



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

RGD-421-3/05/MLM

Gdańsk, dnia 2 maja 2005r.

DECYZJA NR RGD.26/2005

Na podstawie art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2000r. nr 98, poz. 1071 ze zmianami) w związku z art. 12 oraz art. 80 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2003 Nr 86, poz. 804 ze zmianami) oraz stosownie do art. 28 ust. 6 tej ustawy i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. Nr 18 poz. 172 ze zmianami) - w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – umarza się postępowanie antymonopolowe w sprawie koncentracji polegającej na zamiarze przejęcia przez Spółkę N T S.A. w W kontroli nad Spółką P I S.A. w G, jako bezprzedmiotowe.

UZASADNIENIE

Do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, wpłynęło zgłoszenie koncentracji polegającej na zamiarze przejęcia przez Spółkę N T S.A. w W, w trybie art. 12 ust. 2 pkt. 2 ustawy antymonopolowej, kontroli nad Spółką P I S.A. w G.

Postępowanie w przedmiotowej sprawie zostało wszczęte z dniem 22 lutego 2005r.

Przedmiotem koncentracji jest przejęcie przez Spółkę N T (aktywny uczestnik koncentracji) kontroli nad Spółką P I poprzez nabycie% akcji tego przedsiębiorcy od Spółki C I S (zbywca akcji).

Jak wynika z uzasadnienia wniosku celem koncentracji jest

ORGAN ANTYMONOPOLOWY USTALIŁ I ZWAŻYŁ CO NASTĘPUJE:

Spółka P I wchodziła w skład grupy kapitałowej P S w W, która w dniu ... grudnia 2004r. zbyła posiadane akcje Spółki P I na rzecz Spółki C I S w W.

C I S jest instytucją finansową, prowadzącą działalność maklerską, w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 21 sierpnia 1997r. o publicznym obrocie papierami warto-

**80-824 GDAŃSK, UL. PODWALE PRZEDMIEJSKIE 30
TEL./FAX (058) 346-29-32, 346-29-33, 301-51-75**

E-MAIL: GDANSK@UOKIK.GOV.PL

ściowymi (Dz.U. z 2002r. Nr 49, poz. 447), w szczególności w zakresie nabywania lub zbywania na własny rachunek instrumentów finansowych.

Ponieważ przedmiotowe akcje zostały nabyte przez instytucję finansową, z zamiarem ich dalszej odsprzedaży przed upływem roku od dnia nabycia, to - zgodnie z art. 13 pkt 3 - koncentracja ta nie podlegała notyfikacji przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Następnie jeszcze tego samego dnia tj.: w dniu ... grudnia 2004r., a więc przed upływem roku, Spółka C I S zawarła ze Spółką N T S.A. umowę sprzedaży akcji oraz przejęcia długu, w której znalazły się m.in. następujące postanowienia:

„Zważywszy, że:

A.

B. Sprzedawca nie jest wpisany do księgi akcyjnej prowadzonej przez Spółkę

C. ...

D. Sprzedawca jest instytucją finansową – podmiotem prowadzącym działalność maklerską, w szczególności w zakresie nabywania lub zbywania na własny rachunek instrumentów finansowych,

E. Kupujący (...) zamierza nabyć Akcje Spółki posiadane przez sprzedawcę, a Sprzedawca zamierza sprzedać Kupującemu Akcje, na zasadach określonych w umowie.”

Jednocześnie w art. ... umowy sprzedawca przeniósł na kupującego zobowiązanie do zapłaty ceny za na rzecz P S.

W umowie zastrzeżono również, że przeniesienie własności akcji nastąpi „po uzyskaniu zgody Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) na dokonanie koncentracji w drodze nabycia Akcji” – art. 1 pkt 1.2. umowy.

Przepis art. 12 ustawy antymonopolowej określa, że zamiar koncentracji podlega zgłoszeniu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, jeżeli łączny obrót przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekracza równowartość 50.000.000 euro. Zgodnie z art. 15 ustawy antymonopolowej „*obrót, o którym mowa w art. 12 ust. 1 i 2 i art. 13 pkt 1, obejmuje zarówno obrót przedsiębiorców bezpośrednio uczestniczących w koncentracji jak i pozostałych przedsiębiorców należących do grup kapitałowych, do których należą przedsiębiorcy bezpośrednio uczestniczący w koncentracji*”. Z kolei przez grupę kapitałową rozumie się „*wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę*” – art. 4 ust. 14 ustawy o ochronie konkurencji [...].

W okolicznościach faktycznych sprawy uznać należy, iż z dniem .. grudnia 2004r., po sprzedaży akcji na rzecz C I S, Spółka P I została wyłączona z grupy kapitałowej P S, z tych też powodów przychody tej grupy kapitałowej nie mogą być uwzględnione przy obliczaniu wielkości obrotów uczestników zgłoszonej koncentracji.

W związku z tym podstawowe znaczenie ma rozstrzygnięcie kwestii:

jeżeli Spółka C I S nabyła przedmiotowe akcje pod warunkiem, że:

- ✓ nie wykonuje praw z tych akcji z wyjątkiem prawa do dywidendy,
- lub
- ✓ wykonuje te prawa wyłącznie w celu przygotowania odsprzedaży całości lub części tych akcji,

to czy w tych okolicznościach istnieje wystarczająca podstawa do uznania, że Spółka C I S pełni wobec Spółki P I rolę przedsiębiorcy dominującego, w rozumieniu zapisu art. 4 ust 3 ustawy o ochronie konkurencji [...]?

Zgodnie z tym przepisem za dominującego uznaje się przedsiębiorcę w przypadku, gdy:

- a) *„dysponuje bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników lub na walnym zgromadzeniu także jako zastawnik albo użytkownik, bądź w zarządzie innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub*
- b) *jest uprawniony do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub*
- c) *członkowie jednego zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego) lub*
- d) *dysponuje bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub*
- e) *wywiera decydujący wpływ na działalność innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), w szczególności na podstawie umowy przewidującej zarządzanie innym przedsiębiorcą (przedsiębiorcą zależnym) lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę”.*

Informacje i dowody uzyskane w trakcie prowadzonego postępowania nie wskazują aby we wzajemnych relacjach między C I S i P I którakolwiek z wymienionych wyżej przesłanek wystąpiła i została spełniona.

Wprawdzie C I S stała się właścicielem większościowego pakietu akcji P I, jednak podjęte zobowiązanie do powstrzymania się od wykonywania praw z tych akcji nie uzasadnia twierdzenia, że C I S dysponuje bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na walnym zgromadzeniu akcjonariuszy P I lub, że w jakikolwiek inny sposób sprawuje ona kontrolę nad tym przedsiębiorcą. Wykonywanie praw jedynie w celu odsprzedaży posiadanych akcji nie przekracza prawa do dysponowania akcjami, w tym zakresie i nie narusza zasad, czy warunków wyłączenia określonego art. 13 ustawy antymonopolowej. Dopiero zamiar rozpoczęcia wykonywania praw z tych akcji w zakresie szerszym niż niezbędny do przygotowania akcji do odsprzedaży wymaga uzyskania zgody Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, jednak taka sytuacja nie ma miejsca w przypadku przedmiotowej koncentracji¹.

Ponadto, na co wskazuje się w literaturze przedmiotu, przy określaniu relacji dominacji – zależności *„należy brać pod uwagę liczbę głosów ważnych, możliwych do oddania. Tym samym wyłączyć należy te akcje lub udziały, które są przedmiotem zastawu lub bez prawa głosu oraz te, z których wykonywanie prawa głosu przez spółkę dominującą zostało zawieszane w przypadkach określonych przepisami k.s.h., np. niezawiadomienia spółki zależnej o powstaniu stosunku dominacji (art. 6 § 1 k.s.h.)”².*

Zgodnie z art. 6 § 1 k.s.h. *„Spółka dominująca ma obowiązek zawiadomić spółkę kapitałową zależną o powstaniu stosunku dominacji w terminie dwóch tygodni od dnia*

¹ Por. Wyjaśnienia Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w zakresie kryteriów zgłoszenia zamiaru koncentracji. W-wa 2003, s. 14.

² E. Modzelewska-Wąchal. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Wyd. TWIGGER, W-wa 2002r., s.40.

powstania tego stosunku, pod rygorem zawieszenia wykonywania prawa głosu z akcji albo udziałów spółki dominującej reprezentujących więcej niż 33% kapitału spółki zależnej". W przypadku brak stosowanego zawiadomienia „naruszenie zakazu powstrzymania się od wykonywania prawa głosu z akcji w zakresie przewidzianym w art. 6 § 1 k.s.h. powoduje w zasadzie nieważność uchwały, w której uczestniczył podmiot naruszający(...)Głosy oddane z naruszeniem § 1, a więc głosy z akcji reprezentujących więcej niż 33% kapitału zakładowego spółki zależnej, są nieważne”³

W przypadku spółki akcyjnej jaką jest P I jej Zarząd zobowiązany jest prowadzić księgę akcyjną, do której wpisuje się dane akcjonariuszy (art. 341 k.s.h). Wpisy do księgi akcyjnej „nie mają ani charakteru konstytucyjnego, ani sanującego, lecz ich dokonanie stanowi niezbędny warunek wykonywania uprawnień udziałowych wobec Spółki⁴ bowiem zgodnie z art. 343 k.s.h. „Wobec spółki uważa się za akcjonariusza tylko tę osobę, która jest wpisana do księgi akcyjnej, lub posiada akcje na okaziciela, z uwzględnieniem przepisów o publicznym obrocie papierami wartościowymi”. Jak wynika z zebranego w sprawie materiału Spółka C I nie została wpisana do księgi akcyjnej Spółki P I

W przedmiotowej sprawie, po nabyciu akcji imiennych spółki P I, Spółka CA IB S stała się ich wyłącznym właścicielem. Nabywca nie został jednak wpisany do księgi akcyjnej przedsiębiorcy nabywanego, co z kolei uzasadnia twierdzenie, że Spółka C I S nie spełnia warunków art. 343 k.s.h., pozwalających na uznanie jej za akcjonariusza, uprawnionego do wykonywania praw z posiadanych akcji i mogącego, jako przedsiębiorca dominujący, wywierać decydujący wpływ na działalność przedsiębiorcy zależnego.

Mając na uwadze wskazane wyżej okoliczności organ antymonopolowy uznał, że Spółka PR I nie jest przedsiębiorcą zależnym Spółki C I S i nie wchodzi w skład grupy kapitałowej, członkiem której jest Spółka C I S. Przesądza to o braku możliwości uwzględnienia obrotów tej grupy przy określaniu łącznej wielkości obrotów uczestników koncentracji.

W przedmiotowej sprawie zarówno Spółkę PI jak i przedsiębiorców od niej zależnych należy traktować jako odrębną, niezależną grupę kapitałową.

Zamiar koncentracji podlega zgłoszeniu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, jeżeli łączny obrót przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji, jak i pozostałych przedsiębiorców należących do grup kapitałowych, do których należą przedsiębiorcy bezpośrednio uczestniczący w koncentracji, w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekracza równowartość 50.000.000 euro. Wartość euro, o której mowa w przepisach ustawy antymonopolowej, zgodnie z art. 115 tej ustawy, podlega przeliczeniu na złote według kursu średniego walut obcych ogłoszonego przez Narodowy Bank Polski w ostatnim dniu roku kalendarzowego poprzedzającego rok zgłoszenia zamiaru koncentracji. W tabeli 256 A z dnia 31 grudnia 2004r., średni kurs euro wyniósł 4,079 zł.

Spółka P I posiada udziały/akcje następujących przedsiębiorców tj.:

1. S Sp. z o.o., w której P I posiada% udziałów,
2. The P G, -% akcji,
3. E S.A. –%,
4. S C Sp. z o.o. – % udziałów,
5. I W Sp. z o.o. –% udziałów,
6. A.n S.A. – udziałów.

³ S.Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, Kodeks spółek handlowych. Komentarz do art. 1-150, Tom I. Wyd. C.H. BECK. W-wa 2001r., s. 80

⁴ S.Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, Kodeks spółek handlowych. Komentarz do art. 301-458, Tom III. Wyd. C.H. BECK. W-wa 2001r., s. 312

Wprawdzie Spółka nie posiada jeszcze skonsolidowanego raportu finansowego za rok 2004 (raport taki nie został jeszcze sporządzony). Jednak, zgodnie z danymi przekazanymi we wniosku WID, prognozowany obrót grupy kapitałowej P I wyniósłzł, co w przeliczeniu, zgodnie z art. 115 ustawy antymonopolowej, stanowi ok. euro.

Przedsiębiorcą zależnym w stosunku do Spółki Spółka N T S.A. (aktywny uczestnik koncentracji) jest Spółka N C S.A., świadcząca usługi w zakresie wynajmu pomieszczeń. Przychody tej spółki w latach 2003 i 2004 wyniosły odpowiedni:tys. zł i tys. zł. Zaś prognozowany obrót całej grupy kapitałowej N T wyniósł tys. zł. Co stanowi odpowiednio euro.

Łączny (prognozowany) obrót przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji, w roku poprzedzającym rok dokonania zgłoszenia tj.: w 2004r., wyniósł euro. Był więc znacznie niższy niż wartość progowa, określona w art. 12 ustawy antymonopolowej, warunkująca konieczność dokonania zgłoszenia koncentracji, Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Z tych też powodów uznać należy, że stan faktyczny sprawy wskazuje na bezprzedmiotowość postępowania. Dział V ustawy o ochronie [...] regulujący tryb postępowania przed Prezesem Urzędu nie normuje wprawdzie sytuacji gdy postępowanie staje się bezprzedmiotowe, jednak zgodnie z brzmieniem art. 80 ustawy, w sprawach nieuregulowanych, do postępowań przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zastosowanie mają przepisy kodeksu postępowania administracyjnego. Art. 105 § 1 k.p.a. zakłada, że jeżeli z jakichkolwiek przyczyn postępowanie stało się bezprzedmiotowe organ administracji publicznej umarza prowadzone postępowanie.

Przesłanką umorzenia jest „bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego z jakichkolwiek przyczyn”, czyli z każdej przyczyny powodującej brak jednego z elementów materialnego stosunku prawnego w odniesieniu do jego strony podmiotowej lub przedmiotowej. Zgodnie z orzeczeniem Naczelnego Sądu Administracyjnego (wyrok NSA z dnia 18 kwietnia 1995r., SA/Łd 2424/94 ONSA 1996/2/80), z bezprzedmiotowością postępowania mamy do czynienia wówczas, gdy w sposób oczywisty organ stwierdzi brak podstaw prawnych i faktycznych do merytorycznego rozpatrzenia sprawy.

W przedmiotowej sprawie bezprzedmiotowość postępowania wynika z przepisu art. 12 ust. 1 ustawy o ochronie [...]. Planowana koncentracja nie podlega obowiązkowi jej zgłoszenia Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, bowiem nie spełnia ona podstawowej przesłanki rodzącej obowiązek zgłoszenia, związanej z wielkością obrotów jej uczestników.

Skoro obrót uczestników koncentracji, w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia, liczony zgodnie z dyspozycją art. 15 ustawy antymonopolowej i przeliczany, w trybie art. 115, nie przekracza wartości 50.000.000 euro, przedsiębiorca nie jest tym samym zobligowany do poddania planowanego przedsięwzięcia pod ocenę organu antymonopolowego.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

Stosownie do treści art. 78 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2003r. Nr 86, poz. 804 ze zmianami) 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 Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Gdańsku.

OTRZYMUJE:

z upoważnienia Prezesa Urzędu
Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Roman Jarząbek
Dyrektor Delegatury w Gdańsku