezamu w celu oceny, czy może takie same towary dostarczyć Klementynce i czy będzie w stanie spełnić oczekiwania finansowe [dane osoby

fizycznej] z tym związane. Zdaniem zarządu Sezamu [*dane osoby fizycznej*] żądał dostarczania produktów na korzystniejszych warunkach niż dotychczasowi dostawcy Klementynki. Opinia zarządu Sezamu na temat współpracy z Klementynką była negatywna. Na skutek tego nie została zawarta żadna umowa sprzedaży Klementynki pomiędzy Sezamem a właścicielami Klementynki. Zarząd Sezamu oświadczył, że Sezam nie przejął od Klementynki żadnych dostawców, klientów, pracowników ani żadnych innych tajemnic przedsiębiorstwa Klementynki, ani tym bardziej ich nie wykorzystywał. Jedyne co Sezam nabył od Klementynki to były handlowe towary spożywcze i opakowania na kwotę 112 554,33 PLN (netto) przeznaczone do dalszej dystrybucji. Zarząd Sezamu oświadczył, że utworzył od podstaw oddział we Wrocławiu, a wśród zatrudnionych pracowników mogli się znaleźć byli pracownicy Klementynki. Zatrudnienie [*dane osoby fizycznej*] na stanowisku kierownika oddziału Sezamu we Wrocławiu nie było elementem przejęcia Klementynki, ale pomocą wyświadczoną [*dane osoby fizycznej*], jako osobie fizycznej, aby miał z czego się utrzymać. W tym celu została z nim zawarta umowa o pracę w dniu 02.05.2012 r. na okres trzech lat wraz ze wskazaniem w niej wynagrodzenia.

Stanowisko zarządu Sezamu w części jest powtórzeniem wyjaśnień złożonych przez Sezam w trakcie postępowania wyjaśniającego. Jednocześnie należy jednak dodać, że w toku postępowania wyjaśniającego Sezam konsekwentnie zaprzeczał, że wszedł w posiadanie tajemnic handlowych Klementynki, co kontrastuje z wyjaśnieniami zarządu Sezamu w tym zakresie złożonymi w trakcie niniejszego postępowania.

Stanowisko [dane osoby fizycznej]

[*dane osoby fizycznej*] potwierdził, że doszło do koncentracji z udziałem Sezamu i mienia Klementynki. Początkowo chciał on sprzedać całą spółkę, ale ze względów gospodarczych korzystniejsze okazało się przejęcie mienia Klementynki przez Sezam. [*dane osoby fizycznej*] potwierdził, że nie ma żadnej umowy pisemnej dotyczącej przejęcia Klementynki przez Sezam. Jednakże zgodnie z ustnym porozumieniem w zamian za przekazanie rynku miał on dostać 1.200 tys. zł „odstępnego” oraz objąć stanowisko dyrektora oddziału we Wrocławiu na okres 3 lat. Do oddziału mieli przejść pracownicy i klienci Klementynki, a także przekazane miały zostać informacje o warunkach dostaw i umowy z kluczowymi klientami, których zaopatrywała Klementynka. Zdaniem [*dane osoby fizycznej*] największą wartość stanowiły umowy z dostawcami i kluczowymi klientami oraz przedstawiciele handlowi odpowiadający za utrzymanie i rozwój relacji handlowych. Przejęcie mienia Klementynki przez Sezam nastąpiło w wyniku uzgodnień pomiędzy nim a

wiceprezesem Sezamu [*dane osoby fizycznej*]. Na potwierdzenie swoich informacji [*dane osoby fizycznej*] przedstawił wydruki korespondencji elektronicznej pomiędzy nim, główną księgową Klementynki a [*dane osoby fizycznej*], z której wynika, że Sezam otrzymał wszystkie dokumenty finansowe i handlowe Klementynki, tj. sprawozdania finansowe i zestawy klientów. Ponadto [*dane osoby fizycznej*] w porozumieniu z Sezam koordynował proces wygaszania działalności Klementynki jako podmiotu gospodarczego i przygotowywał pracowników i klientów Klementynki do przejścia do Sezamu. Dodatkowo [*dane osoby fizycznej*] i Sezam prowadzili rozmowy z dyrekcją Centrum Hurtu Rolno-Spożywczego, na terenie którego zlokalizowana była Klementynka, w celu wynajęcia powierzchni handlowej zlokalizowanej w tym centrum, ale nie w tym samym miejscu co Klementynka. Negocjacje te były prowadzone w celu uniknięcia wrażenia, że kontynuowana jest działalność Klementynki m.in. w kontekście ewentualnej konieczności uzyskania zgody Prezesa Urzędu. Klementynka zakończyła faktyczną działalność z końcem kwietnia 2012 r., a z początkiem maja 2012 r. Sezam rozpoczął obsługiwanie dotychczasowych klientów Klementynki.

Przebieg koncentracji

Fakty niekwestionowane

W pierwszej połowie 2012 r. miała miejsce wymiana korespondencji pomiędzy Klementynką a Sezamem, w trakcie której Klementynka przekazała Sezamowi wiele chronionych prawem i kluczowych z punktu widzenia handlowego informacji. Z końcem kwietnia 2012 r. Klementynka zakończyła faktyczne prowadzenie działalności gospodarczej. Jednocześnie od początku maja 2012 r. Sezam na bazie swojego nowego oddziału rozszerzył działalność w oparciu o towary zakupione od Klementynki, większość jej pracowników oraz z wykorzystaniem tego samego adresu na terenie tego samego centrum magazynowego. 9 lipca 2012 r. została ogłoszona upadłość Klementynki. Działalnością oddziału Sezamu w tym zakresie kierował [*dane osoby fizycznej*]. Miał on umowę zawartą z Sezamem, która gwarantowała mu premię od zysków uzyskiwanych przez oddział Sezamu. Jednakże kilka miesięcy później został on dyscyplinarnie zwolniony z Sezamu bez wypłacenia obiecanej premii.

Przejęcie przez Sezam mienia Klementynki

Od 2011 r. Klementynka miała coraz większe trudności finansowe i [*dane osoby fizycznej*], jako współwłaściciel i kierujący Klementynką, podjął kroki w celu jej sprzedaży.

Oferty sprzedaży zostały wysłane do SOT Białystok, Specjał Warszawa, Bać-Pol Rzeszów i Agolma z Wrocławia. Na ich podstawie zostały podjęte negocjacje. Potwierdzają to maile wymieniane przez *[dane osoby fizycznej]* z właścicielami Agolmy dotyczące informacji handlowych na temat Klementynki oraz projekt listu intencyjnego (maile z konta ksiegowosc@klementynka.com.pl na adres@agolma.pl 22 marca 2012 r. z godz. 8.53 i 13.56 oraz maile z konta hurtownia@agolma.pl do ksiegowosc@klementynka.com.pl z 21 marca 2012 r. r., 27 marca 2012 r., 28 marca 2012 r. i 2 kwietnia 2012 r.). Jeden z e-maili zawiera porozumienie o poufności, podpisane przez właścicieli Klementynki i Specjału, dotyczące negocjacji w sprawie przejścia Klementynki (mail z konta@specjal.com.pl z 21 lutego 2012 r. r. do ksiegowosc@klementynka.com.pl oraz mail z konta ksiegowosc@klementynka.com.pl do *[dane osoby fizycznej]* z 22 lutego 2012 r. z godz. 9.34).

Najobszerniejsza część korespondencji mailowej dotyczy kontaktów Klementynki oraz BP i Sezamu, które zdaniem *[dane osoby fizycznej]* najbardziej zainteresowane były przejściem Klementynki i w tym kierunku przebiegały negocjacje (zob. maile z i na konto ksiegowosc@klementynka.com.pl do i od *[dane osoby fizycznej]*, *[dane osoby fizycznej]* oraz *[dane osoby fizycznej]*).

Z zeznań *[dane osoby fizycznej]* (utrwalonych w protokole rozprawy administracyjnej z 13 lipca 2015 r.) wynika, że pod koniec 2011 r. lub na początku 2012 r. spotkał się on z właścicielem BP – *[dane osoby fizycznej]*, który wyraził zainteresowanie nabyciem Klementynki i wskazał spółkę z grupy BP, która mogłaby się podjąć tej transakcji. W pierwszej połowie 2012 r. odbyło się kilka spotkań *[dane osoby fizycznej]* z przedstawicielami Sezamu - *[dane osoby fizycznej]* i *[dane osoby fizycznej]*. Na jednym z nich doszło do zawarcia ustnego porozumienia, na mocy którego *[dane osoby fizycznej]* miał otrzymać 1.200 tys. zł w zamian za przekazanie rynku oraz objąć stanowisko dyrektora oddziału Sezamu we Wrocławiu na okres 3 lat, a wszyscy pracownicy, których wskaże, mieli przejść do nowego oddziału Sezamu. Na mocy porozumienia do oddziału przeszliby pracownicy i klienci, przekazane zostałyby również informacje o warunkach dostawy, jakie miała Klementynka oraz umowy z kluczowymi klientami, których zaopatrywała Klementynka. *[dane osoby fizycznej]* wraz z *[dane osoby fizycznej]* jeździli do kluczowych klientów Klementynki, aby zapewnić ich o woli dalszej współpracy w zmienionej formie. Odbyły się także spotkania pracowników Klementynki z przedstawicielami Sezamu. Ponadto, jak wskazał *[dane osoby fizycznej]*, równoległe prowadzone były rozmowy z dyrekcją Centrum Hurtu Rolno-Spożywczego, na terenie którego zlokalizowana była Klementynka, w celu wynajęcia powierzchni handlowej zlokalizowanej w tym centrum, ale nie w tym samym miejscu co

Klementynka. Negocjacje te były prowadzone w celu uniknięcia wrażenia, że kontynuowana jest działalność Klementynki m.in. w kontekście ewentualnej konieczności uzyskania zgody Prezesa Urzędu.

W marcu 2012 r. [dane osoby fizycznej], na prośbę Sezamu, przeprowadził spotkanie z wszystkimi pracownikami Klementynki i [dane osoby fizycznej] - dyrektorem handlowym Sezamu, który zapewnił pracowników, że nie zmienią się warunki ich pracy, zmieni się jedynie nazwa firmy oraz sytuacja finansowa firmy, w której będą zatrudnieni. Celem spotkania było wytłumaczenie pracownikom, że oddział będzie kontynuacją Klementynki, żeby nie odchodzili z pracy, gdyż byli oni kluczowi dla funkcjonowania hurtowni.

[dane osoby fizycznej] wskazał także, że po spotkaniu z Sezamu do Klementynki na początku kwietnia 2012 r. przyjechała księgowa Sezamu [dane osoby fizycznej], kierownik działu sprzedaży, kierownik magazynu i informatyk – wszyscy z Sezamu. Informatyk skopiował dane z serwera Klementynki, pozostałe osoby spotykały się z pracownikami Klementynki, aby podzielić się informacjami o sposobie działania obu firm. [dane osoby fizycznej] przeglądała i kopiowała wszystkie dokumenty personalne pracowników Klementynki. Tydzień później kluczowe osoby były zapraszane na robocze wizyty w Sezamu w celu zapoznania się z jej funkcjonowaniem, w szczególności ze sposobem realizowania zamówień i kształtowaniem relacji z klientami.

Termin uruchomienia oddziału Sezamu na bazie Klementynki był ustalony na początek maja 2012 r. W tym czasie do pracowników Klementynki wysyłane były skierowania na badania lekarskie, tak aby od maja 2012 r. mogli rozpocząć pracę w Sezamie.

Pomimo uruchomienia oddziału Sezamu i złożenia wniosku o upadłość Klementynki [dane osoby fizycznej] nie dostał, jak twierdzi, umowy sprzedaży Klementynki na piśmie, a ustne postanowienia zostały zmienione. Został on jedynie zatrudniony na stanowisku dyrektora oddziału Sezamu, a w kontrakcie zagwarantowano mu przekazanie zysku z działalności oddziału. Zdaniem Zarządu Sezamu w umowie nie chodziło o przekazanie [dane osoby fizycznej] całości zysku, a jedynie zagwarantowana dla niego została premia wynikowa (obok podstawowego wynagrodzenia miesięcznego). Ostatecznie [dane osoby fizycznej] został dyscyplinarnie zwolniony, w celu, jak twierdzi, uniknięcia wypłacania mu zysku oddziału.

Korespondencja e-mailowa potwierdza, że właściciele Klementynki przekazali na rzecz Sezamu następujące dane i dokumenty:

1. zestawienie sprzedaży za 2011 r., informacje na temat wiekowania wierzytelności oraz poziom zobowiązań Klementynki (mail z konta ksiegowosc@klementynka.com.pl do [dane osoby fizycznej] z 13 marca 2012 r. z godz. 9.59),
2. zestawienie przychodów i kosztów za styczeń i luty 2012 r. (mail z konta ksiegowosc@klementynka.com.pl do [dane osoby fizycznej] z 8 marca 2012 r. z godz. 14.50),
3. poziomy cen uzyskiwanych przez Klementynkę od poszczególnych producentów (mail z konta ksiegowosc@klementynka.com.pl do [dane osoby fizycznej] z 6 marca 2012 r. z godz. 14.07),
4. listę odbiorców i wartość sprzedaży (mail z konta ksiegowosc@klementynka.com.pl do [dane osoby fizycznej] z 6 marca 2012 r. z godz. 13.06),
5. listę wierzycieli (mail z konta ksiegowosc@klementynka.com.pl do [dane osoby fizycznej] z 5 marca 2012 r. z godz. 13.59),
6. terminy płatności (mail z konta ksiegowosc@klementynka.com.pl do [dane osoby fizycznej] z 12 marca 2012 r. z godz. 13.47),
7. upusty od dostawców i warunki zakupowe (mail z konta ksiegowosc@klementynka.com.pl do [dane osoby fizycznej] z 5 marca 2012 r. z godz. 7.39),
8. listę podmiotów świadczących usługi na rzecz Klementynki i wysokość wynagrodzenia za te usługi (mail z konta ksiegowosc@klementynka.com.pl do [dane osoby fizycznej] z 12 marca 2012 r. z godz. 10.03),
9. listę pracowników oraz ich wynagrodzenia (mail z konta ksiegowosc@klementynka.com.pl do [dane osoby fizycznej] z 9 marca 2012 r. z godz. 11.07).

Dodatkowo u [dane osoby fizycznej] odnalezione i zabezpieczone zostały e-maile, w których:

1. ustalany jest z Klementynką nowy wzór pieczętek dla dolnośląskiego oddziału Sezamu (mail [dane osoby fizycznej] na adres ksiegowosc@klementynka.com.pl z 27 kwietnia 2012 r.),
2. Klementynka ustala z Sezamem jakie dokumenty mają wypełnić pracownicy Klementynki na potrzeby zatrudnienia przez Sezam. Dokumenty te dostarczyła w imieniu Sezamu [dane osoby fizycznej] i po wypełnieniu miała je sama odebrać (mail [dane osoby fizycznej] na adres ksiegowosc@klementynka.com.pl z 30 kwietnia 2012 r.);

3. pracownicy Klementynki otrzymali informację od Sezamu o konieczności przeprowadzenia badań lekarskich (mail [*dane osoby fizycznej*] na adres ksiegowosc@klementynka.com.pl z 26 kwietnia 2012 r.).

Należy dodać, że w toku postępowania wyjaśniającego Sezam konsekwentnie zaprzeczał (pismo Sezamu z 27 czerwca 2014 r.), jakoby otrzymał ww. tajemnice handlowe Klementynki. W żadnym z e-maili nie ma wprost mowy o porozumieniu w sprawie sprzedaży Klementynki, ani takiego porozumienia też nie odnaleziono.

Powyższy stan faktyczny został ustalony w oparciu o korespondencję mailową Klementynki oraz zeznania [*dane osoby fizycznej*], które Prezes Urzędu uznał za wiarygodne ponieważ były logiczne, niesprzeczne, spójne i korespondują z wiadomościami e-mailowymi.

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

Prezes Urzędu jest centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach ochrony konkurencji i konsumentów. Wszelkie działania Prezesa Urzędu podejmowane są w interesie publicznym, mając na uwadze ochronę konkurencji i praw konsumentów. W związku z powyższym Prezesowi Urzędu przyznano szczególne kompetencje związane ze sprawowaniem kontroli przestrzegania przez przedsiębiorców przepisów ustawy antymonopolowej.

System kontroli koncentracji w Polsce opiera się na obowiązku przedsiębiorcy zgłoszenia Prezesowi Urzędu zamiaru koncentracji określonych w art. 13 ustawy o ochronie konkurencji i nie wyłączonych przez art. 14 tej ustawy. Obowiązek ten ma charakter podstawowy, a jego przestrzeganie jest warunkiem poprawnego funkcjonowania systemu kontroli koncentracji w Polsce i wykonywania obowiązków w tym zakresie przez organ antymonopolowy. W celu efektywnego egzekwowania obowiązków, jakie spoczywają na przedsiębiorcach w zakresie wynikającym z ustawy antymonopolowej, Prezesowi Urzędu zostały nadane przez ustawodawcę instrumenty, umożliwiające dyscyplinowanie przedsiębiorców w zakresie wykonywania przepisów ww. ustawy. Takim uprawnieniem jest między innymi art. 106 ust. 1 pkt 3 ustawy antymonopolowej, który przewiduje możliwość nałożenia w drodze decyzji kary pieniężnej, jeżeli przedsiębiorca, choćby nieumyślnie, dokonał koncentracji bez uzyskania zgody Prezesa Urzędu. Na podstawie tego przepisu organ antymonopolowy może wymierzyć karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Zgodnie z art.106 ust. 7

pkt 1 ustawy antymonopolowej w przypadku gdy przedsiębiorca nie dysponuje przed wydaniem decyzji danymi finansowymi niezbędnymi do ustalenia obrotu za rok obrotowy poprzedzający rok nałożenia kary, Prezes Urzędu, nakładając karę pieniężną, uwzględnia obrót osiągnięty przez przedsiębiorcę w roku obrotowym poprzedzającym ten rok.

O zastosowaniu sankcji, jak i o jej wysokości decyduje Prezes Urzędu w ramach uznania administracyjnego, kierując się przede wszystkim zasadami określonymi w art. 111 ust. 1 ustawy antymonopolowej, tj. uwzględniając w szczególności okoliczności naruszenia przepisów ustawy oraz uprzednie naruszenie przepisów ustawy, a także, w przypadku kary pieniężnej, o której mowa w art. 106 ust. 1 okres, stopień oraz skutki rynkowe naruszenia przepisów ustawy, przy czym stopień naruszenia Prezes Urzędu ocenia biorąc pod uwagę okoliczności dotyczące natury naruszenia, działalności przedsiębiorcy, która stanowiła przedmiot naruszenia oraz w przypadku, o którym mowa w art. 106 ust. 1 pkt 3 specyfiki rynku, na którym doszło do naruszenia.

Ponadto, z urzędu, organ antymonopolowy bierze pod uwagę okoliczności łagodzące, którymi zgodnie z art. 111 ust. 3 pkt 4 w przypadku niezgłoszenia zamiaru koncentracji mogą być poinformowanie Prezesa Urzędu o dokonaniu koncentracji oraz współpraca z Prezesem Urzędu w toku postępowania, w szczególności przyczynienie się do szybkiego i sprawnego przeprowadzenia postępowania. Równolegle, z urzędu, organ antymonopolowy bierze pod uwagę okoliczności obciążające, którymi zgodnie z art. 111 ust. 4 pkt 4 w przypadku niezgłoszenia zamiaru koncentracji są jedynie dokonanie uprzednio podobnego naruszenia i umyślność naruszenia.

Kara pieniężna za brak notyfikacji zamiaru koncentracji określona w art. 106 ust. 1 pkt 3 ustawy antymonopolowej ma charakter:

- represyjny – nakładana jest za naruszenie ustawowego obowiązku notyfikacji koncentracji Prezesowi Urzędu;
- prewencyjny – ma zapobiegać podobnym naruszeniom w przyszłości i zniechęcać do naruszania prawa;
- dyscyplinujący – zagrożenie nią, czyli potencjalna możliwość nałożenia kary pieniężnej przez Prezesa Urzędu, ma skłaniać przedsiębiorców do notyfikacji koncentracji.

Podobne stanowisko wyraził Sąd Najwyższy w wyroku z 7 kwietnia 2004 r. (III SK 31/04), w którym stwierdził, odnosząc się do podobnej w charakterze kary za niedopełnienie

obowiązków wynikających z ustawy antymonopolowej, iż kara pieniężna za antymonopolowe delikty formalne jest sankcją za niedopełnienie obowiązku i ma ona na celu zniechęcenie przedsiębiorców do nieprzestrzegania ich obowiązków.

Odnosząc się do zarzutów BP, że postępowanie winno zostać umorzone z uwagi na koniec bytu prawnego Sezamu należy wskazać, że Prezes Urzędu uznał, że BP jest następcą prawnym Sezamu i w związku z tym nie ma podstaw do umorzenia postępowania, gdyż istnieje strona postępowania, której sytuacji prawnej będzie dotyczyła decyzja administracyjna kończąca postępowanie. Przyjmując takie ustalenie organ antymonopolowy wziął pod uwagę, że 1 lipca 2015 r. doszło do połączenia Sezamu z BP poprzez przeniesienia całego majątku Sezamu na BP zgodnie z art. 492 § 1 pkt 1 i 516 § 6 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz. U. z 2013 r., poz. 1030 ze zm.). W związku z tym, mając na uwadze fakt, że zgodnie z art. 494 § 1 Kodeksu spółek handlowych, spółka przejmująca wstępuje z dniem połączenia we wszystkie prawa i obowiązki spółki przejmowanej, organ antymonopolowy przyjął, że postępowanie będzie toczyło się z udziałem BP. Ponadto art. 15 ustawy o ochronie konkurencji wprost stanowi, że dokonanie koncentracji przez przedsiębiorcę zależnego uważa się za jej dokonanie przez przedsiębiorcę dominującego. Sezam był spółką zależną BP, kontrolowaną wyłącznie przez BP. Oznacza to, że Sezam i BP tworzyły jeden organizm gospodarczy i czynności podejmowane przez Sezam były podejmowane za zgodą i wiedzą, a często na polecenie BP (tak jak to miało miejsce w niniejszej sprawie). W toku postępowania wyjaśniającego Sezam udzielał informacji również w imieniu grupy BP, zaś jak ustalono w trakcie postępowania wyjaśniającego BP wyznaczyła Sezam do prowadzenia negocjacji z [*dane osoby fizycznej*] i przejęcia Klementynki. Obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji z udziałem Klementynki i Sezamu był skutkiem przekroczenia progu obrotowego wynikającego z art. 13 ust. 1 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji, zaś zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy antymonopolowej obrót ten obejmuje obrót zarówno przedsiębiorców bezpośrednio uczestniczących w koncentracji, jak i pozostałych przedsiębiorców należących do grup kapitałowych, do których należą przedsiębiorcy bezpośrednio uczestniczący w koncentracji. Przy obliczaniu obrotu Sezamu należało zatem uwzględnić obrót łącznie z całą grupą kapitałową BP, do której należał Sezam. Jeszcze w toku postępowania wyjaśniającego BP przejęła Sezam i wstąpiła w pozycję procesową oraz w jego prawa i obowiązki. Z tego względu należy przyjąć, że BP jest bezpośrednim następcą prawnym Sezamu i przejmuje wszelkie prawa i obowiązki spółki przejętej Sezam, w tym te

wynikające z ustawy o ochronie konkurencji. Uzasadniało to zatem dalsze prowadzenie postępowania antymonopolowego w przedmiotowej sprawie z udziałem BP w charakterze strony tego postępowania. Przyjęcie innej interpretacji powodowałoby zupełne ubezskutecznienie przepisów ustawy o ochronie konkurencji przewidującej antymonopolową uprzednią kontrolę koncentracji, gdyż umożliwiałoby każdemu przedsiębiorcy, który posiada spółki zależne omijanie tego obowiązku przez wyznaczanie tych spółek do przeprowadzenia koncentracji bez zgody organu antymonopolowego, a następnie konsolidowanie prawne tych spółek w ramach grupy kapitałowej, na co zgoda Prezesa Urzędu nie jest już wymagana. Inna interpretacja byłaby też sprzeczna z *ratio legis* i z brzmieniem art. 15 ustawy o ochronie konkurencji. Podkreślić należy, że BP odbierała korespondencję organu antymonopolowego kierowaną do Sezamu oraz ustosunkowała się do zarzutów sformułowanych w stosunku do Sezamu w postanowieniu o wszczęciu postępowania w sprawie nałożenia kary pieniężnej. Takie rozumienie następstwa prawnego na gruncie ustawy o ochronie konkurencji jest zgodne z najnowszym orzecznictwem Sądu Najwyższego w tych sprawach (zob. wyrok SN z 26 kwietnia 2017 r., III SK 15/16).

W niniejszej sprawie Prezes Urzędu uznał za konieczne nałożenie na BP kary pieniężnej z uwagi na fakt przejęcia części mienia Klementynki przez Sezam bez notyfikacji zamiaru tej transakcji Prezesowi Urzędu. Art. 106 ust. 1 pkt 3 ustawy antymonopolowej przewiduje możliwość nałożenia w drodze decyzji kary pieniężnej, jeżeli przedsiębiorca, choćby nieumyślnie, dokonał koncentracji bez uzyskania zgody Prezesa Urzędu. Oznacza to, że nałożenie kary pieniężnej uzależnione jest od wykazania, że miała miejsce koncentracja podlegająca notyfikacji organowi antymonopolowemu, a zobowiązany do tego przedsiębiorca zaniechał tego obowiązku. Zasadność nałożenia kary wynikała również z umyślnego działania przedsiębiorcy, który świadomie podjął działania mające na celu stworzenie wrażenia braku przeprowadzenia koncentracji, w celu uniknięcia potrzeby notyfikacji koncentracji Prezesowi Urzędu.

Przeprowadzone postępowanie dowodowe pozwoliło ustalić, że Sezam wszedł w posiadanie kluczowych aktywów Klementynki, tj. umów i kontaktów z dostawcami i kluczowymi klientami, przejęła najważniejszych pracowników Klementynki oraz nabyła towary z przeznaczeniem do natychmiastowej dystrybucji. Z punktu widzenia prowadzenia hurtowni ogólnospożywczej są to kluczowe aktywa, które są warunkiem efektywnego

prowadzenia działalności gospodarczej. Ponadto wszystko to są informacje przedsiębiorstwa chronione prawem, które mogą świadczyć o rzeczywistym porozumieniu pomiędzy Sezamem i właścicielami Klementynki w sprawie przejścia tej ostatniej. Dodatkowo u [dane osoby fizycznej] odnalezione i zabezpieczone zostały e-maile, w których Klementynka i Sezam ustalają nowy wzór pieczętek dla dolnośląskiego oddziału Sezamu, a pracowników Klementynki informuje się o konieczności przeprowadzenia badań lekarskich. Te e-maile tworzą pewną logiczną całość i potwierdzają istnienie uzgodnienia [dane osoby fizycznej] i Sezamu co do przejścia przez Sezam mienia Klementynki i kontynuowania jej działalności przez Sezam. Jednocześnie Sezam wspólnie z [dane osoby fizycznej] podjął szereg dodatkowych czynności, mających na celu sprawienie wrażenia, że Sezam w pełni kontynuuje działalność Klementynki. Kontrahenci, klienci i pracownicy zostali zapewnieni przez właściciela Klementynki, że dotychczasowa działalność Klementynki będzie prowadzona w nowej formule prawnej, jako oddział Sezamu. Zeznania [dane osoby fizycznej] i ujawniona korespondencja mailowa pokazują, że Sezam otrzymał praktycznie wszystkie istotne tajemnice przedsiębiorstwa Klementynki, tj. dokumenty finansowe (raporty), ustalenia umowne z kontrahentami i klientami, na które składały się: wysokość cen uzyskiwanych przez Klementynkę od poszczególnych producentów, lista odbiorców, lista wierzycieli, terminy płatności, upusty od dostawców i lista podmiotów świadczących usługi na rzecz Klementynki wraz z kosztami tych usług, a ponadto lista pracowników wraz z ich wynagrodzeniami.

Zarząd Sezamu wyjaśnił natomiast, że były to zwykłe działania biznesowe, mające na celu ocenę kondycji finansowej kontrahenta pod kątem ewentualnej współpracy w zakresie dystrybucji hurtowej towarów spożywczych. W ocenie Prezesa Urzędu wyjaśnienia takie trudno uznać za wiarygodne. Podobnie nie można uznać za prawdziwe wyjaśnienia zarządu Sezamu, że otrzymał niektóre dane finansowe Klementynki w celu rozpoznania możliwości zabezpieczenia Sezamu na wypadek niewypłacalności Klementynki. Zdaniem zarządu Sezamu konieczne było zapoznanie się m.in. z listą kontrahentów Klementynki łącznie z wykazem nabywanych od nich produktów, w celu oceny, czy może takie same towary dostarczyć Klementynce i czy będzie w stanie spełnić oczekiwania finansowe [dane osoby fizycznej] z tym związane. Zdaniem zarządu Sezamu [dane osoby fizycznej] żądał dostarczania produktów na korzystniejszych warunkach niż dotychczasowi dostawcy Klementynki.

Organ antymonopolowy nie dał wiary tym wyjaśnieniom, jako sprzecznym ze zdrowym rozsądkiem i praktyką gospodarczą. Trudno przyjąć, że konkurent przekazuje wszystkie swoje tajemnice handlowe wyłącznie w celu uzgodnienia umowy dystrybucyjnej. Do zawarcia umowy dystrybucyjnej zbędne jest, w ocenie organu antymonopolowego, przekazywanie danych dotyczących pracowników oraz ich wynagrodzeń, przesyłanie im dokumentów do wypełnienia w celu zatrudnienia w Sezamie czy też kierowanie ich na badania lekarskie, konieczne do zatrudnienia u konkurenta. Ponadto, nie wydaje się logicznym i wiarygodnym tłumaczenie Zarządu Sezamu, że intencją prowadzenia negocjacji z Klementynką było zawarcia umowy dystrybucji towarów Sezamu przez Klementynkę, skoro finałem tych rozmów był zakup przez Sezam od Klementynki niemal wszystkich posiadanych przez nią towarów w celu ich dalszej dystrybucji przez Sezam. Dodatkowo maile do konkurentów i podjęte z nimi negocjacje świadczą jednoznacznie, że zamiarem [*dane osoby fizycznej*] była sprzedaż Klementynki, a nie chęć zawarcia nowej umowy dystrybucyjnej. Co więcej, cała korespondencja mailowa współbrzmi z zeznaniami [*dane osoby fizycznej*] i dokumentuje stopniowy proces wchodzenia przez Sezam w posiadanie mienia Klementynki. Kolejne maile ukazują postępujące przejmowanie przez Sezam zorganizowanej części Klementynki, która stała się podstawą kontynuowania jej działalności przez Sezam. Organ antymonopolowy odmówił wartości dowodowej powyższym wyjaśnieniom Sezamu także z tego względu, że w trakcie postępowania Sezam w ogóle zaprzeczał wejściu w posiadanie tajemnic handlowych Klementynki. Dopiero wykrycie przez organ antymonopolowy maili dokumentujących przekazywanie tajemnic handlowych Klementynki spowodowało, że zarząd Sezamu zmienił diametralnie zdanie i zaniechał zaprzeczania, iż wszedł w posiadanie tych tajemnic, jednocześnie jednak prezentując, zupełnie nieprzekonujące, wyjaśnienie, iż pozyskanie powyższych informacji i dokumentów było niezbędne do zawarcia umowy dystrybucyjnej. W tej sytuacji Prezes Urzędu uznał, że wartość dowodowa wyjaśnień zarządu Sezamu w tym zakresie jest niewielka (i dotyczy jedynie potwierdzenia faktów niekwestionowanych).

Trudno jest także przyjąć twierdzenia BP, iż zakres mienia Klementynki nie spełniał wymogów formalnych w zakresie uznania go za mienie, o którym mowa w ustawie o ochronie konkurencji. Należy podnieść, że stanowisko BP całkowicie pomija istotę tej formy koncentracji. Wprowadzenie przez ustawodawcę jako formy koncentracji nabycia części

mienia przedsiębiorcy służy objęciu kontrolą organu antymonopolowego transakcji, które co prawda nie obejmują przejmowania przedsiębiorców w sensie ustawy antymonopolowej, ale gdzie strona koncentracji nabywa zorganizowaną część innego przedsiębiorcy, której możemy przypisać zdolność generowania obrotu i może ona kontynuować działalność w oparciu o to mienie. Nie ma przy tym szczególnego znaczenia, jak pojedyncze elementy nabywanych aktywów kwalifikowane są na gruncie innych regulacji prawnych, jednak kluczowe znaczenie ma ich zorganizowany charakter, który umożliwia z ich pomocą oferowanie dóbr i usług. Z takim przypadkiem mamy do czynienia w tej sprawie. BP przejęła zasadniczo wszystkie tajemnice przedsiębiorstwa Klementynki, tj. otrzymała wszystkie dokumenty finansowe, weszła w posiadanie informacji o wszystkich kontrahentach i klientach Klementynki, poznając szczegóły umów z nimi, przejęła pracowników - od pracowników magazynu i biura po przedstawicieli handlowych, działalność była kontynuowana niemalże w tym samym miejscu na terenie tego samego centrum handlowego, dodatkowo BP przejęła od Klementynki produkty, które umożliwiły natychmiastowe zatowarowanie oddziału Sezamu i bezproblemową kontynuację i realizację dostaw towarów do klientów Klementynki bez żadnych przerw. Charakter działalności Klementynki, czyli prowadzenie hurtowni ogólnospożywczej, powodował, że nabyte przez BP mienie Klementynki było kluczowe dla jej działalności i z tego względu można mu w całości przypisać wcześniejszy obrót Klementynki. Należy przy tym dodać, że wraz z rozpoczęciem działalności oddziału Sezamu na bazie nabytego mienia Klementynki, w samej Klementynce, oprócz istotnych długów, została jedynie powierzchnia magazynowa, trochę sprzętu biurowego i magazynowego oraz środki transportu, które zresztą w pierwszej fazie działalności oddziału Sezamu też były wykorzystywane na jego rzecz. Jednocześnie dotychczasowy właściciel Klementynki został szefem oddziału Sezamu. Te wszystkie okoliczności mogły dawać pewność dotychczasowym kontrahentom i klientom Klementynki, że Sezam po faktycznym przejęciu Klementynki (w postaci nabycia zorganizowanej części jej mienia) kontynuuje jej działalność. W tym kontekście, należy uznać za wiarygodne zeznania [*dane osoby fizycznej*], że wybór takiej formy koncentracji był przeprowadzony *w celu uniknięcia wrażenia, że kontynuowana jest działalność Klementynki m.in. w kontekście ewentualnej konieczności uzyskania zgody Prezesa Urzędu.*

Okoliczności te pozwalają na przyjęcie, że miała miejsce koncentracja, polegająca na nabyciu przez Sezam części mienia Klementynki, co stanowi formę koncentracji, o której

mowa w art. 13 ust. 2 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji. Zgodnie z art. 13 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji zamiar koncentracji podlega zgłoszeniu Prezesowi Urzędu, jeżeli: 1) łączny światowy obrót przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekracza równowartość 1 000 000 000 euro lub 2) łączny obrót na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekracza równowartość 50 000 000 euro. Ponadto, jak stanowi art. 13 ust. 2 pkt 4 ustawy, obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji spełniającej kryteria obrotowe dotyczy nabycia przez przedsiębiorcę części mienia innego przedsiębiorcy (całości lub części przedsiębiorstwa), jeżeli obrót realizowany przez to mienie w którymkolwiek z dwóch lat obrotowych poprzedzających zgłoszenie przekroczył na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej równowartość 10 000 000 euro. Na podstawie informacji uzyskanych od [dane osoby fizycznej] i potwierdzonych przez syndyka Klementynki należy uznać, że obrót nabywanej części mienia Klementynki zarówno w 2010 r., jak i 2011 r. wynosił po ok. [tajemnica przedsiębiorstwa], zaś Sezam wskazał, że obrót grupy BP wynosił ponad [tajemnica przedsiębiorstwa]. Oznacza to, że zamiar nabycia przez Sezam części mienia Klementynki podlegał zgłoszeniu Prezesowi Urzędu. Zgłoszenie to powinno było nastąpić do końca kwietnia 2012 r., albowiem na początku maja 2012 r. Sezam rozpoczął prowadzenie działalności gospodarczej w oparciu o nabyte mienie, czyli zrealizowała koncentrację.

Powyższe ustalenia faktyczne pozwalają na przyjęcie, że Sezam przeprowadził koncentrację, której zamiar podlegał obowiązkowej notyfikacji Prezesowi Urzędu, i zaniechał zgłoszenia jej zamiaru organowi antymonopolowemu.

Obrót BP w 2016 r., tj. w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary, wyniósł [tajemnica przedsiębiorstwa]. Oznacza to, że zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 3 ustawy antymonopolowej, kara maksymalna jaką Prezes Urzędu mógł nałożyć na BP wynosi [tajemnica przedsiębiorstwa]. Prezes Urzędu zdecydował nałożyć na BP karę pieniężną w wysokości 527 000 PLN. Kara ta stanowi zatem ok. [tajemnica przedsiębiorstwa] kary maksymalnej. Nakładając karę pieniężną organ antymonopolowy wziął pod uwagę fakt naruszenia przez BP obowiązku, o którym mowa w art. 13 ust. 2 pkt 4 ustawy antymonopolowej, skutkującego sankcją określoną w art. 106 ust. 1 pkt 3 tej ustawy, poprzez

brak zgłoszenia zamiaru koncentracji, polegającej na nabyciu przez Sezam części mienia Klementynki.

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 oraz postanowienie SN z dnia 22 marca 2001 r. I CKN 1127/98. Brak wpływu na konkurencję ma jednak znaczenie dla wymiaru kary (wyrok SN z dnia 20 czerwca 2001 r., I CKN 1150/98). Ponadto, jak zaznaczył Sąd Antymonopolowy w wyroku z dnia 4 lutego 1998 r. (XVII Ama 66/97), 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.

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), a także, że choć wskaźnikiem wysokości kary w ustawie o ochronie konkurencji jest odsetek przychodu, to jednak wymóg osiągnięcia właściwego celu, któremu ma służyć wymierzenie 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).

W piśmiennictwie antymonopolowym zwraca się również uwagę, że Prezes Urzędu nakłada karę pieniężną określoną m.in. w art. 106 ust. 1 ustawy antymonopolowej 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).

Ustalając wysokość kary pieniężnej Prezes Urzędu wziął pod uwagę stopień zawinienia, który należy uznać za wysoki. Zebrany materiał dowodowy pozwala uznać, że działanie Sezamu miało charakter umyślny. Z jednej strony należy wskazać, że zarówno Sezam (uczestnik koncentracji w sprawie zakończonej decyzją nr DKK-43/09), jak i BP (strona ośmiu postępowań antymonopolowych w sprawach kontroli koncentracji, w tym np. zakończonych decyzjami nr DKK-43/09, DKK-73/10, DKK-113/12) miały świadomość istnienia antymonopolowej kontroli koncentracji i obowiązków przedsiębiorców w tym zakresie, albowiem zgłaszały wcześniej, jak i później zamiary koncentracje do oceny Prezesowi Urzędu. Opis prowadzenia negocjacji przez Sezam [*dane osoby fizycznej*] wyraźnie wskazuje, że ich celem było przejęcie kluczowych aktywów Klementynki, zamiast samej Klementynki, co pozwoliło Sezamowi na przejęcie wyłącznie aktywów Klementynki bez jej pasywów, uniknięcie przez Sezam zapłacenia za Klementynkę jej dotychczasowym właścicielom oraz zaniechanie notyfikacji organowi antymonopolowemu tak skonstruowanej transakcji. Sam [*dane osoby fizycznej*] przyznał, że w toku negocjacji pojawiła się kwestia obowiązku notyfikacyjnego. Jednakże w celu uniknięcia zgłoszenia, Sezam tak ukształtował transakcję, aby stworzyć wrażenie, że obowiązek ten nie powstał wobec braku kontynuacji działalności Klementynki. W konsekwencji brak notyfikacji koncentracji przez Sezam należy uznać za świadome i umyślne naruszenie obowiązku, o którym mowa w art. 13 ust. 2 pkt 4 ustawy antymonopolowej.

Ponadto Prezes Urzędu wziął pod wagę brak rzetelnej współpracy ze strony Sezamu i BP w celu wyjaśnienia wszystkich okoliczności faktycznych związanych z koncentracją. Pomimo wyraźnych pytań Prezesa Urzędu dotyczących zakresu i rodzaju przekazywanych przez Klementynkę informacji Sezam zaprzeczył, aby wszedł w posiadanie i wykorzystywał tajemnice handlowe Klementynki. BP, pomimo przejęcia Sezamu, w toku postępowania nie skorygowała tych informacji (pismo Sezamu z 27 czerwca 2014 r.). Należy wskazać, że przekazanie tych tajemnic stanowiło jeden z kluczowych elementów mienia nabywanego przez Sezam od Klementynki. Dopiero zabezpieczenie i ujawnienie maili [*dane osoby fizycznej*] skłoniło BP do zmiany taktyki procesowej i przyznania, że weszła wcześniej w posiadanie tych tajemnic. Trudno takie postępowanie BP uznać za rzetelną współpracę, gdyż zatajanie kluczowych dla sprawy okoliczności faktycznych z pewnością przyczynia się nie

tylko do wydłużenia postępowania, ale przede wszystkim utrudnia w stopniu znacznym dojście do prawdy i pełne wyjaśnienie stanu faktycznego sprawy.

Należy równocześnie zauważyć, że wymiar kary wyznaczony w wysokości ok. [tajemnica przedsiębiorstwa] górnej granicy zagrożenia ustawowego uwzględnia okoliczności łagodzące, wpływające na obniżenie wysokości kary pieniężnej, a mianowicie fakt, iż uchybienie obowiązkowi zgłoszenia zamiaru koncentracji stanowi pierwsze naruszenie przepisów ustawy antymonopolowej przez BP, a także fakt, że dokonanie koncentracji nie doprowadziło do negatywnych skutków rynkowych. Rynek niewyspecjalizowanego hurtu spożywczego w 2012 r. wciąż był wysoce konkurencyjny, a sama koncentracja w tym względzie wiele nie zmieniła. Jednocześnie jednak należy zauważyć, że rynek ten cechuje się obecnie tendencją do postępującej konsolidacji, w czym BP bierze również aktywny udział.

W ocenie Prezesa Urzędu wymierzona kara pieniężna jest adekwatna do stopnia zawinienia, zaś jej wysokość jest na tyle dolegliwa dla BP, że skutecznie zapobiegnie naruszeniom ustawy o ochronie konkurencji przez ten podmiot w przyszłości. Nałożona kara spełnia równocześnie funkcję prewencji ogólnej, zniechęcając do naruszania prawa również przez innych przedsiębiorców. Kara w ustalonej wysokości jest także proporcjonalna do potencjału ekonomicznego przedsiębiorcy.

Mając na uwadze powyższe Prezes Urzędu orzekł, jak w sentencji decyzji.

Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy antymonopolowej karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się decyzji, na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – NBP O/O Warszawa 51 1010 1010 0078 7822 3100 0000.

Zgodnie z art. 81 ust. 1 ustawy antymonopolowej w związku z art. 479²⁸ § 2 k.p.c. od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - za pośrednictwem Prezesa Urzędu, w terminie miesiąca od dnia jej doręczenia.

Z upoważnienia Prezesa Urzędu
Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Robert Kamiński

*Dyrektor Departamentu
Kontroli Koncentracji*

BAC-POL S.A., Rzeszów

za pośrednictwem pełnomocnika: