



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA W GDAŃSKU**

RGD.413-9/00/MLM

Gdańsk, 22 października 2000r.

DECYZJA NR RGD. 30/2000

Na podstawie art. 104 § 1 K.p.a. w związku z art. 16 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 24 lutego 1990r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów (tekst jednolity: Dz.U. z 1999r., Nr 52, poz. 547, zm. Dz.U. z 2000r., Nr 31, poz. 381) po przeprowadzeniu, wszczętego z urzędu, postępowania administracyjnego w sprawie nałożenia kary pieniężnej na Pana ..., Prezesa Zarządu Sp. z o.o. SeCeS-Pol w Gdańsku, za niedostarczenie wszystkich dokumentów związanych z objęciem przez SeCeS-Pol udziałów w nowo tworzonej Spółce z o.o. Zakład Usług Ciepłowniczych w Gdańsku (tj. umowy wspólników, zawartej w dniu 27 marca br.), które mogły mieć istotne znaczenie dla oceny skutków zamierzonego łączenia, nakłada się karę pieniężną w wysokości 500 zł (słownie: pięćset złotych) płatną do budżetu państwa.

UZASADNIENIE

W miesiącu marcu br. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatura w Gdańsku prowadził postępowanie notyfikacyjne, w trybie art. 11 ust. 2 pkt 3a ustawy antymonopolowej, w sprawie zgłoszenia zamiaru łączenia kapitałowego, polegającego na objęciu przez Spółkę z o.o. SeCeS-Pol w Gdańsku i Spółkę z o.o. Gdańskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej GPEC w Gdańsku udziałów nowo tworzonego przedsiębiorcy - Sp. z o.o. Zakład Usług Ciepłowniczych w Gdańsku.

Przedmiotowe łącznie polegało na objęciu przez GPEC i SeCeS-Pol udziałów, powodujące uzyskanie odpowiednio: ...% i ...% głosów na Zgromadzeniu Wspólników Spółki Zakład Usług Ciepłowniczych Sp. z o.o.

80-824 GDAŃSK, UL. PODWALE PRZEDMIEJSKIE 30

TEL. (058) 346-29-32, TEL/FAX (058) 346-29-33, TEL. CENTRALA (058) 301-50-21

E-MAIL: GDANSK@UOKIK.GOV.PL

Łączna wartość sprzedaży towarów podmiotów obejmujących udziały – w roku kalendarzowym poprzedzającym rok obowiązków zgłoszenia zamiaru łączenia – przekroczyła 25 mln EURO.

W związku z tym, że spełnione zostały przesłanki określone art. 11 ust. 2 pkt 3a ustawy z dnia 24 lutego 1990r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów (tekst jedn. Dz.U. z 1999r., Nr 52, poz. 547 ze zm.) na obu uczestnikach łączenia spoczywał obowiązek zgłoszenia Prezesowi Urzędu zamiaru dokonania operacji koncentracji kapitałowej – zgodnie z wymogami obowiązującego rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 7 grudnia 1999r. w sprawie określenia szczegółowych warunków, jakim powinno odpowiadać zgłoszenie zamiaru łączenia przedsiębiorców oraz określenia organów przedsiębiorców zobowiązanych do dokonania zgłoszenia (Dz.U. Nr 99, poz. 1161).

Uczestnicy łączenia wywiązali się w terminie z wyżej określonego obowiązku.

Formularze zgłoszeniowe, opracowane zgodnie z wymogami określonymi ww. rozporządzeniem, zostały złożone w dniach 9 marca br. (GPEC) i 21 marca br. (SeCeS-Pol).

Organ antymonopolowy, po rozpatrzeniu sprawy w oparciu o złożone materiały, dnia 28 marca 2000r. zawiadomił strony, na podstawie art. 11a ust.3, o braku zastrzeżeń do zamiaru łączenia polegającego na objęciu przez Spółki GPEC i SeCeS-Pol udziałów Spółki z o.o. Zakład Usług Ciepłowniczych.

Po dacie wydania zawiadomienia, organ antymonopolowy powziął wiadomość, m.in. na podstawie enuncjacji prasowych ukazujących się w lokalnych gazetach, o dodatkowej umowie łączącej wspólników, zawartej w dniu 27 marca br., czyli jeszcze w czasie trwania postępowania notyfikacyjnego. Dokument ten nie został dołączony do akt sprawy, związanej z łączeniem kapitałowym opiniowanym przez Prezesa UOKiK, mimo wyraźnie określonego obowiązku, wynikającego wprost z zapisu punktu 5.4 powołanego rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 7 grudnia 1999r.

Przedmiotowa umowa – dostarczona przez strony dopiero na wezwanie Urzędu w dniach 23 maja (SeCeS-Pol) i 29 maja 2000r. (GPEC), a więc po dacie wy-

dania zawiadomienia o braku zastrzeżeń do zamiaru łączenia – ma charakter porozumienia, które w następstwie realizacji opiniowanej operacji koncentracji kapitałowej może mieć ważne konsekwencje rynkowe, i którego zawarcie może, jednocześnie, stanowić naruszenie art. 4 ust. 4 ustawy o przeciwdziałaniu [...]. Analiza treści zawartego kontraktu, a w szczególności zapis § 3, przewidujący uzyskiwanie przez Zakład Usług Ciepłowniczych określonych preferencji przy otrzymywaniu zleceń i ułatwienia w dostępie do rynku usług sieciowych wykonywanych na rzecz GPEC, uprawdopodobnia domniemanie, iż tego rodzaju obwarowania umowne mogą tworzyć bariery wejścia na rynek, a przez to zakłócać i hamować rozwój konkurencji na nim. Z tych też względów prowadzone jest aktualnie odrębne postępowanie administracyjne w sprawie zawarcia i funkcjonowania przedmiotowego porozumienia oraz dopuszczalności i legalności jego stosowania z punktu widzenia celów chronionych ustawą antymonopolową.

Mając na względzie powyższe okoliczności, w dniu 22 września 2000r. zostało wszczęte z urzędu przeciwko Panu ..., Prezesowi Zarządu Spółki z o.o. SeCeS-Pol w Gdańsku, postępowanie administracyjne w sprawie nałożenia, na podstawie art. 16 ust. 2 pkt 2 ustawy antymonopolowej, kary pieniężnej za nierzetelność i niekompletność dostarczonych organowi antymonopolowemu – przy zgłoszeniu operacji łączenia, polegającej na objęciu przez SeCeS-Pol udziałów w nowo tworzonej Spółce Zakład Usług Ciepłowniczych – materiałów, poprzez nieujawnienie, istotnego dla oceny skutków zamierzonego łączenia, faktu podpisania, jak i treści umowy współników, zawartej ze Spółką GPEC, w dniu 27 marca 2000r.

W odpowiedzi na przedstawione zarzuty Pan wyjaśnił, pismem z dnia 6 października 2000r., iż umowa została zawarta w dniu 27 marca 2000r., czyli dzień przed wydaniem zawiadomienia o braku zastrzeżeń co do planowanego łączenia, w godzinach wieczornych, dlatego też nie był on „w stanie poinformować Urzędu” o jej zawarciu.

Dnia 16 listopada 2000r. Pan ... złożył w Delegaturze UOKiK w Gdańsku wyjaśnienia na okoliczność ustalenia, o której godzinie umowa została zawarta. Zgodnie z wyjaśnieniami złożonymi do protokołu, umowa została zawarta ok. godziny 10⁰⁰, w siedzibie firmy SeCeS-Pol. Negocjacje nad treścią umowy trwały jeszcze do godziny

13-14, a w ciągu następnych dni umowa była uaktualniana ze względu na błędy drukarskie (redakcyjne). Zgodnie z oświadczeniem skarżonego „*umowa wspólników spowodowana była zmienionymi warunkami, w stosunku do pierwotnych założeń, wnoszonego aportu przez GPEC i dodatkowymi warunkami płacowo-socjalnymi i gwarancjami zatrudnienia poprzednich pracowników GPEC w Spółce ZUC*”. Treść umowy została opracowana przez Kancelarię Prawniczą Pana ██████████, zajmującego się, ze strony Spółki SeCeS-Pol, obsługą prawną całego przedsięwzięcia, tj. utworzenia Spółki ZUC. Fakt niezgłoszenia porozumienia Prezesowi UOKiK wynikał – według skarżonego – „*z braku dostatecznej wiedzy, pomimo współpracy prawnej przy konstruowaniu tego porozumienia i samej notyfikacji operacji w Urzędzie*”.

ORGAN ANTYMONOPOLOWY USTALIŁ I ZWAŻYŁ CO NASTĘPUJE:

Art. 11 ustawy antymonopolowej wyznacza zakres kontroli Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w sprawach łączenia przedsiębiorców.

Art. 11 ust. 2 pkt. 8 ustawy antymonopolowej stanowi, że zgłoszenie zamiaru łączenia powinno zawierać informacje dotyczące wpływu łączenia na zmianę pozycji przedsiębiorców jak i jego skutków dla konkurencji, a w szczególności:

1. rodzaj, przyczynę i zakres łączenia przedsiębiorców,
2. dane charakteryzujące przedsiębiorców uczestniczących w łączeniu, ich związki z innymi przedsiębiorcami oraz zakres i obszar ich działania,
3. udział przedsiębiorców w poszczególnych rynkach.

Wydane w ramach delegacji ustawowych, na podstawie art. 11e ustawy, przepisy rozporządzenia RM z dnia 7 grudnia 1999r. w sprawie określenia szczegółowych warunków, jakim powinno odpowiadać zgłoszenie zamiaru łączenia przedsiębiorców oraz określenia organów przedsiębiorców zobowiązanych do dokonania zgłoszenia, w pkt. 5.4. załącznika, wyraźnie stanowią, że do zgłoszenia zamiaru łączenia należy dołączyć uwierzytelnione przez adwokata, radcę prawnego lub notariusza kopie dokumentów związanych z zamierzonym łączeniem, w tym: listów intencyjnych, uchwał władz przedsiębiorców, **zawieranych umów** [podkr. UOKiK], aktów notarial-

nych. Należy więc przyjąć, że użycie formy imiesłowu czasownikowego, tj. „**zawieranych**”, wskazuje na wyraźną intencję prawodawcy, by do formularza zgłoszeniowego dołączyć także umowy aktualnie negocjowane, będące w trakcie zawierania, a nie tylko te, które już obowiązują. W przeciwnym wypadku zostałby użyty termin „**zawartych**”.

Zgodnie z treścią art. 16 ust. 2 pkt. 2 ustawy antymonopolowej odpowiedzialność za brak zgłoszenia zamiaru łączenia, bądź przekazanie danych i informacji niezrzetelnych, ciąży na osobie działającej w imieniu osób prawnych lub spółek i innych jednostek organizacyjnych nie mających osobowości prawnej. W trakcie notyfikacji operacji łączenia w trybie art. 11 ust. 2 pkt. 3a ustawy antymonopolowej, polegającej na objęciu przez Spółkę SeCeS-Pol udziałów w nowej Spółce Zakład Usług Ciepłowniczych, w imieniu Spółki SeCeS-Pol działał jej Prezes Zarządu - Pan Tak więc to na nim ciążył obowiązek, by dokonanie zgłoszenia zamiaru odpowiadało wymogom określonym prawem, a więc dostarczenia wraz z podpisanym przez niego wnioskiem kompletnych i rzetelnych materiałów, niezbędnych dla zajęcia przez organ antymonopolowy stanowiska, co do oceny planowanej operacji koncentracji kapitałowej i jej wpływu na rynek.

Urząd nie podziela stanowiska skarżonego odnośnie braku podstaw do uznania go winnym naruszenia przepisu art. 16 ust. 2 pkt. 2 ustawy antymonopolowej z uwagi na fakt, że umowę zawarto po dokonanej notyfikacji zamiaru w Urzędzie.

Proces notyfikacji został zapoczątkowany w dniu 9 marca, a zakończył się dnia 28 marca 2000r. wydaniem zawiadomienia o braku zastrzeżeń do planowanego łączenia, a więc 1 dzień po zawarciu umowy o współpracy. W ocenie organu antymonopolowego przedmiotowy kontrakt był integralną częścią zamiaru dokonania planowanej operacji kapitałowej, przygotowywanej co prawda przez Kancelarię Prawniczą L. ... Partnerzy, ale za wiedzą, zgodą i wolą stron, określających warunki łączenia, w tym i warunki ustalające *rudimenta* przyszłej kooperacji pomiędzy wspólnikami Spółki ZUC. Z tych też powodów trudno uznać za uprawnione argumenty, że strony podejmujące czynności zmierzające do łączenia, dowiadywały się o jego pryncypiach dopiero w momencie zawarcia umowy, opracowanej przez wyspecjalizowaną jednostkę, bez

uprzedniej analizy treści i przewidywanych skutków takiego kontraktu, rodzącego po stronie GPEC bardzo poważne skutki finansowe w postaci kar umownych, za niewypełnianie zapisów umownych.

Zgłoszenie zamiaru łączenia, odpowiadające obowiązującym wymogom ustawowym ma istotne znaczenia tak dla sprawnego przebiegu procesu notyfikacyjnego, jak i dla realizacji podstawowego celu ustawodawstwa antymonopolowego jakim jest zapewnienie gospodarki opartej na zasadach konkurencji. Niezachowanie wymogów co do formy i kompletności takiego zgłoszenia naraża podmiot, jak i osoby działające w jego imieniu, na określone sankcje wymienione w ustawie o przeciwdziałaniu [...].

Przepis art. 16 ust. 2 pkt 2 ustawy antymonopolowej przewiduje możliwość nałożenia na osobę działającą w imieniu osób prawnych podejmujących działania zmierzające do łączenia przedsiębiorców, jeżeli zgłoszenie zamiaru zawiera dane i informacje nierzetelne, kary pieniężnej do wysokości dziesięciokrotnego przeciętnego wynagrodzenia. Oznacza to, że choć stawki kary pieniężnej przewidziane w tym przepisie mają charakter maksymalny, to o jej wysokości decyduje w tym konkretnym przypadku organ antymonopolowy kierując się założeniem, że sankcja ta musi spełniać zarówno funkcję represyjną, jak i prewencyjną (dyscyplinującą), przy czym w zależności od okoliczności sprawy pierwsza lub druga funkcja uznana jest za wiodącą.

Jest bezsporne, iż nakładanie kar w trybie przepisów art. 16 odbywa się w trybie uznania administracyjnego. Należy jednakże przy tym wskazać, iż nałożenie kary pieniężnej przewidzianej w powołanym przepisie nie jest uzależnione od oceny skutków wpływu łączenia przedsiębiorców na konkurencję. Przepis ten przewiduje wypadki niedopełnienia obowiązków wynikających z ustawy i sam fakt ich niedopełnienia stanowi przesłankę nałożenia kary pieniężnej.

Merytoryczna ocena wpływu zamierzonego łączenia na stan konkurencji należy do organu antymonopolowego, który nakładając karę pieniężną bierze również pod uwagę oddziaływanie tego łączenia na konkurencję rynkową, w kontekście zgodności z aksjologią ustawy o przeciwdziałaniu [...]. W przedmiotowej sprawie ocena taka nie mogła mieć całościowego charakteru, co uwidoczniło się dopiero po fakcie

wydania zawiadomienia o braku zastrzeżeń, bowiem wówczas organ antymonopolowy nie dysponował wiedzą odnośnie istnienia samej umowy zawartej pomiędzy wspólnikami nowo tworzonego przedsiębiorcy, a tym bardziej nie znał jej treści.

Pociąga to za sobą konsekwencje dla osób działających w imieniu stron – uczestników łączenia, które miały możliwość bezzwłocznego przekazania brakujących informacji, bowiem, jak wynika z zebranego w sprawie materiału dowodowego, umowa została zawarta na dzień przed wydaniem przez organ antymonopolowy pozytywnej opinii, wcześniej była przygotowywana przez kompetentne służby prawne, a do wniosku winny być dołączone nie tylko zawarte, ale i zawierane kopie umów.

Maksymalny wymiar kary, liczony na podstawie zasad określonych w art. 2 pkt. 9 ustawy antymonopolowej wynosi 20.883,10 zł.

Wobec niedopełnienia przez skarżonego Pana obowiązku zgłoszenia zamiaru łączenia, zgodnie z wiążącymi wymogami prawa, organ antymonopolowy nałożył karę w wysokości 500zł (słownie: pięćset złotych), co stanowi ok. 2,5 % obliczonego wyżej wymiaru kary.

Organ antymonopolowy ustalając wysokość kary na poziomie znacznie niższym niż maksymalny uznał, iż winna ona mieć charakter nie represyjny, a prewencyjny, a tej celem jest przede wszystkim przeciwdziałanie w przyszłości podobnemu naruszeniu prawa.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Karę należy uiścić na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w **NBP O/O Warszawa 10101010-7878-223-1**, w terminie 7 dni od daty uprawomocnienia się decyzji.

POUCZENIE: Od decyzji niniejszej przysługuje stronie prawo odwołania do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Antymonopolowego, za pośrednictwem Delegatury UOKiK w Gdańsku, w terminie 14 dni od daty doręczenia.

Z upoważnienia Prezesa Urzędu
Roman Jarząbek
Dyrektor Delegatury UOKiK w Gdańsku

