



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
w Warszawie**

RWA-430-1/07/MZ

Warszawa, dn. kwietnia 2007 r.

DECYZJA nr RWA - 14 /2007

Na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 ze zm.) oraz stosownie do art. 28 ust. 6 tej ustawy i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur,

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów,

nakłada się na Hoop S.A. z siedzibą w Warszawie karę pieniężną w wysokości 68.000 zł (słownie: sześćdziesiąt osiem tysięcy złotych) płatną do budżetu państwa z tytułu dokonania - bez uzyskania zgody Prezesa UOKiK - koncentracji polegającej na przejęciu przez spółkę Hoop S.A. z siedzibą w Warszawie kontroli nad spółką Bobmark International Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

UZASADNIENIE

Postanowieniem z dnia 19 stycznia 2007 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wszczął z urzędu na podstawie art. 44 ust. 2 w związku z art. 101 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jednolity: Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080, ze zm.), postępowanie w sprawie nałożenia na spółkę Hoop S.A. z siedzibą w Warszawie kary pieniężnej z tytułu dokonania - bez uzyskania zgody Prezesa UOKiK - koncentracji polegającej na przejęciu przez spółkę Hoop S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: Spółka lub Hoop) kontroli nad spółką Bobmark International Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Bobmark).

Podstawą do wszczęcia postępowania w sprawie nałożenia kary było przeprowadzone wcześniej, na wniosek Hoop, postępowanie antymonopolowe w sprawie koncentracji, określonej w art. 12 ust. 2 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegającej na przejęciu przez spółkę Hoop kontroli nad spółką Bobmark (sygnatura RWA-42-25/06/MZ). W postępowaniu tym Prezes Urzędu stwierdził, że zostały spełnione niezbędne przesłanki uzasadniające obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji, bowiem:

- łączny obrót przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji - w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia zamiaru koncentracji - przekroczył wartość określoną

w art. 12 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, tj. równowartość 50.000.000 euro,

- przejęcie kontroli przez nabycie udziałów przedsiębiorcy przez jednego lub więcej przedsiębiorców - jest jednym ze sposobów koncentracji, określonych w art. 12 ust. 2 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Ponadto nie wystąpiły w tej sprawie żadne okoliczności z katalogu przesłanek wymienionych w art. 13 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, wyłączające obowiązek zgłoszenia zamiaru przedmiotowej koncentracji Prezesowi Urzędu.

Wobec powyższego, zgodnie z art. 94 ust. 2 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, na Hoop S.A. ciążył obowiązek zgłoszenia Prezesowi Urzędu zamiaru nabycia udziałów w spółce Bobmark, z którego jednakże przedsiębiorca ten się nie wywiązał. Przeprowadzone postępowanie wykazało bowiem, iż przedmiotowa koncentracja, zgodnie z treścią umów sprzedaży udziałów z dnia 31 maja 2006 r., zawartych pomiędzy udziałowcami spółki przejmowanej, tj. Bobmark a Hoop została zrealizowana. Hoop wówczas nabył udziały w Bobmark oraz w jej spółce zależnej tj. Maxpol Sp. z o.o. z siedzibą w Sufczyńcu (dalej: Maxpol). Fakt ten potwierdza odpis pełny z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego dla spółki Bobmark (KRS 0000092637) z dnia 2 listopada 2006 r. Wynika z niego, że Hoop jest jedynym wspólnikiem Bobmark, tj. posiada 100 % udziałów (data wpisu: 15 września 2006 r.) i odpis pełny z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego dla spółki Maxpol (KRS 0000060862), z którego wynika, że Hoop jest jedynym wspólnikiem Maxpol, tj. posiada 100 % udziałów (data wpisu: 12 lipca 2006 r.). Zatem nabycie udziałów przez spółkę Hoop zostało dokonane z naruszeniem obowiązku, o którym mowa w art. 12 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Prezes Urzędu otrzymał bowiem zgłoszenie w sprawie przedmiotowej koncentracji w dniu 3 listopada 2006 r., tj. po nabyciu przez Hoop udziałów w Bobmark i Maxpol.

Wobec oczywistej bezprzedmiotowości postępowania w sprawie koncentracji, zostało ono umorzone decyzją Nr RWA-1/2007 z dnia 15 stycznia 2007 r., od której Hoop wniósł w dniu 31 stycznia 2007 r. odwołanie.

Pismem z dnia 2 lutego 2007 r., w odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania w sprawie nałożenia kary, Hoop wniósł o zawieszenie postępowania w sprawie nałożenia kary na podstawie art. 97 § 1 pkt 4 k.p.a. w związku z art. 80 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz o odstąpieniu od wymierzenia kary.

Jednocześnie Hoop podtrzymał stanowisko, iż nabycie udziałów w spółce Bobmark oraz w jej spółce zależnej tj. spółce Maxpol nie podlegało zgłoszeniu Prezesowi Urzędu. Według Hoop było ono objęte wyłączeniem, o którym mowa w art. 13 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zdaniem Hoop, powołane trzy spółki należały do tej samej grupy kapitałowej poprzez fakt, iż jeszcze przed dniem zamknięcia transakcji przejęcia udziałów spółkę Hoop łączyły z przejętymi spółkami osobiste powiązania i więzy pokrewieństwa pomiędzy członkami organów tych spółek. Zatem według Hoop, nabycie udziałów w spółce Bobmark i Maxpol spowodowało jedynie przekształcenie charakteru powiązań pomiędzy uczestnikami koncentracji z faktycznych na powiązania kapitałowe. Hoop przekazał również w piśmie z dnia 2 lutego 2007 r. informacje o wysokości osiągniętych przez Spółkę przychodów w 2006 r. i zaznaczył, że są to informacje poufne i stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 5 marca 2007 r. Prezes Urzędu zawiadomił Spółkę o zakończeniu postępowania dowodowego w przedmiotowej sprawie. Jednocześnie został wyznaczony

termin na zapoznanie się Strony z materiałem zebrany w aktach postępowania. Strona skorzystała z przedmiotowego prawa w dniu 14 marca 2007 r.

Okoliczność, iż część materiału dowodowego dotycząca przychodów Hoop stanowi - według oświadczeń Spółki - tajemnicę przedsiębiorstwa, miała wpływ na strukturę niniejszej decyzji. Z uwagi bowiem na jawny charakter decyzji, informacje, które zostały uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa Spółki, zostały umieszczone w załączniku, stanowiącym integralną część orzeczenia. Wyznacza to kształt niniejszej decyzji, która składa się z następujących części:

1. Właściwa decyzja - niezawierająca informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa - jawna dla strony oraz osób trzecich.
2. Załącznik do decyzji - zawierający informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa - jawny dla strony, niejawnym dla osób trzecich.

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił, co następuje.

W dniu 3 listopada 2006 r. do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wpłynęło zgłoszenie koncentracji przedsiębiorców polegającej na przejęciu przez spółkę Hoop S.A. z siedzibą w Warszawie kontroli nad spółką Bobmark International Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz nad jej spółką zależną tj. spółką Maxpol Sp. z o.o. z siedzibą w Sufczyńcu, wobec czego organ antymonopolowy wszczął postępowanie w tej sprawie (sygnatura RWA-42-25/06/MZ). W związku z tym, że Hoop zgłosił fakt dokonania koncentracji, a nie jej zamiar, postępowanie to zostało umorzone decyzją z dnia 15 stycznia 2007 r., Nr RWA-1/2007, z uwagi na jego bezprzedmiotowość.

Hoop S.A. jest spółką prawa handlowego prowadzącą działalność w zakresie produkcji napojów bezalkoholowych, w tym napojów gazowanych, niegazowanych, oraz wody mineralnej i źródlanej (PKD 15.98.Z)

Bobmark International Sp. z o.o. i Maxpol Sp. z o.o. prowadzą działalność w zakresie: sprzedaży hurtowej żywności i napojów realizowanej na własny rachunek (PKD 51.3) oraz na zlecenie (PKD 51.17.Z), sprzedaży detalicznej żywności i napojów (PKD 52.2) i sprzedaży hurtowej napojów alkoholowych (PKD 51.34.A) oraz detalicznej (PKD 52.2).

Zgłoszona przez Hoop koncentracja, zgodnie z treścią umów sprzedaży udziałów z dnia 31 maja 2006 r., zawartych pomiędzy udziałowcami spółki przejmowanej, tj. Bobmark a Hoop została zrealizowana bez uzyskania uprzedniej zgody Prezesa UOKiK. W wyniku ww. umów Hoop nabył udziały w Bobmark i Maxpol. Fakt ten potwierdza odpis pełny z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego dla spółki Bobmark (KRS 0000092637) z dnia 2 listopada 2006 r., z którego wynika, że jeszcze przed zgłoszeniem koncentracji Hoop był jedynym wspólnikiem Bobmark, tj. posiadał w niej 100 % udziałów (data wpisu: 15 września 2006 r.). Z odpisu pełnego z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego dla spółki Maxpol (KRS 0000060862), wynika z kolei, że jeszcze przed zgłoszeniem koncentracji Hoop był jedynym wspólnikiem spółki Maxpol tj. posiadał w niej 100 % udziałów (data wpisu: 12 lipca 2006 r.)

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

- łączny obrót przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji - w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia zamiaru koncentracji - przekroczył wartość określoną

w art. 12 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, tj. równowartość 50.000.000 euro,

- przejęcie kontroli przez nabycie udziałów przedsiębiorcy przez jednego lub więcej przedsiębiorców - jest jednym ze sposobów koncentracji, określonych w art. 12 ust. 2 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów,

oraz nie zaistniały okoliczności wymienione w art. 13 ww. ustawy, wyłączające obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji.

Ustosunkowując się do sformułowanego przez Prezesa Urzędu zarzutu dokonania koncentracji bez uzyskania zgody Prezesa UOKiK, Hoop podniósł, iż nabycie udziałów w Bobmark (oraz w Maxpol) nie podlegało zgłoszeniu Prezesowi Urzędu, gdyż było objęte wyłączeniem, o którym mowa w art. 13 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jako koncentracja przedsiębiorców należących do tej samej grupy kapitałowej. Stosownie bowiem do przepisu art. 13 pkt 6 ww. ustawy „*nie podlega zgłoszeniu zamiar koncentracji przedsiębiorców należących do tej samej grupy kapitałowej*”. Hoop podniósł, iż jeszcze przed dniem zawarcia umów sprzedaży udziałów w spółce Bobmark (oraz w jej spółce zależnej Maxpol) sprawował kontrolę nad tymi spółkami. Hoop wskazał, iż następujące okoliczności umożliwiały mu wywieranie decydującego wpływu na Bobmark i Maxpol:

- przed dniem 31 maja 2006 r. udziałowcami Bobmark byli: Aleksandra Jutkiewicz (40% udziałów), Dariusz Wojdyga (9% udziałów) i Grzegorz Wojdyga - syn Dariusza Wojdygi - (51% udziałów); Aleksandra Jutkiewicz była w tamtym czasie oraz w momencie dokonywania zgłoszenia członkiem zarządu Bobmark,

Aleksandra Jutkiewicz jest żoną Marka Jutkiewicza posiadającego blisko 30 % pakiet akcji w kapitale Hoop; Dariusz Wojdyga posiada ok. 44 % akcji w kapitale zakładowym Hoop, Dariusz Wojdyga jest Prezesem Zarządu Hoop, a Marek Jutkiewicz Wiceprezesem Zarządu tej spółki,

- Zarówno Bobmark, jak i Maxpol prowadzą sprzedaż hurtową napojów bezalkoholowych (tj. napojów gazowanych, niegazowanych i wody mineralnej) produkowanych przez Hoop,
- w praktyce jeszcze przed dniem 31 maja 2006 r. Zarząd spółki Bobmark składał Zarządowi spółki Hoop okresowe sprawozdania z działalności Bobmark,
- adres siedziby spółki Bobmark jest i był - z wyjątkiem okresu pomiędzy grudniem 2002 r. a majem 2003 r. - tożsamy z adresem siedziby spółki Hoop - najpierw ulica Smocza 18 w Warszawie, następnie ulica Jana Olbrachta 94 w Warszawie.

Według Hoop, powyższe okoliczności świadczą o tym, że Hoop - w oparciu o możliwości członków Zarządu Hoop i jednocześnie kluczowych akcjonariuszy tej spółki (Dariusza Wojdygi i Marka Jutkiewicza) w zakresie oddziaływania na udziałowców i Zarząd Bobmark - sprawował kontrolę nad Bobmark (a pośrednio także nad Maxpol) jeszcze przed dniem nabycia udziałów w tych spółkach. Wyrazem tej kontroli był fakt, że Bobmark i Maxpol sprzedawały przede wszystkim produkty Hoop i spółka Bobmark składała Zarządowi Hoop okresowe sprawozdania ze swej działalności. W konsekwencji, zdaniem Hoop, umowy z dnia 31 maja 2006 r. nie były objęte obowiązkiem zgłoszenia zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK. Hoop podniósł, iż dla zagwarantowania bezpieczeństwa inwestorów (Hoop jest spółką publiczną), Zarząd Hoop zdecydował o przedstawieniu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów informacji o dokonaniu transakcji nabycia udziałów w spółce Bobmark oraz w spółce Maxpol.

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył, co następuje.

Zakres kontroli Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w sprawach koncentracji przedsiębiorców określa art. 12 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Artykuł ten stanowi, iż obowiązkowi zgłoszenia organowi antymonopolowemu podlega zamiar koncentracji w przypadku spełnienia przesłanek wynikających z tego artykułu, z uwzględnieniem art. 14 - 15, o ile nie zaistnieją okoliczności wymienione w art. 13 ww. ustawy. Obowiązkowi zgłoszenia organowi antymonopolowemu podlega koncentracja już na etapie zamiaru jej dokonania, tym samym jest to kontrola *ex ante*. Powyższe stanowisko organu antymonopolowego znalazło potwierdzenie w wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 15 stycznia 2003 r. sygn. akt XVII Ama 32/02, w którym m.in. stwierdzono: „*Celem wprowadzenia obowiązku zgłaszania koncentracji na etapie zamiaru, było zagwarantowanie rozwoju konkurencji i pewności obrotu, albowiem w razie wydania na podstawie art. 19 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów decyzji o zakazie dokonania koncentracji, będzie ona łatwo egzekwowalna i, co nie pozostaje bez znaczenia, nie wystąpią negatywne skutki rynkowe związane z ewentualnym unieważnieniem zawartych wcześniej umów.*” Oznacza to, że celem nałożenia na przedsiębiorców obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji jest objęcie kontrolą organu antymonopolowego zamiaru jej dokonania, ewentualne niedopuszczenie do nadmiernej koncentracji oraz do powstania negatywnych skutków na rynku. Ustawodawca nie uzależnił powstania obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji od ewentualnych skutków, jakie może spowodować na rynku realizacja zamiaru tej koncentracji. Obowiązek dokonania zgłoszenia zamiaru koncentracji ciąży więc na przedsiębiorcach niezależnie od tego, jaki skutek dla konkurencji i konsumentów wywoła planowana koncentracja.

Hoop, jak wykazano wyżej, zgłosił Prezesowi Urzędu fakt dokonanej już koncentracji, a nie jej zamiar.

Hoop stoi na stanowisku, że zamiar dokonania niniejszej koncentracji nie podlegał zgłoszeniu, gdyż miało zastosowanie wyłączenie z art. 13 pkt. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W świetle tego przepisu nie podlega zgłoszeniu zamiar koncentracji, w której uczestnikami są przedsiębiorcy należący do tej samej grupy kapitałowej.

W opinii Prezesa Urzędu, interpretacja Hoop odnośnie do definicji grupy kapitałowej w niniejszej sprawie jest chybiona. Należy bowiem wskazać, iż unormowania zawarte w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów dotyczące grupy kapitałowej są przejawem traktowania przez prawo konkurencji podmiotów wchodzących do tej samej grupy kapitałowej jako jednego organizmu gospodarczego. Cechą charakterystyczną tego organizmu jest występowanie w nim dwóch kategorii podmiotów: przedsiębiorcy dominującego oraz przedsiębiorców zależnych. Przesądza o tym treść art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, który stanowi, iż „*grupę kapitałową tworzą przedsiębiorca kontrolujący innych przedsiębiorców oraz ci wszyscy kontrolowani przezeń przedsiębiorcy*”. Przedsiębiorcy ci pozostają w stosunku zależności do przedsiębiorcy, mającego nad nimi kontrolę, który zarazem - właśnie z uwagi na posiadanie tej kontroli - ma status przedsiębiorcy dominującego w rozumieniu art. 4 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (K. Kohutek, komentarz do art. 4 ust. 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, System Informacji Prawnej Lex).

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie zawiera definicji pojęcia kontroli. Należy jednakże przyjąć, iż chodzi tu o kontrolę, o której mowa w art. 4 pkt 13 ww. ustawy. Stosowanie do powołanego artykułu pod pojęciem kontroli należy rozumieć „*wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania uprawnień, które osobno albo łącznie, przy*

uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiając wywieranie decydującego wpływu na określonego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców.” Zatem istotą kontroli jest uzyskanie możliwości wywierania decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę. Wpływ ten należy rozumieć szeroko: odnosić się powinien do wszystkich istotnych aspektów funkcjonowania przedsiębiorcy, zarówno wewnętrznych, takich jak organizacja przedsiębiorcy, jak i zewnętrznych tj. działalność przedsiębiorcy na rynku, w tym podejmowanie decyzji operacyjnych i strategicznych (E. Modzelewska-Wąchał, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów Komentarz, Twigger 2002, s. 59). Wpływ taki może wynikać z uprawnień uzyskanych przez przedsiębiorcę zarówno w drodze czynności prawnych (np. nabycie akcji) jak i faktycznych (np. rozpoczęcia wykonywania praw z akcji lub udziałów objętych lub nabytych, objęcia przez tę samą osobę funkcji członka organu zarządzającego albo organu kontrolnego u innego przedsiębiorcy). Art. 4 pkt 13 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi, iż uprawnienia takie tworzą np. prawo do całego albo do części mienia przedsiębiorcy, prawa lub umowy przyznające decydujący wpływ na skład, wynik głosowania lub decyzje organów innego przedsiębiorcy.

W świetle powyższego definiowania relacji dominacji - zależności, w opinii Prezesa UOKiK, nie sposób zgodzić się z argumentacją przedstawioną przez Hoop, że powołane spółki należały do tej samej grupy kapitałowej tylko dlatego, że spółkę Hoop jeszcze przed dniem zamknięcia transakcji przejęcia udziałów łączyły z przejętymi spółkami więzy rodzinne pomiędzy członkami organów spółek i pomiędzy wspólnikami tych spółek.

Powyższe stanowisko potwierdza dotychczasowa linia orzecznictwa Prezesa Urzędu w przedmiotowym zakresie. W tym miejscu należy wskazać na decyzję Prezesa UOKiK z dnia 19 lutego 2001 r. (Nr RKT - 03/2001) w której Prezes UOKiK orzekł, iż „(...) *stosunki dominacji i zależności nie zależą od więzów pokrewieństwa, które łączą samodzielnych przedsiębiorców. Obecnie obowiązujące ustawodawstwo nie przewiduje przy ustaleniu stosunków dominacji i zależności brania pod uwagę pokrewieństwa łączącego wspólników, tym bardziej, iż małżonkowie mogą mieć majątek odrębny.*”

Zdaniem Prezesa Urzędu, przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie stanowią o traktowaniu osób spokrewnionych jako jednej grupy kapitałowej.

W związku z tym, w ocenie Prezesa Urzędu, w sprawie będącej przedmiotem niniejszego postępowania na spółce Hoop ciążył obowiązek zgłoszenia Prezesowi Urzędu zamiaru nabycia udziałów w spółce Bobmark, z którego jednakże przedsiębiorca ten się nie wywiązał.

Odnosząc się do wniosku Hoop o zawieszenie niniejszego postępowania w oparciu o art. 97 § 1 pkt 4 k.p.a. Prezes Urzędu uznał, iż w niniejszej sprawie nie zachodzą przesłanki z art. 97 § 1 pkt 4 k.p.a. konstytuującego podstawy obligatoryjnego zawieszenia postępowania przez organ administracji publicznej. Przewidziana bowiem w art. 97 § 1 pkt 4 k.p.a. sytuacja polega na bezwzględnym uzależnieniu rozpatrzenia sprawy i wydania decyzji „*od uprzedniego rozstrzygnięcia zagadnienia wstępnego przez inny organ lub sąd*”. Zdaniem Prezesa Urzędu, w powołanej sprawie nie występuje zagadnienie wstępne, które wymaga „*uprzedniego*” rozstrzygnięcia, tzn. takiego, które musi poprzedzać rozpatrzenie sprawy i wydanie decyzji. Należy bowiem podkreślić, iż istotą zagadnienia wstępnego jest jego „*otwarty charakter*” tj. zagadnienie to nie było wcześniej prawomocnie przesądzone na właściwej drodze (B. Adamiak, J. Borkowski, Kodeks Postępowania Administracyjnego, Komentarz, C.H.Beck 2003 r., s. 429). Tymczasem Prezes UOKiK wskazał na prawomocną decyzję z dnia 19 lutego 2001 r. (Nr RKT-03/2001), w której Prezes UOKiK rozstrzygnął, iż przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie stanowią o traktowaniu osób spokrewnionych jako jednej grupy kapitałowej. Stąd też żądanie Hoop zawieszenia

niniejszego postępowania w oparciu o art. 97 § 1 pkt 4 k.p.a. nie znajduje uzasadnienia w obowiązującym stanie faktycznym.

Zgodnie z art. 101 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie, dokonał koncentracji bez uzyskania zgody Prezesa Urzędu. Kara ta ma charakter fakultatywny i o celowości jej nałożenia oraz wysokości decyduje Prezes Urzędu, mając na względzie przede wszystkim stopień zawinienia adresata decyzji oraz szkodliwość zarzucanego czynu.

Zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą Sądu Najwyższego nałożenie przez Prezesa Urzędu na przedsiębiorcę kary pieniężnej za niezgłoszenie zamiaru łączenia przedsiębiorców ma charakter uznaniowy i nie jest uzależnione od oceny skutków wpływu łączenia przedsiębiorców na konkurencję [(postanowienie SN z dnia 7 lipca 1999 r., I CKN 184/99 (OSNC 2000/2/33) oraz postanowienie SN z dnia 22 marca 2001 r. I CKN 1127/98, nie publ.)]. Brak wpływu na konkurencję ma jednak znaczenie dla wymiaru kary (wyrok SN z dnia 20 czerwca 2001 r., I CKN 1150/98, nie publ.). W takim wypadku kara winna być bliższa dolnej, a nie górnej granicy zagrożenia ustawowego, wniosek taki płynie z wyroku Sądu Antymonopolowego z dnia 4 lutego 1998 r., XVII Ama 66/97, nie publ.). Ponadto jak wskazuje w tym orzeczeniu Sąd Antymonopolowy kara pieniężna powinna być jednak na tyle dolegliwa, aby czyniła nieopłacalne ewentualne próby uchylania się w przyszłości przedsiębiorców od poddania się antymonopolowej kontroli połączeń z ich udziałem.

W piśmiennictwie antymonopolowym zwraca się uwagę, iż Prezes Urzędu nakłada karę pieniężną określoną w art. 101 ust. 1 i ust. 2 ww. ustawy w razie spełnienia wszystkich ustawowych przesłanek zawartych w tym przepisie, włącznie z przesłankami podmiotowymi, tj. w przypadku stwierdzenia, że określone w ww. przepisie naruszenie obejmowało co najmniej nieumyślność (M. Król-Bogomilska: Kary pieniężne w prawie antymonopolowym, Warszawa 2001, s. 88).

Obowiązek przestrzegania norm obowiązującego prawa stanowi podstawowy warunek prowadzenia działalności gospodarczej na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, wypływający z ustawodawstwa zwykłego - na przykład art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2004, Nr 173, poz. 1807 ze zm.) stanowi, iż *„podejmowanie i wykonywanie działalności gospodarczej jest wolne dla każdego na równych prawach, z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa”*, ale również ma umocowanie w art. 83 Konstytucji RP, stanowiącym: *„Każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej”*. Obowiązek znajomości i przestrzegania norm prawa ciąży tym bardziej na profesjonalnym uczestniku obrotu rynkowego, jakim jest niewątpliwie Spółka.

Prezes Urzędu uznał, że nałożenie na Hoop kary pieniężnej jest uzasadnione. Decydując o nałożeniu kary pieniężnej, Prezes Urzędu kierował się przede wszystkim przesłanką, iż Hoop nie wykonał obowiązku ustawowego, jaki został na niego nałożony. Spółka nie dochowała należytej staranności i nie zgłosiła określonego w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów zamiaru koncentracji w terminie. Okoliczność, iż Spółka dokonała zgłoszenia koncentracji nie może być skutecznie podnoszona dla oceny dochowania przez Spółkę należytej staranności - może mieć najwyżej znaczenie przy wazeniu wysokości kary za niewykonanie obowiązku określonego w art. 12 ust. 2 pkt 2 ustawy.

Przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych należy - zgodnie z art. 104 ustawy antymonopolowej - uwzględnić w szczególności okres, stopień oraz okoliczności uprzedniego

naruszenia przepisów ustawy. W związku z tym Prezes Urzędu ustalając w przedmiotowej sprawie wysokość kary pieniężnej wziął pod uwagę następujące okoliczności łagodzące:

- Hoop sam, z własnej inicjatywy, dokonał zgłoszenia koncentracji,
- nie istnieją rynki właściwe, na które koncentracja wywoływałaby jakikolwiek wpływ,
- było to pierwsze naruszenie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez Hoop.

Prezes Urzędu uznał zatem, iż wysokość kary pieniężnej nałożonej na Hoop ma spełniać odpowiednio funkcję represyjną i prewencyjną i nałożył na Spółkę karę w wysokości 68.000 zł (słownie: sześćdziesiąt osiem tysięcy złotych).

Przychody Hoop w roku 2006 wyniosły [tajemnica przedsiębiorstwa - pkt 1 załącznika do niniejszej decyzji]. Zatem kara maksymalna, którą Prezes Urzędu mógłby nałożyć na Hoop wynosi [tajemnica przedsiębiorstwa - pkt 2 załącznika do niniejszej decyzji].

Nałożona kara pieniężna w wysokości 68.000 zł stanowi zatem dla Hoop - ok. [tajemnica przedsiębiorstwa - pkt 3 załącznika do niniejszej decyzji] kary maksymalnej, co stanowi ok. [tajemnica przedsiębiorstwa - pkt 4 załącznika do niniejszej decyzji] przychodu Hoop i ma walor represyjny, ale przede wszystkim dyscyplinujący oraz prewencyjny, co ma na celu skłonienie Hoop do terminowego realizowania zobowiązań wobec Prezesa Urzędu wynikających z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w przyszłości. Kara ta stanowi niewielki ułamek przychodu Hoop i nie powinna wpłynąć w sposób istotny na sytuację finansową Spółki.

Wobec powyższego Prezes Urzędu orzekł, jak w sentencji.

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

Stosownie do treści art. 78 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479²⁸ § 2 k.p.c., od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w terminie dwutygodniowym od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury w Warszawie.

Otrzymują:

Pani

Dorota Łempicka

Pełnomocnik Hoop S.A. z siedzibą w Warszawie

Pani

Anna Cudna – Wagner

Pełnomocnik Hoop S.A. z siedzibą w Warszawie

M. Furtek i Wspólnicy

Kancelaria Prawnicza Sp. j.

ul. Królewska 16

00-103 Warszawa