

DELEGATURA UOKIK W KATOWICACH

Katowice, 04.09.2007r.

RKT-421-06/07/MK

DECYZJA nr RKT-36/2007

Na podstawie art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz.U. z 2000r. Nr 98, poz. 1071 ze zmian.), w związku z art. 13 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zmian. Dz.U. Nr 99, poz. 660) i stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy oraz § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 17 lipca 2007r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. Nr 134, poz. 939),

-w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów,

umarza się postępowanie antymonopolowe wszczęte na wniosek BBI Capital Narodowy Fundusz Inwestycyjny SA w Warszawie w sprawie koncentracji polegającej na przejęciu przez BBI Capital Narodowy Fundusz Inwestycyjny SA w Warszawie, pośredniej kontroli nad Zakładami Urządzeń Komputerowych ELZAB SA w Zabrze **jako bezprzedmiotowe**.

Uzasadnienie

W dniu 28.06.2007r. BBI Capital Narodowy Fundusz Inwestycyjny SA w Warszawie (zwany dalej BBI), dokonał Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwany dalej organem antymonopolowym) zgłoszenia zamiaru dokonania koncentracji o jakiej mowa w art. 13 ust. 2 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegającej na przejęciu przez tego przedsiębiorcę pośredniej kontroli nad Zakładami Urządzeń Komputerowych ELZAB SA w Zabrze (zwane dalej ELZAB SA).

Z uwagi na spełnienie przez BBI przesłanek wynikających z art.13 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, organ antymonopolowy postanowieniem z dnia 16.07.2007r. poinformował BBI o wszczęciu postępowania w sprawie tej koncentracji oraz wezwał do uzupełnienia braków w zgłoszeniu zamiaru, wynikających z rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 3 kwietnia 2002r. w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji przedsiębiorców (Dz.U. Nr 37, poz. 334).

Z dokonanego w dniu 28.06.2007r. zgłoszenia zamiaru koncentracji, wynikało, iż BBI dokonał przedmiotowego zgłoszenia jedynie z ostrożności. Przedmiotowa koncentracja ma polegać na nabyciu przez BBI od MWCR SpA we Włoszech w likwidacji, 100% udziałów w spółkach Relpol 1 Sp. z o.o. w Żarach, Relpol 2 Sp. z o.o. w Żarach i Relpol 5 Sp. z o.o. w Żarach (zwane dalej spółkami „Relpol”). Spółki „Relpol” posiadają obecnie akcje ELZAB SA dające ok. 23,8% głosów na walnym zgromadzeniu akcjonariuszy tego przedsiębiorcy. Natomiast ok. 37,56% głosów na walnym zgromadzeniu akcjonariuszy ELZAB SA posiada obecnie MWZR SpA we Włoszech, która to spółka przed zbyciem udziałów w spółkach „Relpol”, przeniesie w ramach swojej grupy kapitałowej, wszystkie posiadane akcje w

ELZAB SA tj. 51,11% (dających 37,56% głosów na WZA) na Relpol 5 Sp. z o.o. W wyniku powyższych działań spółki „Relpol” będą posiadać łącznie akcje uprawniające do ok. 61,4% głosów na walnym zgromadzeniu akcjonariuszy tej spółki. Następnie BBI odkupi od MWCR SpA, 100% udziałów w spółkach „Relpol”. Na skutek tych działań BBI będzie posiadać za pośrednictwem spółek „Relpol” akcje dające prawo do łącznie około 61,4% głosów na walnym zgromadzeniu akcjonariuszy ELZAB SA.

Jak wynika z dokonanego zgłoszenia, jedyny udziałowiec spółek „Relpol” tj. MWCR SpA we Włoszech, został postawiony w dniu 6 września 2006r. w stan „dobrowolnej likwidacji” (karty od nr 444 do nr 465). W tym samym dniu Nadzwyczajne Zgromadzenie wspólników ustanowiło likwidatora (syndyka masy upadłości) i obecnie prowadzone jest postępowanie układowe z wierzycielami. Dlatego też zdaniem BBI postępowanie prowadzone według prawa włoskiego w stosunku do MWCR SpA w likwidacji, jest postępowaniem tożsamym do opisanego w polskiej ustawie z dnia 28.02.2003r. Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz.U. Nr 60, poz. 535), postępowaniu upadłościowemu z tzw. „opcją układową”. Stąd też zdaniem BBI biorąc również pod uwagę, że zarówno ten przedsiębiorca ani też żaden z przedsiębiorców należących do jego grupy kapitałowej nie jest konkurentem ELZAB SA, zgłoszenie zamiaru tej koncentracji, podlega zgodnie z art. 14 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, wyłączeniu z obowiązku jej zgłoszenia organowi antymonopolowemu.

Organ antymonopolowy ustalił i zważył co następuje

Zamiar koncentracji o jakiej mowa w art. 13 ust. 2 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegający na przejęciu przez przedsiębiorcę pośredniej kontroli nad innym przedsiębiorcą, podlega zgłoszeniu w przypadku spełnienia przesłanek o jakich mowa w art. 13 ust. 1 pkt 1 lub pkt 2 ww. ustawy, oraz w przypadku nie wyłączenia tej koncentracji z obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji na podstawie przepisów art.14 tej ustawy.

Nabycie przez BBI od MWCR SpA w likwidacji, 100% udziałów w spółkach „Relpol” dysponujących łącznie ok. 61,4% głosów na walnym zgromadzeniu akcjonariuszy spółki ELZAB SA, spowoduje w istocie przejęcie przez BBI, pośredniej kontroli nad tym przedsiębiorcą, co jest koncentracją o jakiej mowa w art.13 ust. 2 pkt 2 tej ustawy. Pozostały pakiet akcji ELZAB SA będzie nadal rozproszony (akcje tej spółki są również notowane na Giełdzie Papierów Wartościowych w Warszawie SA).

Jak wynika ze zgłoszenia, łączny obrót grupy kapitałowej do której należy BBI wyniósł na terenie Rzeczypospolitej Polskiej w roku obrotowym 2006r. ok. (...) mln euro (karta nr 16). Natomiast obrót grupy kapitałowej do której należy ELZAB SA, na terenie Rzeczypospolitej Polskiej wyniósł ok. (...) mln euro (karta nr 468). Z powyższego wynika, iż łączny obrót uczestników tej koncentracji, wyniósł na terenie RP ok. (...) mln euro. Tym samym został spełniony warunek o jakim mowa w art. 13 ust. 1 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Ponadto z uwagi na to, iż obrót grupy kapitałowej, do której należy ELZAB SA wyniósł w 2006r. na terytorium RP ponad 10 mln. euro, zamiar tej koncentracji nie podlega wyłączeniu z obowiązku dokonania zgłoszenia, na podstawie art. 14 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Jednakże z uwagi na to, iż zdaniem zgłaszającego, zamiar tej koncentracji podlega wyłączeniu z obowiązku zgłoszenia na podstawie art. 14 pkt 4 tej ustawy, gdyż koncentracja ta następuje w toku postępowania upadłościowego, organ antymonopolowy postanowił ustalić czy powyższy przepis znajduje w tej sprawie zastosowanie.

Zgodnie z art. 14 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, nie podlega zgłoszeniu zamiar koncentracji następującej w toku postępowania upadłościowego, z wyłączeniem przypadków, gdy zamierzający przejąć kontrolę jest konkurentem albo należy do grupy kapitałowej, do której należą konkurenci przedsiębiorcy przejmowanego.

Jak wynika z przekazanych w tym zgłoszeniu informacji, przedsiębiorca posiadający pośrednią kontrolę nad ELZAB SA tj. MWCR SpA we Włoszech jest w stanie likwidacji. Obecnie w stosunku do niego jest prowadzona zgodnie z prawem włoskim, dobrowolna likwidacja i porozumienie układowe, które to postępowanie objęte jest nadzorem Komisarza Sądowego. Tym samym procedury te odpowiadają swoim charakterem postępowaniu upadłościowemu z możliwością zawarcia układu, opisanemu w polskiej ustawie Prawo upadłościowe i naprawcze.

Przytoczone powyżej brzmienie art. 14 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, reguluje jedynie, iż nie podlega zgłoszeniu zamiar koncentracji następującej w toku postępowania upadłościowego. Art. 14 pkt 4 ww. ustawy, nie stanowi natomiast, iż przepis ten znajduje zastosowanie jedynie w toku postępowania upadłościowego prowadzonego zgodnie w przepisami obowiązującymi na terenie RP w zakresie prawa upadłościowego. Wobec powyższego należy w niniejszej sprawie rozstrzygnąć czy również zamiar koncentracji następującej w toku postępowania upadłościowego prowadzonego na podstawie prawa upadłościowego innego państwa, może podlegać wyłączeniu z obowiązku zgłoszenia organowi antymonopolowemu na podstawie art. 14 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Przede wszystkim należy wskazać, iż założeniami ustawy o ochronie konkurencji konsumentów z dnia 16 lutego 2007r. w porównaniu do poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. było ograniczenie obowiązku liczby stanów faktycznych, które traktuje się jako koncentracje i które podlegają obowiązkowi zgłoszenia Prezesowi UOKiK. Dopiero poprzez pryzmat celów towarzyszących nowelizacji prawa antymonopolowego jak również usytuowania zapisu w ustawie, można prawidłowo odcyfrować zakres stosowania m.in. art. 14 pkt 4 tej ustawy. Postępowanie upadłościowe w polskim porządku prawnym uregulowane jest wyłącznie w ustawie Prawo upadłościowe i naprawcze. Natomiast ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie odsyła w żaden sposób do tej regulacji, co w braku innych regulacji dotyczących upadłości wydaje się działaniem prawidłowym. Niemniej jednak do wywiedzenia wniosku, iż celem ustawodawcy poprzez taką redakcję przepisu, było objęcie zawartą w tym przepisie normą wszystkich podmiotów, bez względu na porządek prawny jakiemu podlegają i bez względu na różnice między tymi porządkami, znajdujących się w trakcie postępowania upadłościowego, analiza językowa przepisu jest niewystarczająca. Należy mianowicie wziąć pod uwagę, iż zgodnie z art. 1 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ustawa ta znajduje zastosowanie m.in. dla koncentracji, które wywołują lub mogą wywoływać skutki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Dlatego też należy wysnuć wniosek, iż art. 14 pkt 4 znajduje zastosowanie dla wszystkich koncentracji następujących w toku postępowania upadłościowego, a nie tylko do tych prowadzonych na podstawie polskich przepisów o upadłości, jeżeli tylko skutki tych koncentracji dotyczą przedsiębiorcy uczestniczącego w koncentracji, posiadającego siedzibę na terytorium RP.

Skutkiem powyższego należy przyjąć, iż wszystkie koncentracje z udziałem przedsiębiorców będących w toku postępowania upadłościowego (także tych dokonywanych na podstawie przepisów o upadłości obowiązujących w innych państwach), podlegają wyłączeniu z obowiązku zgłoszenia, o ile skutki tej koncentracji dotyczą przedsiębiorcy posiadającego siedzibę na terenie RP. Skutkiem natomiast wyłączenia z obowiązku zgłoszenia zamiaru takiej koncentracji powinno być obligatoryjne umorzenie tego postępowania jako bezprzedmiotowego, o ile przejmujący kontrolę nie jest konkurentem albo nie należy do grupy kapitałowej, do której należą konkurenci przedsiębiorcy przejmowanego.

Wobec powyższego zdaniem organu antymonopolowego, również w przypadku gdy koncentracja następuje w toku postępowania upadłościowego prowadzonego zgodnie z prawem włoskim, przedsiębiorca może skorzystać z wyłączenia obowiązku dokonania zgłoszenia zamiaru koncentracji, o ile koncentracja ta wywołuje lub może wywołać skutki na terenie RP, a przejmujący kontrolę nie jest konkurentem i nie należy do grupy kapitałowej do której należą konkurenci przedsiębiorcy przejmowanego.

Oznacza to, iż z uwagi na to, że zgłoszona koncentracja następuje w toku postępowania upadłościowego, zgodnie z art. 14 pkt 4 tej ustawy, zamiar tej koncentracji nie podlega obowiązkowi zgłoszenia Prezesowi UOKiK, o ile BBI nie jest konkurentem i nie należy do grupy kapitałowej do której należą konkurenci ELZAB SA .

Jak wynika z przekazanych w trakcie tego postępowania informacji, zamierzający przejąć kontrolę nad ELZAB SA, tj. BBI, nie jest konkurentem tego przedsiębiorcy. Również do grupy kapitałowej do której należy BBI, nie należy przedsiębiorca będący konkurentem ELZAB SA.

Z przekazanych w zgłoszeniu informacji i dokumentów wynika, iż przedmiotem działalności „ELZAB” SA jest przede wszystkim produkcja i sprzedaż kas i drukarek fiskalnych, urządzeń wspomagających oraz sprzedaż produkcji własnej i materiałów eksploatacyjnych (karta nr 469).

Pozostali przedsiębiorcy należący do grupy kapitałowej „ELZAB” SA działają na rynku produktowym: produkcji i sprzedaży wag handlowych i samochodowych oraz sprzedaży oprogramowania do urządzeń produkcji tego przedsiębiorcy (karta nr 469).

Drugi uczestnik tej koncentracji tj. BBI prowadzi natomiast działalność na następujących rynkach produktowych (karta nr 6):

- nabywanie papierów wartościowych emitowanych przez Skarb Państwa,
- nabywanie bądź obejmowanie udziałów lub akcji podmiotów zarejestrowanych, działających w Polsce,
- nabywanie innych papierów wartościowych emitowanych przez inne podmioty,
- wykonywanie praw z akcji, udziałów i innych papierów wartościowych,
- rozporządzanie nabytymi akcjami, udziałami i innymi papierami wartościowymi,
- udzielanie pożyczek spółkom, innym podmiotom zarejestrowanym, działającym w Polsce,
- zaciąganie pożyczek i kredytów dla celów funduszu,
- inna działalność inwestycyjna.

Natomiast przedsiębiorcy należący do grupy kapitałowej BBI prowadzą głównie działalność w zakresie realizacji i prowadzenia projektów inwestycyjnych w formie inwestycji własnych, a także nabywania akcji i udziałów innych przedsiębiorców.

Część spośród przedsiębiorców należących do grupy kapitałowej BBI, prowadzi działalność produkcyjną lub handlową na następujących rynkach produktowych (karty nr 25 i 26):

- produkcji arkuszy fornirowych, płyt drewnopodobnych i sklejek,
- remontów silników samochodowych,
- dostarczania usług telekomunikacyjnych,
- planowania strategii i kampanii reklamowych,
- badania rynku i opinii publicznej,
- doradztwa gospodarczego.

Wynika z powyższego, iż ani BBI ani przedsiębiorcy należący do grupy kapitałowej tego przedsiębiorcy nie prowadzą działalności na tych samych rynkach produktowych co ELZAB SA czy też przedsiębiorcy od niego zależni.

Wobec powyższego należy uznać, iż zamiar tej koncentracji jest dokonywany w toku postępowania upadłościowego, a BBI czyli przedsiębiorca zamierzający przejąć kontrolę nad ELZAB SA nie jest konkurentem, ani też nie należy do grupy kapitałowej, do której należą konkurenci przedsiębiorcy przejmowanego.

Tym samym zamiar tej koncentracji, podlega na podstawie art. 14 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, wyłączeniu z obowiązku jej zgłoszenia Prezesowi UOKiK. Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, niniejsze postępowanie w sprawie tej koncentracji należy uznać za bezprzedmiotowe.

Stosownie do art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w sprawach w niej nieuregulowanych do postępowania przed Prezesem Urzędu stosuje się przepisy kodeksu postępowania administracyjnego. Zgodnie z art. 105 § 1 k.p.a., gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe, organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania. Bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego, o której stanowi powyższy przepis, oznacza, że brak jest któregoś z elementów materialnego stosunku prawnego, a wobec tego nie można wydać decyzji załatwiającej sprawę przez jej rozstrzygnięcie co do istoty. Przesłanka do umorzenia postępowania może istnieć jeszcze przed wszczęciem postępowania, co zostanie ujawnione dopiero w toczącym się postępowaniu, a może ona powstać także w czasie trwania postępowania, a więc w sprawie już zawisłej przed organem administracyjnym (B. Adamiak, J. Borkowski, „*Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*” Wydanie 5, Wyd. C.H.Beck. Warszawa 2003, s. 470). Tak więc konsekwencją uznania przez organ antymonopolowy bezprzedmiotowości postępowania jest jego obligatoryjne umorzenie na podstawie art. 105 § 1 k.p.a.

Stąd też organ antymonopolowy orzekł jak w sentencji niniejszej decyzji.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów, w związku z, 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 Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Katowicach.

DYREKTOR DELEGATURY
Urzędu Ochrony Konkurencji
i Konsumentów w Katowicach

ALICJA KRAL