



PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
MAREK NIECHCIAŁ

Warszawa, dnia 19 września 2017 r.

DKK1-430/501/16/MAB

DECYZJA nr DKK - 145/2017

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 Fermy Drobiu „Woźniak” sp. z o.o. z siedzibą w Żylicach, **karę pieniężną w wysokości 339 000 zł** (słownie: trzysta trzydzieści dziewięć tysięcy złotych), płatną do budżetu państwa, z tytułu dokonania koncentracji polegającej na nabyciu przez Fermy Drobiu „Woźniak” sp. z o.o. z siedzibą w Żylicach części mienia Ferm Drobiu Borkowski sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w Barłożni Wolsztyńskiej, bez uzyskania zgody Prezesa Urzędu, tj. z naruszeniem obowiązku, o którym mowa w art. 13 ust. 2 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

UZASADNIENIE

W dniu 22 września 2016 r. postanowieniem nr DKK 77/2016, 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)



zwanej dalej także „ustawą o ochronie konkurencji” lub „ustawą antymonopolową”, wszczął z urzędu postępowanie antymonopolowe w sprawie nałożenia na Fermy Drobiu „Woźniak” sp. z o.o. z siedzibą w Żylicach, dalej jako (dalej jako „FDW”) kary pieniężnej z tytułu dokonania koncentracji polegającej na nabyciu przez FDW części mienia Ferm Drobiu Borkowski sp. z o.o. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w Barłoźni Wolsztyńskiej (dalej jako „FDB” lub „Upadły”), bez uzyskania zgody Prezesa Urzędu, tj. 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 15 czerwca 2015 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 przez FDW z udziałem FDB. Postępowanie wyjaśniające zostało wszczęte po analizie skargi Wytwórni Pasz „Piast” sp. z o.o. z siedzibą w Gołańczy (dalej: „Piast”) z 28 maja 2015 w sprawie ewentualnej koncentracji z udziałem FDW oraz FDB. W toku postępowania wyjaśniającego do Prezesa Urzędu wpłynęły również dwa kolejne zawiadomienia - złożone 26 listopada 2015 r. przez Dossche sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu (dalej: „Dossche”) oraz 8 grudnia 2015 r. przez Cargill Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Cargill”, a wraz z WP Piast i Dossche - „Zawiadamiający”). Zawiadamiający wskazali, iż FDW dokonała koncentracji przewidzianej w art. 13 ust. 2 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji w drodze nabycia części mienia należącego do FDB bez zgody Prezesa Urzędu. Z informacji przedstawionych przez Zawiadamiających wynika również, że nabycie przez FDW części mienia FDB doprowadziło do uzyskania przez FDW udziału w krajowym rynku sprzedaży jaj kurzych na poziomie ok. 33-36%, a przy rozproszonej strukturze hodowli drobiu w Polsce udział ten daje FDW możliwość prowadzenia działalności w sposób niezależny od konkurentów i dyktowania warunków handlowych nabywcom jaj kurzych, w tym podnoszenia cen. Dokonana koncentracja prowadzi również, ich zdaniem, do naruszenia konkurencji na rynku pasz, na którym FDW uzyskał pozycję pozwalającą dyktować producentom i dystrybutorom niekorzystne dla nich warunki umów lub płatności. Ponadto zdaniem Zawiadamiających zawarta z syndykiem 5 maja 2015 r. umowa dzierżawy majątku FDB przez FDW jest dotknięta wadą bezwzględnej nieważności. Dokonane ustalenia w postępowaniu wyjaśniającym dały



podstawę i uzasadniły wszczęcie niniejszego postępowania antymonopolowego, o czym FDW została powiadomiona pismem z 22 września 2016 r. i jednocześnie wezwana do ustosunkowania się do zarzutów podniesionych w postanowieniu nr DKK-77/2016.

Postanowieniem nr DKK- 78/2016 z 22 września 2016 r. organ antymonopolowy zaliczył w poczet materiału dowodowego niniejszego postępowania dokumenty uzyskane w trakcie postępowania wyjaśniającego, mającego na celu wstępne ustalenie istnienia obowiązku zgłoszenia przez FDW zamiaru koncentracji z udziałem FDB (sygn. akt DKK1-404/01/15/SZ), tj.:

1. pisma FDW z 23 czerwca i 31 sierpnia 2015 r. oraz 6 kwietnia 2016 r.;
2. pisma Łukasza Grendy Syndyka masy upadłości FDB z 24 sierpnia 2015 r. oraz 30 marca i 4 kwietnia 2016 r.;
3. pismo Cargill z 8 grudnia 2015 r. (bez załącznika nr 11);
4. pisma Dossche z 26 listopada 2015 r. oraz 9 lutego (bez załączników nr 2 i 3), 20 czerwca i 2 sierpnia 2016 r.;
5. pisma Piast z 28 maja i 30 listopada 2015 r. oraz 3 czerwca 2016 r.;
6. oświadczenie Zarządu Spółki FDB z 12 maja 2016 r.

FDW skorzystała z prawa do zapoznania się z aktami sprawy 5 października 2016 r.

W toku postępowania zostało przeprowadzone badanie rynku wprowadzania do obrotu jaj kurzych, którym objętych zostało 20 największych producentów jaj kurzych zrzeszonych w Krajowej Izbie Producentów Drobiu i Pasz.

Postanowieniem nr DKK-101/2016 z 21 grudnia 2016 r. organ antymonopolowy ograniczył FDW dostęp do materiału dowodowego w zakresie niezbędnym do ochrony tajemnic ankietowych przedsiębiorców dotyczących możliwości produkcyjnych, wielkości i wartości sprzedaży jaj oraz kierunków i wielkości eksportu jaj.

Pismem z 22 lutego 2017 r. organ antymonopolowy poinformował FDW o zakończeniu postępowania dowodowego i prawie zapoznania się z całością akt zgromadzonych w sprawie oraz o prawie przedstawienia swojego stanowiska odnośnie zgromadzonego materiału dowodowego.

FDW skorzystała z prawa do zapoznania się z aktami sprawy 6 marca 2017 r.



W trakcie postępowania organ antymonopolowy ustalił, co następuje:

Strona postępowania i uczestnik koncentracji

FDW prowadzi działalność w zakresie chowu i hodowli drobiu, produkcji i sprzedaży jaj kurzych oraz skupu zbóż. Spółka prowadzi zintegrowaną produkcję jaj konsumpcyjnych, oferuje kompleksowe usługi transportowe dla klientów oraz prowadzi skup zbóż w trzynastu punktach na terenie zachodniej Polski, a także posiada własną mieszalnię pasz. **FDW** to jeden z największych producentów jaj konsumpcyjnych w Europie i największy producent w Polsce. Obrót **FDW** w 2014 r. wyniósł [tajemnica przedsiębiorstwa], natomiast w 2016 r. [tajemnica przedsiębiorstwa].

FDB przed ogłoszeniem stanu upadłości prowadziła działalność obejmującą chów i hodowlę drobiu oraz wprowadzanie do obrotu jaj kurzych. Według informacji prasowych **FDB** przed ogłoszeniem upadłości był drugim największym krajowym producentem jaj kurzych i walczyła o pozycję lidera rynku z **FDW**. Obrót **FDB** wyniósł w 2013 r. - [tajemnica przedsiębiorstwa], zaś w 2014 r. - [tajemnica przedsiębiorstwa].

Przebieg upadłości FDB

Na podstawie zgromadzonych w sprawie materiałów Prezes UOKiK ustalił następujący przebieg upadłości **FDB**.

W połowie 2014 r. na wniosek kilku dłużników zostało wszczęte w stosunku do **FDB** postępowanie upadłościowe. We wrześniu i październiku tego roku **FDW** nabyła część wierzytelności **FDB**, zapewniając sobie możliwość czynnego udziału w tym postępowaniu, a także nabyła od leasingodawców tej Spółki ok. 40% znajdujących się w jej fermach baterii klatkowych przeznaczonych do hodowli kur, uniemożliwiając jej ponowne uruchomienie produkcji - co przyznawali sami przedstawiciele **FDW** w korespondencji z sądem upadłościowym.

7 listopada 2014 r. postanowieniem sądu rejonowego w Poznaniu ogłoszono upadłość **FDB** z możliwością zawarcia układu z wierzycielami i ustanowiono zarząd własny Upadłego nad całością jego majątku. 19 grudnia 2014 r. **FDW** złożyła wniosek o zmianę upadłości z układowej na likwidacyjną, podnosząc, że Upadły nie jest



w stanie wznowić i kontynuować działalności, a w związku z tym nie jest zdolny do wykonania ewentualnego układu zawartego z wierzycielami. 23 marca 2015 r. sąd wydał postanowienie w przedmiocie zmiany sposobu prowadzenia postępowania upadłościowego, w wyniku którego FDB postawiono w stan upadłości likwidacyjnej.

Niezwłocznie po zmianie rodzaju postępowania syndyk podjął decyzję o wydzierżawieniu przedsiębiorstwa Upadłego (protokół z posiedzenia rady wierzycieli z 8 i 15 czerwca 2015 r.). Wobec istniejącego zainteresowania przedsiębiorstwem Upadłego syndyk nie dokonał samodzielnego wyboru dzierżawcy z wolnej ręki, lecz 7 kwietnia 2015 r. rozpiął otwarty, publiczny konkurs ofert na dzierżawę przedsiębiorstwa Upadłego. Spośród pięciu ofert najkorzystniejsze warunki przedstawiła FDW i to ona 21 kwietnia 2015 r. została wyłoniona jako zwycięzca konkursu. 24 kwietnia 2015 r. syndyk złożył FDW oświadczenie o przyjęciu jej oferty na dzierżawę całego przedsiębiorstwa FDB na czas oznaczony 36 miesięcy oraz wezwanie do wpłaty wymaganej kwoty kaucji.

Na podstawie oświadczenia syndyka z 24 sierpnia 2015 r. Prezes Urzędu ustalił, że w toku postępowania upadłościowego nie były realizowane inne czynności sprzedaży składników majątku Upadłego na rzecz FDW. Jednocześnie syndyk oświadczył, że nie dysponuje informacjami dotyczącymi ewentualnych transakcji obejmujących majątek przedsiębiorstwa FDB dokonywanych przed rozpoczęciem tego postępowania, gdyż były one realizowane częściowo w toku egzekucji komorniczych, a częściowo przez właścicieli mienia wchodzącego w skład tego majątku, np. baterii klatkowych. Poinformował także, że FDW jest dzierżawcą zorganizowanej części przedsiębiorstwa FDB na podstawie zawartej umowy, co jest faktem przyznanym również przez FDW.

4 maja 2015 r. sędzia-komisarz w postępowaniu upadłościowym FDB ustanowił radę wierzycieli Upadłego i zobowiązał syndyka do przedstawienia jej ofert dzierżawy przedsiębiorstwa FDB przed podpisaniem umowy.

Na podstawie protokołu z posiedzenia rady wierzycieli FDB z 8 i 15 czerwca 2015 r. Prezes Urzędu ustalił, że FDW wpłaciła kaucję na rachunek bankowy masy upadłości w dniu 4 maja 2015 r. i zaakceptowała w całości, bez zastrzeżeń i zmian doręczony jej projekt umowy dzierżawy. Na stronie 3 tego protokołu stwierdzono, że „z uwagi na dokonane przez syndyka przyjęcie oferty i spełnienie zastrzeżonych przez syndyka wymogów (wpłata kaucji) do zawarcia umowy doszło już przed jej



formalnym podpisaniem, z uwagi na treść przepisów art. 66 i nast. Kodeksu cywilnego. W zaistniałym stanie rzeczy, syndyk zobligowany był do podpisania warunkowej umowy dzierżawy i wydania przedsiębiorstwa w posiadanie dzierżawcy”.

5 maja 2015 r. syndyk podpisał z FDW warunkową umowę dzierżawy przedsiębiorstwa Upadłego na czas oznaczony 36 miesięcy, z zastrzeżeniem dla dzierżawcy prawa pierwokupu, uzależnioną od zatwierdzenia przez radę wierzycieli lub sędziego-komisarza. Na podstawie oświadczenia syndyka zawartego w jego pismach z 30 marca i 4 kwietnia 2016 r. Prezes Urzędu ustalił, że umowa dzierżawy przedsiębiorstwa FDB przez FDW była wykonywana od 7 maja 2015 r., tj. dnia, w którym nastąpiło protokolarne wydanie tego przedsiębiorstwa w posiadanie dzierżawcy. Prezes Urzędu ustalił również, że przedsiębiorstwo Upadłego, w którego posiadanie weszła FDW 7 maja 2015 r., obejmowało sześć ferm z pominięciem: inwentarza żywego (który został w całości wybity lub sprzedany w okresie od marca do maja 2015 r.), środków transportu, firmy przedsiębiorstwa FDB i znaku towarowego „Fermi Drobiu Borkowski”, fermy w Ruchocicach (która została wydzierżawiona przez FDW jeszcze przed ogłoszeniem upadłości przez FDW) oraz składników przedsiębiorstwa, które nie należały do FDB (baterii klatkowych oraz części maszyn i urządzeń). Syndyk przedstawił także swoje szacunki co do wysokości obrotów osiąganych przez przedsiębiorstwo Upadłego w 2013 i 2014 r. oraz przekazał do dyspozycji Prezesa Urzędu sprawozdania finansowe FDB za lata 2012-2014.

Na podstawie protokołu z posiedzenia rady wierzycieli z 8 i 15 czerwca 2015 r. Prezes Urzędu ustalił, że produkcja w przedsiębiorstwie Upadłego została zakończona w maju 2014 r., a reprezentująca wierzyciela FDW poinformowała, że „spółka FDW już wiele zainwestowała i zaangażuje dalsze środki w tę inwestycję” oraz że „ponad połowa baterii klatkowych [FDB] należy do FDW”.

15 czerwca 2015 r. rada wierzycieli FDB większością głosów 4 do 1 nie podjęła Uchwały nr 1, a tym samym nie wyraziła zgody „na dalsze prowadzenie przedsiębiorstwa upadłego przez syndyka (...) poprzez wydzierżawienie przedsiębiorstwa upadłego FDW na warunkach oferty z dnia 20 kwietnia 2015 roku”. Przyczyną takiej decyzji był fakt, iż zainteresowanie układem i restrukturyzacją FDB wyraziła spółka z kapitałem litewskim, VG Wielkopolska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, która przedstawiła bardziej korzystną propozycję niż FDW. Rada



wierzycieli nie podjęta jednak Uchwały nr 2, dotyczącej wezwania syndyka do wyboru oferty tej spółki. Podjęta natomiast Uchwały nr 3 i 4, dotyczące odpowiednio:

- zobowiązania syndyka masy upadłości do niezwłocznego przeprowadzenia konkursu ofert na dzierżawę przedsiębiorstwa Upadłego i przedstawienia ofert na następnym posiedzeniu rady w celu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej dla masy upadłości oraz
- upoważnienia syndyka do podjęcia z FDW negocjacji celem ustalenia zasad tymczasowego korzystania z przedsiębiorstwa FDB w upadłości likwidacyjnej w terminie nie dalszym niż do dnia podpisania umowy z dzierżawcą przedsiębiorstwa.

29 czerwca 2015 r. obie te uchwały zostały uchylone jako sprzeczne z prawem postanowieniem sędziego-komisarza. Żaden z członków rady wierzycieli nie złożył na nie zażalenia.

Na podstawie informacji uzyskanych od Dossche (pismo z 26 listopada 2015 r.) i Piast (pisma z 28 maja i 30 listopada 2015 r.), Prezes Urzędu potwierdził wcześniejsze ustalenia, że pomimo negatywnego stanowiska rady wierzycieli w połowie 2015 r. doszło do przekazania przez syndyka przedsiębiorstwa Upadłego w posiadanie FDW (co wcześniej potwierdził syndyk w swoich pismach z pismach z 30 marca i 4 kwietnia 2016 r.). Jak wynika z przedłożonego sędziemu-komisarzowi sprawozdania z działalności syndyka za okres od dnia 1 czerwca 2015 r. do dnia 31 sierpnia 2015 r., wydzierżawione przedsiębiorstwo Upadłego zostało uruchomione, a fermy na nowo zasiedlone. FDW ponosiła koszty związane z funkcjonowaniem przedsiębiorstwa oraz uiszczala czynsz dzierżawy.

Stanowisko strony postępowania

FDW przedstawiała swoje stanowisko w sprawie zarówno w toku niniejszego postępowania, jak i poprzedzającego je postępowania wyjaśniającego. FDW wskazała, że nabyła od leasingodawców FDB ok. 40% znajdujących się w jej fermach baterii klatkowych przeznaczonych do hodowli kur. Ponadto we wcześniejszych pismach z czerwca i sierpnia 2015 r. FDW podnosiła, że w 2014 r. nabyła od FDB wyłącznie ok. 300 tys. kur niosek za kwotę nieprzekraczającą 2 mln zł. FDW przyznała również, że 5 maja 2015 r. zawarła z syndykiem warunkową umowę dzierżawy przedsiębiorstwa FDB na okres 36 miesięcy. Jeszcze w toku postępowania



wyjaśniającego FDW stwierdziła, że choć zawarła umowę dzierżawy, to w związku z odmową wyrażenia zgody na dokonanie dzierżawy przez radę wierzycieli Upadłego nie doszło do ziszczenia się przewidzianego w umowie warunku, a w konsekwencji umowa ta nie wywołała i nie wywołuje żadnych skutków prawnych. Stanowisko FDW w tej ostatniej kwestii było jednoznacznie sprzeczne z opiniami jej przedstawicieli przedstawionymi w trakcie posiedzenia rady wierzycieli, na których sama spółka wskazywała, że przedmiotowa umowa została zawarta zgodnie prawem i pozostaje ważna oraz jest wykonywana (zob. protokół z posiedzenia rady wierzycieli z 16 września 2015 r. s. 20). FDW wskazała także, że ponosiła i ponosi wszystkie koszty funkcjonowania FDB oraz koszty przywrócenia działalności w oparciu o dzierżawiony majątek FDB. W piśmie z 6 kwietnia 2016 r. FDW podniosła, że mienie Upadłego stanowiące przedmiot dzierżawy nie nadawało się do wykorzystania i wymagało poniesienia odpowiednich nakładów finansowych i pracy w celu przywrócenia go do stanu używalności. Strona wskazała, że nabyte mienie nie obejmowało inwentarza żywego, co powoduje, że nie można mu przypisać obrotu generowanego wcześniej przez FDB.

FDW zakwestionowała możliwość zakwalifikowania umowy dzierżawy jako formy koncentracji objętej obowiązkiem notyfikacyjnym. Zdaniem FDW 36-miesięczna umowa dzierżawy, a dodatkowo zawarta pod warunkiem, jest zbyt krótka, aby można ją zakwalifikować jako nabycie mienia w rozumieniu art. 13 ust. 2 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

FDW podniosła, że organ antymonopolowy zaniechał ustalenia charakteru przedmiotu dzierżawy i jego składu. Ponadto wskazała, że nie można wydzierżawionego mienia określać mianem „ferm”, gdyż nie wchodził w jego skład kluczowy składnik, czyli inwentarz żywy. Brak kur niosek powodował również, że nie można przypisać obrotu wydzierżawionemu mieniu FDB.

Strona podkreśliła, że koncentracja nie wyłynęła negatywnie na stan konkurencji na rynku wprowadzania do obrotu jaj kurzych, a ceny jaj mają tendencję spadkową na obszarze całej Unii Europejskiej.



Wyniki badania rynkowego

Zebrane w toku badania rynkowego informacje ilościowe i jakościowe (zawarte w ankietach producentów jaj kurzych) oraz wyjaśnienia strony (zawarte m.in. w pismach z 18 października i 16 grudnia 2016 r.) potwierdziły, że FDB i FDW były największymi polskimi producentami jaj kurzych konsumpcyjnych, zaś FDW jest obecnie niekwestionowanym liderem, pod względem wolumenu produkcji, wśród polskich producentów jaj kurzych konsumpcyjnych. Zdaniem większości ankietowanych przedsiębiorców koncentracja FDW i FDB nie wpłynęła w zauważalny sposób na rynek produkcji jaj w Polsce. Dodatkowo badanie rynkowe wykazało, że rynek wprowadzania do obrotu jaj kurzych konsumpcyjnych ma wymiar szerszy niż krajowy. Świadczy o tym wysoki poziom eksportu jaj kurzych przez polskich producentów wynoszący prawie 40% całej produkcji krajowej¹ i skierowany jest na rynki praktycznie wszystkich krajów UE oraz zwiększa się import jaj kurzych, szczególnie z Ukrainy (przede wszystkim w ramach importu bezcłowego). Dodatkowo poziom eksportu FDW przekracza jeszcze istotnie wskazaną wartość i oscylował w granicach [tajemnica przedsiębiorstwa] całej produkcji FDW. Analiza ankiet wykazała również, że im większy producent jaj tym większy poziom jego eksportu. Równoległe z ankiet wynikało, że im mniejszy producent tym bardziej wskazywał na negatywny, z punktu widzenia opłacalności produkcji i cen jaj w kraju, wpływ importu jaj kurzych zza wschodniej polskiej granicy. Jednocześnie większość producentów jaj w Polsce wskazuje na postępujący spadek cen jaj, co jednak wynika z ogólnego spadku cen jaj w Europie (pismo FDW z 18 października 2016 r.), a nie jest bezpośrednio związane z koncentracją FDW i FDB. FDW sprzedaje bardzo małą część swojej produkcji w Polsce zaopatrując jedynie [tajemnica przedsiębiorstwa] sieci sklepów wielkopowierzchniowych. Powoduje to, że nie ma podstaw do uznania, że przeprowadzona koncentracja miała negatywny wpływ na ceny jaj na rynku krajowym. Oznacza to, że choć przeprowadzona koncentracja wzmocniła pozycję rynkową FDW to z uwagi na ponadkrajowy charakter rynku wzmocnienie to nie ma charakteru istotnego ograniczenia konkurencji.

¹ Dane z raportu Instytutu Ekonomiki Rolnictwa i Gospodarki Żywnościowej – Rynek drobiu i jaj, nr 48, października 2015 r., tabela 21, s. 28 – załącznik do pisma Cargill Poland Sp. z o.o. z 31 października 2016 r.



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 wyłączonej przez art. 14 tej ustawy. W szczególności art. 13 ust. 1 stanowi, że 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. Natomiast zgodnie z art. 13 ust. 2 pkt 4 ww. ustawy określa, że obowiązek wynikający z poprzedniego przepisu dotyczy zamiaru 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. 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 ustawy o ochronie konkurencji 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 ustawy antymonopolowej 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. Równoległe, z urzędu, organ antymonopolowy bierze pod uwagę okoliczności obciążające, którymi zgodnie z art. 111 ust. 4 pkt 4 ustawy antymonopolowej 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.

W niniejszej sprawie Prezes Urzędu uznał za konieczne nałożenie na FDW kary pieniężnej z uwagi na fakt przejęcia części mienia FDB przez FDW 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.

Forma koncentracji

Zgodnie z orzecznictwem Prezesa Urzędu², prawo dzierżawy stanowi jedno z praw majątkowych mieszczących się w zakresie pojęcia „mienia” w rozumieniu art. 44 Kodeksu cywilnego, dlatego zawarcie umowy dzierżawy może być traktowane jako dokonanie koncentracji w rozumieniu art. 13 ust. 2 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji. Stanowisko to zostało potwierdzone przez Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów³. W omawianej sprawie prawo dzierżawy jest dodatkowo połączone z prawem pierwokupu, które zapewnia dzierżawcy

² Decyzja nr DKK-173/2014 z dnia 31 grudnia 2014 r.

³ Wyrok SOKiK z dnia 7 marca 2016 r., XVII AmA 14/15.

pierwszeństwo przy kupnie przedmiotu dzierżawy, gdyby wydzierżawiający zamierzał dokonać jego sprzedaży osobie trzeciej. Oprócz uprawnienia do korzystania w szerokim zakresie z przedmiotu dzierżawy dzierżawca posiada więc także gwarancję, że jeżeli wydzierżawiający podejmie decyzję o jego zbyciu, zostanie przeniesiona na niego własność dzierżawionego mienia.

Należy zauważyć, że bezwzględna nieważność umowy dzierżawy przedsiębiorstwa FDB zawartej przez FDW z syndykiem masy upadłości tej Spółki 5 maja 2015 r., podnoszona i obszernie analizowana zarówno w pismach Zawiadamiających, jak i FDW, nie ma znaczenia z punktu widzenia oceny, czy w sprawie zostały naruszone przepisy dotyczące ochrony konkurencji. Jak stanowi art. 97 ustawy o ochronie konkurencji *przedsiębiorcy, których zamiar koncentracji podlega zgłoszeniu, są obowiązani do wstrzymania się od dokonania koncentracji do czasu wydania przez Prezesa Urzędu decyzji lub upływu terminu, w jakim decyzja powinna zostać wydana. W doktrynie wskazuje się, że „dokonanie” koncentracji oznacza „dokonanie stosownej czynności prawnej, będącej podstawą koncentracji”, przy czym w przypadku umów „datę dokonania koncentracji utożsamiać należy z datą zawarcia danej umowy”⁴. Ewentualne naruszenie ustawy antymonopolowej nie jest więc uzależnione od skuteczności podstawy prawnej, w oparciu o którą koncentracja ma zostać zrealizowana, a jedynie od tego, czy taka podstawa prawna (np. zawarta umowa), potwierdzająca istnienie zamiaru dokonania koncentracji, istnieje i czy faktycznie koncentracja została dokonana (np. doszło do przejęcia mienia).*

Data dokonania koncentracji

W przedmiotowej sprawie za datę dokonania koncentracji w formie nabycia części mienia FDB należy przyjąć dzień, w którym nastąpiło podpisanie warunkowej umowy dzierżawy przedsiębiorstwa FDB między syndykiem, jako przedstawicielem Upadłego, a FDW, tj. 5 maja 2015 r. Umowa ta była przynajmniej wówczas uważana przez jej strony za ważną, gdyż zgodnie z jej postanowieniami już 7 maja 2015 r. część przedsiębiorstwa FDB, której umowa ta dotyczyła, została protokolarnie

⁴ K. Kohutek (red.) Komentarz do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, LEX 2014, art. 97.



wydana w posiadanie FDW, co zostało potwierdzone oświadczeniem syndyka zawartym w jego pismach z 30 marca i 4 kwietnia 2016 r.

Należy podkreślić, że przedmiotowa umowa jest nadal wykonywana, a część mienia należąca do Upadłego pozostaje w faktycznym władaniu FDW, co wynika z informacji uzyskanych od FDW i syndyka oraz sprawozdań regularnie przedkładanych przez syndyka sędziemu-komisarzowi (m.in. z 21 września 2015 r.). Obecna sytuacja umożliwia więc FDW nieskrępowane prowadzenie działalności z wykorzystaniem mienia, które wcześniej znajdowało się w posiadaniu Upadłego.

Nabyte mienie

Zgodnie z regulaminem konkursu ofertowego ogłoszonego przez syndyka 7 kwietnia 2015 r., przedmiot dzierżawy przedsiębiorstwa FDB miało stanowić 6 ferm (fermy Barłożnia, Wioska, Jabłonna i Duszniki, odchowalnie Adamowo i Kąkolewo), z wyłączeniem: firmy przedsiębiorstwa FDB, wierzytelności, papierów wartościowych i środków pieniężnych, udziałów i akcji w podmiotach trzecich, dokumentów przedsiębiorstwa i spółki FDB, budynków biurowych na terenie fermy w Barłożni, fermy w Ruchocicach oraz składników majątku niestanowiących własności Upadłego i podlegających wyłączeniu z masy upadłości.

Na podstawie informacji przekazanych w piśmie z 4 kwietnia 2016 r. przez syndyka FDB Prezes Urzędu ustalił, że przedsiębiorstwo Upadłego, w którego posiadanie weszła FDW 7 maja 2015 r., obejmowało sześć ww. ferm z pominięciem: inwentarza żywego (który został w całości wybity lub sprzedany w okresie od marca do maja 2015 r.), środków transportu, firmy przedsiębiorstwa FDB i znaku towarowego „Fermy Drobiu Borkowski”, fermy w Ruchocicach (która została wdzierżawiona przez FDW jeszcze przed ogłoszeniem upadłości przez FDW) oraz składników przedsiębiorstwa, które nie należały do FDB (baterii klatkowych oraz części maszyn i urządzeń).

W świetle poczynionych przez Prezesa Urzędu ustaleń, w tym informacji przedstawionych przez Zawiadających i FDW, nie ulega wątpliwości, że mienie nabyte przez FDW, obejmujące, co najmniej, fermy: Barłożnia, Duszniki, Wioska i Jabłonna oraz odchowalnie Adamowo i Kąkolewo, a także ruchomości wchodzące w skład wyposażenia kurników, odchowalni i obiektów gospodarczych, stanowiło część



przedsiębiorstwa FDB. W skład tego majątku nie wchodził natomiast, zgodnie z zapewnieniami syndyka i FDW, inwentarz żywy, a także ferma Ruchocice, która została już wcześniej wydzierżawiona FDW przez FDB.

W piśmie skierowanym do Prezesa Urzędu z dnia 6 kwietnia 2016 r. FDW podnosi, że nabyte przez niego nieruchomości zabudowane i niezabudowane były w znacznej mierze zdewastowane oraz pozbawione inwentarza żywego, zaś istotna część majątku ruchomego, który znajdował się w fermach (baterie klatkowe, baterie do odchovu drobiu, silosy i waga wozowa), należała do podmiotów trzecich, tj. leasingodawców lub ich następców prawnych, którzy dążą do wyłączenia swojej własności z masy upadłości. FDW twierdzi, że w chwili nabycia składniki mienia Upadłego nie umożliwiały osiągania jakichkolwiek przychodów bez poniesienia nakładów finansowych i technicznych niezbędnych do ponownego podjęcia działalności, a więc montażu brakujących urządzeń, naprawy niekompletnych i zdewastowanych elementów wyposażenia ferm oraz ich ponownego zasiedlenia. Syndyk, w piśmie z dnia 4 kwietnia 2016 r., oraz FDW, w piśmie z dnia 6 kwietnia 2016 r., kwestionują także fakt, iż mienie nabyte od Upadłego w drodze dzierżawy stanowiło przedsiębiorstwo (według syndyka - w znaczeniu produkcyjnym, a według FDW - w znaczeniu produkcyjnym oraz prawnym).

Odnosząc się do tez wyrażonych w pismach FDW i syndyka należy przede wszystkim zauważyć, że mienie, które zostało nabyte przez FDW w drodze umowy dzierżawy zawartej z syndykiem masy upadłości FDB, stanowiło nie tyle przedsiębiorstwo, co jego część. Nie obejmowało ono bowiem pewnych składników mienia należących do Upadłego, w tym przede wszystkim fermy w Ruchocicach, która została wydzierżawiona FDW przed ogłoszeniem upadłości przez FDB. Nie zmienia to faktu, iż część przedsiębiorstwa, podobnie jak jego całość, mieści się w zakresie znaczeniowym pojęcia „mienie innego przedsiębiorcy” z art. 13 ust. 2 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i jest w sposób wyraźny wskazana w tym przepisie. Co więcej, nabyte mienie stanowiło na tyle zorganizowaną całość, że umożliwiło FDW kontynuowanie w odpowiednim zakresie działalności FDB. W oparciu o kluczowe składniki mienia FDB, tj. fermy: Barłożnia, Duszniki, Wioska i Jabłonna oraz odchowalnię Adamowo i Kąkolewo, a także ruchomości wchodzące w skład wyposażenia kurników, odchowalni i obiektów gospodarczych FDW był w stanie w relatywnie krótkim czasie, od przejęcia mienia, wznawiać sukcesywnie na jego



podstawie działalność tożsamą z wcześniejszą działalnością FDB. Zakres niezbędnych napraw i doposażenia mienia w element szybkorotujący, czyli inwentarz żywy, nie odbiega od zwyczajnych czynności, które nabywca mienia prowadzi, po jego nabyciu, szczególnie od upadłego przedsiębiorcy. Ze względu na powyższe należy uznać przedmiotową koncentrację za przypadek przewidziany we wskazanym przepisie, który rodzi obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji w przypadku spełnienia kryterium obrotowego wskazanego w art. 13 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji.

Należy także podkreślić, że fermy: Barłożnia, Duszniki, Wioska i Jabłonna oraz odchowalnie Adamowo i Kąkolewo, a także ruchomości wchodzące w skład wyposażenia kurników, odchowalni i obiektów gospodarczych umożliwiły kontynuowanie działalności FDB przez FDW. Chociaż tytuł prawny do części spośród ruchomości wskazanych przez FDW i syndyka rzeczywiście należał i nadal należy do wierzycieli Upadłego (głównie banków i funduszy leasingowych oraz ich następców prawnych), rzeczony składniki mienia weszły faktycznie w skład części przedsiębiorstwa Upadłego nabytej przez FDW i nadal w nim pozostają i są wykorzystywane przez FDW. Wynika to przede wszystkim z przeciągania się postępowań dotyczących ich wyłączenia z masy upadłościowej oraz przyczyn technicznych. Szczególnie istotne znaczenie mają kwestie techniczne, które powodują, iż ze względu na ścisłe dopasowanie baterii klatkowych, które znajdują się w fermach, do budynków należących do poszczególnych ferm, po ich demontażu stałyby się bezwartościowe. Nieuprawnione jest więc twierdzenie, że brak tytułu prawnego Upadłego do niektórych składników mienia, w którego posiadanie wszedł FDW, uniemożliwia potraktowanie całokształtu tego mienia jako części przedsiębiorstwa. Co więcej, art. 13 ust. 2 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji nie wymaga, aby nabywca mienia trwale władał nim przez długi czas, gdyż tak jak w przypadku wszystkich rodzajów koncentracji kluczowe jest samo przejście kontroli np. nad nabywanym mieniem czy przejmowanym przedsiębiorcą, aby transakcja taka mogła zostać zakwalifikowana jako koncentracja w rozumieniu art. 13 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji.

Nieprzekonujący jest również argument dotyczący dewastacji i niekompletności wyposażenia ferm nabytych przez FDW na podstawie umowy dzierżawy części przedsiębiorstwa Upadłego. Załącznik nr 1 do umowy z 5 maja 2015 r. w sprawie dzierżawy przedsiębiorstwa Upadłego (spis rzeczy z natury



przygotowany przez syndyka obejmujący składniki mienia, które zostały wydane przez niego w posiadanie FDW 7 maja 2015 r.) szczegółowo wylicza elementy majątku, które służą do prowadzenia działalności gospodarczej i umożliwiają generowanie obrotu. Należy przy tym zauważyć, że nabycie mienia należącego do innego przedsiębiorcy niemal zawsze pociąga za sobą konieczność poniesienia pewnych nakładów umożliwiających jego wykorzystanie przez nowego właściciela. Fakt, że takiej adaptacji musiała dokonać również FDW, nie pozbawia więc nabytej przez nią części przedsiębiorstwa FDB jej charakteru.

Odnosząc się do kwestii braku inwentarza w fermach w momencie ich nabycia przez FDW należy odnotować, że w praktyce orzeczniczej Prezesa Urzędu za nabycie mienia traktowane było chociażby nabycie praw do umowy najmu sklepu, który nie prowadził działalności gospodarczej w chwili dokonania zgłoszenia⁵. Organ antymonopolowy nie brał wówczas pod uwagę faktu, czy w chwili dokonywania zgłoszenia w sklepach będących przedmiotem transakcji znajdowały się towary i inne wyposażenie, gdyż fakt ten nie wpływał na ich zdolność do generowania obrotu. W analizowanej sprawie w ocenie Prezesa Urzędu inwentarz żywy należy potraktować jako swoisty materiał eksploatacyjny, a nie integralny składnik mienia Upadłego, bez którego część przedsiębiorstwa FDB straciłaby swój zorganizowany charakter.

Obrót nabywcy oraz nabywanego mienia

Na podstawie informacji podanej przez FDW Prezes ustalił, że obrót FDW w 2014 r. osiągnęła ona obrót w wysokości [*tajemnica przedsiębiorstwa*] (przy kursie NBP 1 euro = 4,26 zł z dnia 31.12.2013 r.). Wysokość osiągniętego przez nią obrotu jest więc wystarczająca, aby można było stwierdzić spełnienie warunku z art. 13 ust. 1 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji, tj. istnienie po stronie FDW obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji Prezesowi Urzędu.

Z informacji przekazanych przez Dossche (pismo z 20 maja 2015 r.) oraz niezależnych obliczeń Prezesa Urzędu dokonanych w oparciu o sprawozdania finansowe FDB przedłożone przez syndyka, przedsiębiorstwo Upadłego w latach 2013-2014 osiągnęło obrót w wysokości:

⁵ Decyzja nr DKK-161/2011 z dnia 15 grudnia 2011 r.

- w 2013 r. - [*tajemnica przedsiębiorstwa*] (kurs NBP z dnia 31.12.2013: 4,15 zł),
- w 2014 r. - [*tajemnica przedsiębiorstwa*] (kurs NBP z dnia 31.12.2014 r.: 4,26 zł).

Wskazanych wielkości obrotu nie można jednak w całości przyporządkować do części przedsiębiorstwa, która została nabyta przez FDW.

Biorąc pod uwagę potencjał produkcyjny poszczególnych ferm i odchowalni oszacowany przez Prezesa Urzędu na podstawie informacji przekazanych przez Piast (pismo z 20 maja 2015 r.), syndyka (pismo z 4 kwietnia 2016 r.) i stronę (pismo z 18 października 2016 r.) oraz składniki mienia Upadłego, w których posiadanie weszła FDW, Prezes Urzędu uznał, że mienie to obejmowało ok. 89% potencjału przedsiębiorstwa FDB w zakresie produkcji jaj kurzych (stanowiącego główne źródło przychodów Upadłego), biorąc pod uwagę ilość przejętych ferm i ich wyposażenia oraz całość potencjału w zakresie odchowu inwentarza żywego (stanowiącego poboczne źródło przychodów Upadłego). Nawet gdyby, szacując obrót osiągnięty na terytorium Polski w 2013 r. przez mienie nabyte przez FDW, wziąć pod uwagę jedynie 40% obrotu uzyskanego przez całość przedsiębiorstwa FDB w tym okresie, obrót ten przekroczyłby [*tajemnica przedsiębiorstwa*] euro, a więc byłby znacznie powyżej wskazanego w art. 13 ust. 2 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji progu 10 mln Euro, z którego przekroczenie ustawa wiąże obowiązek zgłoszenia zamiaru nabycia części mienia innego przedsiębiorcy. W konsekwencji, mienie będące przedmiotem koncentracji nie było objęte wyjątkiem przewidzianym w tym przepisie.

Zasadność nałożenia kary pieniężnej

Dokonane ustalenia faktyczne pozwalają na przyjęcie, że FDW przeprowadziła koncentrację, której zamiar podlegał obowiązkowi notyfikacji Prezesowi Urzędu, i zaniechała zgłoszenia jej zamiaru organowi antymonopolowemu, co stanowi naruszenie art. 13 ust. 2 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i zasadne jest nałożenie kary pieniężnej na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Naruszenie obowiązku notyfikacyjnego stanowi jeden z najgroźniejszych deliktów antymonopolowych wymierzony w istotę antymonopolowej kontroli koncentracji, a więc godzący wprost w interes publiczny. Stąd też wynika potrzeba jego sankcjonowania, która w okolicznościach niniejszej



sprawy nie budzi najmniejszej wątpliwości, gdyż dotyczy koncentracji dwóch największych polskich przedsiębiorców i ich mienia działających na rynku wprowadzania do obrotu jaj konsumpcyjnych.

Ustalenie wysokości kary pieniężnej

Obrót FDW 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 FDW wynosi [tajemnica przedsiębiorstwa]. Prezes Urzędu zdecydował nałożyć na FDW karę pieniężną w wysokości 339 000 PLN. Kara ta stanowi zatem ok. [tajemnica przedsiębiorstwa] kary maksymalnej. Nakładając karę pieniężną organ antymonopolowy wziął pod uwagę fakt naruszenia przez FDW 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 FDW części mienia FDB.

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 ustawy o ochronie konkurencji.



Podobnie wypowiadał się Sąd Apelacyjny w Warszawie, wskazując, że kara pieniężna z uwagi na represyjno-wychowawczy charakter winna pozostawać we właściwej proporcji do potencjału ekonomicznego sprawcy (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie 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 w Warszawie 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 nieumyślność⁶.

Ustalając wysokość kary pieniężnej Prezes Urzędu wziął pod uwagę stopień zawinienia, który należy uznać, za co najmniej niedbalstwo. Profesjonalny uczestnik obrotu, korzystający z profesjonalnego doradztwa prawnego, przeprowadzający koncentrację w 2015 r. musi mieć świadomość obowiązywania ustawy o ochronie konkurencji oraz istnienia antymonopolowej kontroli koncentracji. Co więcej, świadomości istnienia przepisów antymonopolowych należy oczekiwać od największego polskiego producenta jaj kurzych przejmującego zorganizowaną część mienia swojego największego konkurenta.

Nie ulega również żadnej wątpliwości, że strona działała całkowicie samodzielnie i bez udziału osób trzecich przyczyniła się w całości do powstania naruszenia przepisów ustawy antymonopolowej i to jej należy przypisać wyłączną odpowiedzialność za popełnienie deliktu antymonopolowego. FDW samodzielnie chciała i przeprowadziła koncentrację i to wyłącznie na niej ciążył obowiązek notyfikacyjny, którego nie dopełniła.

⁶ M. Król-Bogomilska: Kary pieniężne w prawie antymonopolowym, Warszawa 2001, s. 88.



Prezes Urzędu wziął pod uwagę również wagę naruszenia przepisów ustawy antymonopolowej, którą należy uznać za znaczną. Cały system kontroli koncentracji opiera się bowiem na obowiązku uprzedniej notyfikacji zamiaru koncentracji, a strona ma bezwzględny obowiązek powstrzymania się z przeprowadzeniem transakcji do czasu uzyskania decyzji Prezesa Urzędu. Nie budzi wątpliwości w okolicznościach sprawy, że FDW nie podjęła żadnych czynności zmierzających do powiadomienia Prezesa Urzędu o zamiarze koncentracji, ani nie wystąpiła o jego zgodę. Prezes Urzędu dowiedział się o koncentracji od innych uczestników rynku i dopiero wtedy zbadał sprawę i określił wpływ koncentracji na rynek właściwy. Na wagę naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wpływa również to, że koncentracja dotyczyła przedsiębiorców uznawanych za największych producentów jaj kurzych w Polsce dysponujących istotną siłą rynkową. W takim przypadku, przedsiębiorcy powinni zachować szczególną staranność podejmując działania koncentracyjne gdyż potencjalne negatywne skutki rynkowe takich koncentracji mogą dotknąć szerokiego kręgu uczestników rynku.

Należy równocześnie zauważyć, że wymiar kary wyznaczony w wysokości ok. [tajemnica przedsiębiorstwa] górnej granicy zagrożenia ustawowego uwzględnia okoliczności naruszenia przepisów ustawy antymonopolowej, wpływające na obniżenie wysokości kary pieniężnej, a mianowicie fakt, że dokonanie koncentracji nie doprowadziło do negatywnych skutków rynkowych. Rynek wprowadzania do obrotu jaj kurzych ma wymiar europejski i jest wysoce konkurencyjny, a sama koncentracja w tym względzie wiele nie zmieniła.

W ocenie Prezesa Urzędu wymierzona kara pieniężna jest adekwatna do stopnia zawinienia, zaś jej wysokość jest na tyle dolegliwa dla FDW, 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 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2016 r., poz. 1822 ze zm.) 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*

Fermy Drobiu „Woźniak” Sp. z o.o.

