

## DELEGATURA UOKIK W KATOWICACH

Katowice, 24.09.2008r.

RKT-421-03/08/MK

### DECYZJA nr RKT-56/2008

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. 83 oraz 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, Dz.U. Nr 171, poz. 1206) 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 Exorigo Sp. z o.o. w Warszawie w sprawie koncentracji polegającej na przejęciu przez Exorigo Sp. z o.o. w Warszawie kontroli nad Zakładami Urządzeń Komputerowych „ELZAB” SA w Zabrze **jako bezprzedmiotowe.**

#### Uzasadnienie

W dniu 16.07.2008r. Exorigo Sp. z o.o. w Warszawie (zwana dalej – Exorigo), dokonała 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).

Z uwagi na wskazanie przez Exorigo w zgłoszeniu zamiaru tej koncentracji spełnienia przesłanek wynikających z art. 13 ust. 1 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz, iż zamiar tej koncentracji nie podlega wyłączeniu z obowiązku jej zgłoszenia na podstawie art. 14 ust. 1 tej ustawy, organ antymonopolowy postanowieniem z dnia 17.07.2008r. wszczął postępowanie w sprawie tej koncentracji oraz wezwał do uzupełnienia braków w zgłoszeniu, wynikających z rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 3 kwietnia 2002r. w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji przedsiębiorców (Dz.U. Nr 37, poz. 334).

#### **Organ antymonopolowy ustalił co następuje**

Przedmiotem działalności Exorigo jest świadczenie usług IT dla sieci detalicznych takich jak Empik, Żabka, Carrefour, Castorama, Ruch, obejmujących dostawy sprzętu, oprogramowanie i świadczenie usług wg. PKD o symbolu 62.0.

Obecnie większość udziałów tego przedsiębiorcy tj. ok. 91% posiadają dwie osoby fizyczne. Pozostałe udziały posiadają inni udziałowcy. Osoby te posiadają również większość głosów w UPOS System Sp. z o.o. w Knurowie (spółce siostrzanej do Exorigo), która produkuje drukarki fiskalne, oprogramowanie oraz świadczy usługi.

Exorigo posiada obecnie jedną spółkę zależną tj. Exorigo Ukraina. Natomiast w chwili dokonania zgłoszenia zamiaru tej koncentracji posiadała inną spółkę zależną tj. Exorigo France.

Natomiast przedmiotem działalności drugiego uczestnika jest koncentracji tj. ELZAB jest przede wszystkim produkcja komputerów i innych urządzeń do przetwarzania informacji, konserwacja i naprawa maszyn biurowych, księgujących i liczących, działalność w zakresie oprogramowania oraz pozostała działalność. Faktycznie jednak przedmiotem działalności ELZAB jest produkcja kas fiskalnych, produkcja drukarek fiskalnych, produkcja urządzeń do taksówek w postaci dwóch kas fiskalnych podłączonych do taksometru, urządzenia zintegrowanego dla taksówek będącego połączeniem kasy z taksometrem, produkcja sprzętu muzycznego pod marką GLAB, produkcja weryfikatorów cen oraz wag.

Przedsiębiorca ten posiada następujących przedsiębiorców zależnych :

- GENEZA SYSTEM SA w Tarnowskich Górach – dystrybuująca produkty ELZAB,
- MEDESA Sp. z o.o. w Warszawie – działająca na rynku wag handlowych, pomostowych oraz komercyjnych, udział tego przedsiębiorcy na rynku w ocenie zgłaszającego nie jest istotny,
- MICRA METRIPOND KFT na Węgrzech – produkująca wagi kalkulacyjne, metkujące, elektroniczne i urządzenia do krojenia wędlin,
- ELZAB SOFT Sp. z o.o. w Zabrzu – świadczy usługi informatyczne,
- ORHMET Sp. z o.o. w Warszawie – produkująca drukarkę fiskalną przeznaczoną do rejestrowania automatycznej sprzedaży paliw na stacjach bezobsługowych.

Przyczyną przeprowadzenia transakcji jest chęć realizacji przez Jonitaco Holdings Limited z siedzibą na Cyprze (zwany dalej Jonitaco), UPOS, Exorigo oraz ELZAB wspólnej i spójnej strategii oferowania rozwiązań sprzętowych i systemowych dla handlu detalicznego, operującego zarówno w dużych jak i mniejszych sklepach, gdyż obecnie oferta Exorigo oraz UPOS skierowana jest do dużych i średnich sieci handlowych, podczas gdy odbiorcami ELZAB są mniejsze placówki handlowe.

Z opisu zamierzonej koncentracji wynika, iż Exorigo zamierza przejąć pośrednią kontrolę nad ELZAB przez (...), co jest przedmiotem niniejszego postępowania. Jednakże jak wynika z tego zgłoszenia koncentracja ta ma charakter złożony oraz wieloetapowy. W końcowym etapie Jonitaco, która będzie wtedy kontrolować Exorigo, uzyska (...) akcji w ELZAB. Ponieważ jednak zdaniem Exorigo operacja ta będzie dokonana w ramach jednej grupy kapitałowej, to zgodnie z art. 14 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie podlega obowiązkowi zgłoszenia organowi antymonopolowemu. Ponadto obrót grup kapitałowych do których przynależać będą w ostatnim etapie uczestnicy tej koncentracji, nie przekroczy progu o jakim mowa w art. 13 ust. 1 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, dlatego też ostateczny etap tej koncentracji nie podlega obowiązkowi zgłoszenia organowi antymonopolowemu.

Obecnie akcjonariuszami ELZAB spółki notowanej na Giełdzie Papierów Wartościowych są:

- BBI CAPITAL NFI SA – 29,62% głosów na WZA
  - Relpol 1 Sp. z o.o. – 2,09% głosów na WZA (spółka zależna od BBI CAPITAL NFI SA)
  - Relpol 2 Sp. z o.o. – 1,79% głosów na WZA (spółka zależna od BBI CAPITAL NFI SA)
  - Relpol 5 Sp. z o.o. – 2,09% głosów na WZA (spółka zależna od BBI CAPITAL NFI SA)
- Razem grupa BBI CAPITAL NFI SA posiada 33,35% głosów na WZA ELZAB.

Ponadto akcjonariuszami ELZAB są:

- Polsin Privete Limited (zwany dalej Polsin) posiada 19,54% głosów na WZA,
- osoba fizyczna- 5,93%
- Agencja Rozwoju Przemysłu 5,64%,
- Skarb Państwa – 2,3%

oraz

pozostali akcjonariusze 33,25%.

Jak wskazano to już powyżej koncentracja ta ma charakter wieloetapowy. W pierwszej kolejności (etap A) (...)

Następnie (etap B) nastąpi (...)

Na zakończenie etapu B, struktura zależności pomiędzy tymi przedsiębiorcami będzie wyglądać następująco (...)

Ponieważ jednak jak wynika z wyjaśnień Exorigo etap B koncentracji będzie dokonany w ramach jednej grupy kapitałowej, oraz nie zostanie spełniona przesłanka obrotu o jakiej mowa w art. 13 ust. 1 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, której spełnienie wiąże się z obowiązkiem dokonania zgłoszenia zamiaru koncentracji, koncentracja ta nie podlega obowiązkowi zgłoszenia organowi antymonopolowemu.

Tym samym jak wynika z opisu niniejszej koncentracji, jest ona koncentracją wieloetapową, na której ostatnim etapie nastąpi, przejęcie przez Jonitaco kontroli nad ELZAB.

Zgodnie z „Wyjaśnieniami Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w zakresie kryteriów zgłaszania zamiaru koncentracji” Warszawa 2003r. (źródło: [www.uokik.gov.pl](http://www.uokik.gov.pl)), jeżeli koncentracja wieloetapowa zakłada, iż indywidualną kontrolę na danym etapie uzyska przedsiębiorca inny niż przedsiębiorca, który ostatecznie przejmie kontrolę, zgłoszeniu do Prezesa UOKiK podlega zamiar przejęcia kontroli przez przedsiębiorcę, który ostatecznie będzie sprawował kontrolę, o ile uzyskanie kontroli przez innego niż ostatecznie przejmującego kontrolę przedsiębiorcę będzie miało charakter czasowy, trwający nie dłużej niż trzy lata.

Wobec powyższego zgodnie z powyższymi wyjaśnieniami przedmiotem niniejszego zgłoszenia, powinien być ostatni etap tej koncentracji tj. przejęcie przez Jonitaco kontroli nad ELZAB. Jednakże z uwagi na to, iż jak wynika z wyjaśnień Exorigo, koncentracja ta będzie dokonana w ramach jednej grupy kapitałowej, to zgodnie z art. 14 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie podlega obowiązkowi zgłoszenia Prezesowi UOKiK. Ponadto z wyjaśnień Exorigo wynika, iż nawet gdyby przyjąć, że ostatni etap tej koncentracji nie będzie dokonany w ramach jednej grupy kapitałowej to przychód zrealizowany w 2007r. przez grupy kapitałowe do których będą przynależeli uczestnicy tej koncentracji przed sfinalizowaniem etapu B, nie będzie przekraczał progu 50 mln euro o jakim mowa w art. 13 ust. 1 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, stąd też koncentracja ta nie podlega na ostatnim etapie obowiązkowi zgłoszenia Prezesowi UOKiK.

Ponieważ jednak zdaniem Exorigo, w trakcie etapu A, następuje faktyczne przejęcie przez Exorigo dysponującego (...), kontroli nad tym przedsiębiorcą, a realizacja etapu B będzie dokonywana w ramach jednej grupy kapitałowej i nie podlega zgłoszeniu organowi antymonopolowemu, stąd też przejęcie przez Exorigo pośredniej kontroli nad ELZAB przez nabycie (...) udziałów w spółce celowej Relpol 2 Sp. z o.o., podlega zdaniem tego przedsiębiorcy obowiązkowi zgłoszenia organowi antymonopolowemu.

Jako uzasadnienie uzyskania na koniec etapu A przez Exorigo kontroli nad ELZAB pomimo posiadania za pośrednictwem Relpol 2 Sp. z o.o. jedynie (...) głosów na WZA ELZAB, oraz zasadności dokonania zgłoszenia zamiaru tej koncentracji jako przejęcia kontroli nad tym przedsiębiorcą organowi antymonopolowemu, przedsiębiorca ten wskazał na następujące fakty, które zgodnie z uregulowaniami zawartymi w art. 4 pkt 4a ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wskazują na okoliczność przejęcia kontroli nad tym przedsiębiorcą.

Zgodnie ze statutem ELZAB (§ 27 ust. 1) uchwały walnego zgromadzenia akcjonariuszy tego przedsiębiorcy zapadają zwykłą większością głosów oddanych, o ile przepisy ustawy lub statut ten nie stanowią inaczej. Natomiast w przypadku przewidzianym w

art. 459 kodeksu spółek handlowych, uchwały o rozwiązaniu spółki wymagają większości  $\frac{3}{4}$  głosów oddanych. Oznacza to, iż do podjęcia uchwały o rozwiązaniu ELZAB, wymagana będzie zgoda (...). Do podjęcia uchwał w pozostałym zakresie wymagana będzie większość  $\frac{3}{4}$  głosów oddanych.

Ponadto jak wynika z udzielonych w zgłoszeniu przez Exorigo informacji, z raportów bieżących ELZAB za rok 2008r. oraz 2007r. tj. od czasu kiedy BBI Capital NFI jest akcjonariuszem ELZAB, przedsiębiorca ten bezpośrednio oraz za pośrednictwem spółek Relpol 1 Sp. z o.o., Relpol 2 Sp. z o.o. oraz Relpol 5 Sp. z o.o. posiadał większość głosów na kolejnych Walnych Zgromadzeniach Akcjonariuszy ELZAB.

Mianowicie raport bieżący ELZAB nr 46/2007 z dnia 31.10.2007r. wskazuje, że na nadzwyczajnym walnym zgromadzeniu ELZAB w dniu 29.10.2007r. uczestniczyli:

- BBI Capital NFI (posiadał 55,92% głosów obecnych na NWZA oraz 21,37% w ogólnej liczbie głosów),
- Polsin (40,92% głosów obecnych na NWZA 15,63% w ogólnej liczbie głosów).

Natomiast zgodnie z raportem bieżącym nr 3/2008, na nadzwyczajnym walnym zgromadzeniu ELZAB w dniu 07.01.2008r. uczestniczyli:

- BBI Capital NFI (51,65% głosów obecnych na NWZA, 25,13% ogólnej liczby głosów),
- Polsin (39,73% głosów obecnych na NWZA, 19,32% ogólnej liczby głosów),
- akcjonariusz będący osobą fizyczną (6,43% głosów obecnych na NWZA, 3,13% ogólnej liczby głosów),
- pozostali akcjonariusze 2% głosów.

Ponadto zgodnie z raportem bieżącym nr 104/2008 na WZA w dniach 25.06.2008r. oraz 02.07.2008r. w zgromadzeniu tym brali udział następujący akcjonariusze posiadający powyżej 5% na WZA ELZAB :

- BBI Capital NFI (48,52% głosów obecnych na WZA w dniu 25.06.08r. oraz 49,33% głosów na WZA w dniu 02.07.08r.)
- Polsin (37,32% głosów na WZA w dniu 25.06.08r. oraz 37,94% głosów obecnych na WZA w dniu 02.07.08r.).

Oznacza to zdaniem zgłaszającego, że w sytuacji gdy na walnych zgromadzeniach ELZAB obecny jest Polsin i nieznaczna liczba innych akcjonariuszy, liczba 32,68% posiadanych przez grupę BBI Capital NFI głosów, może dać faktyczną kontrolę nad tą spółką, gdyż zgodnie ze statutem ELZAB uchwały walnego zgromadzenia zapadają zwykłą większością głosów oddanych, co może wskazywać na przejęcie przez Exorigo pośredniej kontroli nad ELZAB w rozumieniu art. 4 pkt 4a ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Jak ustalił w toku tego postępowania organ antymonopolowy na podstawie wyjaśnień Exorigo, wedle oświadczeń ELZAB oraz BBI Capital NFI SA pomiędzy Relpol 1 Sp. z o.o., Relpol 2 Sp. z o.o. oraz Relpol 5 Sp. z o.o. oraz pozostałymi akcjonariuszami ELZAB nie istnieją żadne pisemne lub ustne uzgodnienia co do sposobu głosowania na WZA ELZAB. Nie istnieją też żadne ustalenia we wskazanym zakresie pomiędzy Exorigo oraz ww. przedsiębiorcami. Ustalenia takie zgodnie z art. 69 ust.1 ustawy z dnia 29.07.2005r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego obrotu oraz o spółkach publicznych wymagają, iż kto osiągnął lub przekroczył wskazane w tej ustawie progi procentowe głosów na WZA, jest obowiązany powiadomić o tym Komisję Nadzoru Finansowego oraz spółkę (tj. ELZAB) w terminie 4 dni od dnia zmiany udziału w ogólnej liczbie głosów, przy czym spółka (w tym wypadku ELZAB) zobowiązana jest do niezwłocznego przekazania tej informacji, równocześnie Komisji, agencji informacyjnej oraz spółce prowadzącej rynek regulowany, na którym notowane są akcje tej spółki. Przy czym obowiązek taki ciąży również na podmiotach, które zawierają porozumienie dotyczące zgodnego głosowania na WZA spółki publicznej, posiadając akcje tej spółki w liczbie zapewniającej łącznie osiągnięcie lub przekroczenie określonego wyżej progu ogólnej liczby głosów (art. 87 ust. 1 pkt 6 ustawy o ofercie publicznej). Tym samym gdyby pomiędzy akcjonariuszami ELZAB istniało porozumienie dotyczące głosowania na WZA tego przedsiębiorcy, akcjonariusze będący uczestnikami tego porozumienia posiadający łącznie

powyżej 5% głosów, byliby zobowiązani poinformować ELZAB o zawarciu porozumienia. Z kolei ELZAB powinien informację tą przekazać w formie raportu bieżącego. Natomiast treść raportów bieżących ELZAB nie wskazuje na istnienie porozumień pomiędzy akcjonariuszami tej spółki odnośnie sposobu głosowania na WZA ELZAB.

Exorigo wskazało ponadto, iż istnienie porozumienia dotyczącego zgodnego głosowania na WZA, domniemywa się w przypadku jednostek powiązanych w rozumieniu ustawy o rachunkowości (jednostki powiązane to grupa jednostek obejmująca jednostkę dominującą lub znaczącego inwestora, jednostki zależne, współzależne i stowarzyszone tj. jednostki na które znaczący inwestor wywiera wpływ). Jednostkami powiązanymi są w tej chwili Relpol 1 Sp. z o.o., Relpol 2 Sp. z o.o., Relpol 5 Sp. z o.o. oraz BBI Capital NFI, które posiadają obecnie łącznie ok. 33,35% głosów na WZA ELZAB.

Zasadność dokonania zgłoszenia zamiaru tej koncentracji tj. przejęcia przez Exorigo pośredniej kontroli nad ELZAB, Exorigo uzasadnia również faktem, iż osoby wskazane przez Exorigo będą stanowiły większość w organach (w radzie nadzorczej i zarządzie) ELZAB, co w świetle art. 4 pkt 4 b i c ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów uzasadnia, iż Exorigo przejmie kontrolę nad ELZAB. W szczególności zdaniem tego przedsiębiorcy jest możliwa taka sytuacja, iż zarząd ELZAB może składać się w większości z osób zasiadających jednocześnie w zarządzie lub radzie nadzorczej Exorigo.

Jednakże jak wynika z wyjaśnień Exorigo, zarząd ELZAB składa się z trzech członków, natomiast rada nadzorcza z sześciu członków. Jedyne jedna osoba tj. członek zarządu ELZAB, jest równocześnie powiązany osobowo z Exorigo tj. jest wiceprezesem zarządu Exorigo. Inne osoby będące członkami zarządu lub też rady nadzorczej ELZAB nie są powiązane z Exorigo.

Zgodnie z regulaminem zarządu ELZAB, jego uchwały podejmowane są zwykłą większością głosów, a do ważności podjęcia uchwał wymagana jest obecność 2/3 większości członków zarządu. W przypadku równej liczby głosów decydujący jest głos prezesa. Tym samym obecność członka zarządu ELZAB będącego równocześnie wiceprezesem zarządu Exorigo, nie jest konieczna do podejmowania uchwał zarządu ELZAB. Nie ma on również samodzielnie realnego wpływu uniemożliwienia podjęcia określonej uchwały przez jego zarząd.

Stąd też należy przyjąć, iż Exorigo nie kontroluje obecnie ELZAB zarówno biorąc pod uwagę możliwości powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub też rady nadzorczej tego przedsiębiorcy.

Jednakże w ocenie Exorigo osiągnięcie pośrednio poprzez Relpol 2 Sp. z o.o. (...) głosów na WZA tego przedsiębiorcy, może umożliwić temu przedsiębiorcy sytuację, iż osoby wskazane przez Exorigo, będą stanowiły większość w organach (tj. w radzie nadzorczej i zarządzie) ELZAB. W szczególności możliwa jest sytuacja, w której zarząd ELZAB może składać się w większości z osób zasiadających jednocześnie w zarządzie lub radzie nadzorczej Exorigo.

Ze względu na treść statutu ELZAB, doprowadzenie do tej sytuacji będzie pochodną pozycji, jaką dzięki nabyciu akcji, zgłaszający będzie miał na walnym zgromadzeniu tego przedsiębiorcy. Jak wyjaśniono to powyżej, ponieważ statut ELZAB nie reguluje tej kwestii oddzielnie, radę nadzorczą tej spółki powołuje WZA (art. 385 § 1 i 2 ksh), natomiast zarząd powołuje rada nadzorcza (§ 13 ust. 4 statutu ELZAB). Zgodnie ze statutem ELZAB, uchwały WZA ELZAB, zapadają zwykłą większością głosów oddanych chyba, że przepisy ustawy lub też statut stanowią inaczej. Ani statut ani przepisy ustawy nie przewidują aby do powołania Rady Nadzorczej konieczna była inna większość głosów. Stąd też biorąc pod uwagę, iż jak wynika z ostatnich raportów bieżących ELZAB, na WZA tego przedsiębiorcy nie byli obecni drobni akcjonariusze, to ilość głosów którą posiada obecnie grupa kapitałowa BBI Capital NFI była wystarczająca do podejmowania ważnych uchwał. Stąd też zdaniem Exorigo po dokonaniu etapu A tej koncentracji, będzie możliwa sytuacja, iż ilość głosów posiadanych pośrednio przez Exorigo będzie wystarczająca do podejmowania uchwał w zakresie składu rady nadzorczej tego przedsiębiorcy, a w konsekwencji do decydowania o składzie jego

zarządu, co może z kolei skutkować, iż osoby zasiadające obecnie w zarządzie lub radzie nadzorczej Exorigo będą równocześnie w organach ELZAB. Może to świadczyć o faktycznym przejściu przez Exorigo w rozumieniu art. 4 pkt 4 b i c ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, kontroli nad tym przedsiębiorcą.

### **Organ antymonopolowy zważył co następuje**

Zamiar koncentracji o jakiej mowa w art. 13 ust. 2 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, polegający na przejściu przez przedsiębiorcę kontroli nad innym przedsiębiorcą, podlega obowiązkowi zgłoszenia organowi antymonopolowemu, 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, na podstawie przepisów art. 14 tej ustawy.

W niniejszej sprawie w pierwszej kolejności rozstrzygnięcia wymaga kwestia czy nabycie przez przedsiębiorcę zależnego od Exorigo tj. Relpol 2 Sp. z o.o. akcji w ELZAB dających (...) głosów na walnym zgromadzeniu akcjonariuszy tego przedsiębiorcy, spowoduje faktyczne przejście przez tego przedsiębiorcę kontroli nad ELZAB.

Przejście przez przedsiębiorcę kontroli nad innym przedsiębiorcą, zostało zdefiniowane przez ustawodawcę w art. 4 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z tym przepisem przez przejście kontroli rozumie się wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszelkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę poprzez stany faktyczne o jakich mowa w art. 4 pkt 4 od pkt a do pkt f. Wpływ ten należy rozumieć szeroko: odnosić się on 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. Źródło takiego wpływu może być dowolne, istotny jest tu bowiem rezultat w postaci uzyskanego realnego wpływu.

Do przejścia kontroli może dojść gdy dany przedsiębiorca jest w stanie wywierać decydujący wpływ na innego przedsiębiorcę. W konsekwencji określona czynność skutkująca uzyskaniem możliwości wywierania decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę stanowi przejście kontroli nawet jeśli celem przedsiębiorcy dokonującego tej czynności nie jest faktyczne sprawowanie kontroli nad tym przedsiębiorcą. Istotna jest sama potencjalna możliwość wywierania wpływu na innego przedsiębiorcę. W świetle przepisów ustawy nie jest istotny sposób, w jaki dochodzi do przejścia kontroli. Do przejścia takiej kontroli może dojść w sposób bezpośredni np. poprzez nabycie praw lub uprawnień do nich na mocy odpowiednich umów lub też w sposób pośredni tj. np. gdy przejście bezpośredniej kontroli nad jednym przedsiębiorcą powoduje również uzyskanie za pośrednictwem tego przedsiębiorcy kontroli nad innym (zależnym od niego) przedsiębiorcą.

Sytuacje faktyczne mogące powodować przejście kontroli nad innym przedsiębiorcą zostały zdefiniowane przez ustawodawcę w art. 4 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Jednym z takich przypadków jest dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu (...) także na podstawie porozumień z innymi osobami (art. 4 pkt 4 a ustawy). Zazwyczaj jest tak, że większość głosów przedsiębiorcy w organie właścicielskim innego podmiotu zależy od ilości udziałów lub akcji, które posiada w innym podmiocie. Zgromadzenie przez przedsiębiorcę odpowiedniej ilości takich akcji lub udziałów w innym podmiocie tzw. pakietów kontrolnych pozwala wywierać mu decydujący wpływ na decyzje innego podmiotu przy czym niekoniecznie musi być to udział reprezentujący więcej niż połowę całego kapitału.

Do uznania czy dysponowanie określoną ilością głosów w organach danego przedsiębiorcy spowoduje przejście kontroli nad danym przedsiębiorcą niezbędna jest

wnikliwa analiza struktury własnościowej spółki, której akcje lub udziały są przedmiotem nabycia, gdyż do przejęcia kontroli może dojść w wyniku nabycia mniejszościowego pakietu akcji lub udziałów, np. jeżeli akcje lub udziały są uprzywilejowane co do prawa głosu na zgromadzeniu wspólników lub w zakresie powoływania większości członków organów zarządzających. Do przejęcia kontroli może dojść również w przypadku znacznego rozproszenia struktury własnościowej wtedy to nawet nabycie 20%-25% tego kapitału może spowodować sprawowanie faktycznej kontroli nad przedsiębiorcą<sup>1</sup>. Ponadto do przejęcia kontroli może dojść w przypadku gdy nabycie mniejszościowego pakietu akcji/udziałów towarzyszy zawarcie umowy na mocy której przedsiębiorca uzyskuje możliwość wywierania decydującego wpływu na decyzje innego przedsiębiorcy lub też w przypadku zawarcia porozumień z innymi przedsiębiorcami, na podstawie których przedsiębiorca może uzyskać większość głosów w organie właścicielskim innego podmiotu.

Kolejnym przypadkiem przejęcia kontroli nad innym przedsiębiorcą jest posiadanie uprawnień do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy także na podstawie porozumień z innymi osobami (art. 4 pkt 4b ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów). Jeśli dany przedsiębiorca z mocy danego postanowienia umowy lub statutu będzie miał prawo do powoływania i odwoływania większości członków zarządu czy rady nadzorczej innego podmiotu, wówczas może on posiadać kontrolę w stosunku do tego podmiotu.

Do przejęcia kontroli nad innym przedsiębiorcą może dojść również w przypadku gdy członkowie zarządu lub rady nadzorczej jednego przedsiębiorcy stanowią więcej niż połowę zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy. Tego typu powiązania osobowe pomiędzy dwoma lub więcej podmiotami mogą prowadzić do tego, iż jeden z nich sprawuje kontrolę nad pozostałymi wyłącznie na podstawie „władztwa personalnego” i w ten sposób może wpływać na działania tego drugiego przedsiębiorcy.

Jednakże w ocenie organu antymonopolowego na podstawie informacji i dokumentów zebranych w tym postępowaniu brak jest podstaw do uznania, iż pośrednie uzyskanie przez Exorigo (...) głosów na WZA ELZAB, może spowodować uzyskanie przez tego przedsiębiorcę kontroli nad ELZAB.

Należy przede wszystkim wskazać, że aby można stwierdzić, iż nastąpiło przejęcie kontroli nad przedsiębiorcą musi zająć któraś z przesłanek o jakich mowa w art. 4 pkt 4 ppkt a do f ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Natomiast w ocenie organu antymonopolowego żadna z przesłanek nie daje podstaw do oceny, iż w wyniku etapu A zamierzonej koncentracji dojdzie do faktycznego przejęcia kontroli nad tym przedsiębiorcą.

W szczególności organ antymonopolowy nie może zgodzić się z tym, iż posiadanie pośrednio przez Exorigo (...) % głosów na WZA ELZAB, spowoduje posiadanie przez tego przedsiębiorcę większości głosów na WZA tego przedsiębiorcy. Jak wynika z wyjaśnień Exorigo i co przedstawiono w opisie stanu faktycznego, na ostatnich WZA ELZAB, grupa BBI Capital NFI posiadała większość głosów, umożliwiającą podejmowanie uchwał zgodnie z jej zamierzeniami. Stąd też zdaniem Exorigo można domniemywać, iż za pośrednictwem Relpol 2 Sp. z o.o. przedsiębiorca ten będzie również posiadał wpływ na treść uchwał WZA ELZAB. Jednakże w ocenie organu antymonopolowego brak jest podstaw do oceny, iż posiadanie takiej ilości głosów zapewnia kontrolę nad tym przedsiębiorcą mającą charakter trwały. Co prawda jak wynika z raportów bieżących ELZAB, od 2007r. BBI Capital NFI posiadał większość głosów na WZA tego przedsiębiorcy, jednakże wynikało to z nieobecności pozostałych drobnych akcjonariuszy. Można co prawda domniemywać, iż akcjonariusze w szczególności posiadający niewielką ilość głosów na WZA nie są zainteresowani w braniu udziału w WZA ELZAB, jednakże nie można wykluczyć, iż w przypadku podejmowania uchwał w zakresie ważnych dla tego przedsiębiorcy sprawach, mających decydujący wpływ na działalność tego przedsiębiorcy, byłiby obecni na tych

---

<sup>1</sup> Konrad Kohutek, Małgorzata Sieradzka „Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów” Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o. Warszawa 2008r., str. 138.

zgromadzeniach. Stąd też w ocenie organu antymonopolowego nie można przesądzić jednoznacznie, iż posiadana pośrednio przez Exorigo liczba głosów na WZA ELZAB będzie oznaczała dysponowanie w sposób trwały pośrednio większością głosów na WZA tego przedsiębiorcy.

Ponadto jak ustalił w toku tego postępowania organ antymonopolowy, pomiędzy ELZAB, BBI Capital NFI SA oraz Relpol 1 Sp. z o.o., Relpol 2 Sp. z o.o. oraz Relpol 5 Sp. z o.o. nie istnieją żadne pisemne lub też ustne ustalenia co do sposobu głosowania na WZA tego przedsiębiorcy.

Stąd też organ antymonopolowy uznał, iż w świetle art. 4 pkt 4 a ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów brak jest podstaw do uznania, iż Exorigo w wyniku dokonania zamierzonej koncentracji, będzie posiadał pośrednią kontrolę nad ELZAB.

W ocenie organu antymonopolowego brak jest również podstaw do uznania, iż Exorigo będzie posiadał w rozumieniu art. 4 pkt 4 b i c uprawnienia do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy lub też iż członkowie jego zarządu lub rady nadzorczej będą stanowić więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy.

Zdaniem Exorigo posiadanie kontroli nad ELZAB o jakiej mowa w art. 4 pkt b i c ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, będzie pochodną posiadanej kontroli rozumieniu art. 4 pkt 4 a ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, czyli pośredniego posiadania większości głosów na WZA będącego skutkiem nie uczestniczenia drobnych akcjonariuszy w tych zgromadzeniach. Zdaniem Exorigo umożliwi to powoływanie członków zarządu oraz rady nadzorczej zaproponowanych przez tego przedsiębiorcę, którzy mogą równocześnie pełnić funkcję w zarządzie lub też w radzie nadzorczej Exorigo.

Jednakże zdaniem organu antymonopolowego brak jest podstaw do uznania, iż po dokonaniu tej koncentracji Exorigo będzie posiadać prawo do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej ELZAB. Należy mieć przede wszystkim na uwadze, iż Exorigo wywodzi możliwość posiadania takowego prawa z ilości głosów jaką będzie posiadać na WZA ELZAB oraz z możliwości nie uczestniczenia w tych zgromadzeniach mniejszościowych akcjonariuszy. Jednakże w ocenie organu antymonopolowego jak wskazano to już powyżej, brak jest podstaw do przyjęcia, iż drobni akcjonariusze ELZAB w przypadku podejmowania uchwał dotyczących składu zarządu oraz rady nadzorczej tego przedsiębiorcy, nie będą zainteresowani uczestniczeniem w tych zgromadzeniach. Tym samym brak jest podstaw do przyjęcia, iż Exorigo w sposób trwały będzie posiadać uprawnienia do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej ELZAB oraz, iż członkowie jego zarządu lub rady nadzorczej będą stanowić więcej niż połowę członków zarządu ELZAB.

Stąd też organ antymonopolowy uznał, iż w świetle art. 4 pkt 4 b i c ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów brak jest podstaw do uznania, iż Exorigo w wyniku dokonania zamierzonej koncentracji, będzie posiadał pośrednią kontrolę nad ELZAB.

Wobec powyższego na podstawie zgromadzonego w tym postępowaniu materiału dowodowego, organ antymonopolowy uznał, iż brak jest podstaw do uznania, że Exorigo przejmie pośrednio kontrolę nad ELZAB w rozumieniu art. 13 ust. 2 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Dlatego też organ antymonopolowy uznał postępowanie w tej sprawie za bezprzedmiotowe.

Niemniej jednak pomimo uznania przez organ antymonopolowy bezprzedmiotowości tego postępowania, Prezes Urzędu uznał, za uzasadnione odniesienie się w niniejszej decyzji do skutków jakie zamierzona koncentracja może spowodować na rynku. Jak wynika z zgłoszenia zamiaru tej koncentracji, jej uczestnicy prowadzą działalność na następujących rynkach produktowych:



- Exorigo prowadzi działalność na ogólnopolskim rynku usług IT dla sieci detalicznych obejmującym dostawy sprzętu, oprogramowania i świadczenie usług. Na tak zakreślonym rynku udział Exorigo wyniósł w 2007r. ok. (...),
- UPOS (spółka należąca do tej samej grupy kapitałowej co Exorigo), prowadzi działalność na ogólnopolskim rynku drukarek fiskalnych. Udział tej spółki na tak zakreślonym rynku wynosi ok. (...).
- Exorigo Development Paweł Dudziuk prowadzi również działalność na rynku świadczenia usług informatycznych oraz sprzedaży sprzętu i urządzeń. Udział tego przedsiębiorcy na tak określonym rynku w kraju jest niewielki (...), największymi odbiorcami są obecnie Tesco oraz Elea. Przedsiębiorca ten planuje w najbliższym czasie zakończyć działalność oraz przenieść ją do Exorigo.
- Jonitaco nie prowadzi działalności jest to spółka o charakterze wehikułu korporacyjnego.

Natomiast drugi z uczestników tej koncentracji tj. ELZAB prowadzi działalność na następujących rynkach produktowych:

- ogólnopolskim rynku kas fiskalnych i posiada na tym rynku ok. (...),
- ogólnopolskim rynku drukarek fiskalnych i posiada na rynku ok. (...) udziału,
- ogólnopolskim rynku produkcji urządzeń do taksówek w postaci kas fiskalnych podłączonych do taksometru, udział tego przedsiębiorcy na tym rynku wynosi ok. (...),
- ogólnopolskim rynku urządzeń do taksówek w postaci dwóch zintegrowanych urządzeń w jednej obudowie (kasa z taksometrem) – udział w rynku ok. (...),
- ogólnopolskim rynku sprzętu muzycznego (marki GLAB) - udział spółki na tak określonym rynku jest (...), gdyż przedsiębiorca ten dopiero wchodzi na ten rynek.

Ponadto ELZAB produkuje tzw. urządzenia peryferyjne takie jak weryfikatory cen, wagi, czytniki kodów kreskowych, kolektory danych, komputerowe systemy sprzedaży oraz wagi samochodowe.

Jak wynika z powyższych informacji wspólnym rynkiem produktowym na którym działa zarówno grupa Exorigo jak i ELZAB jest rynek krajowy drukarek fiskalnych.

Drukarka fiskalna jest to kasa bez programu aplikacyjnego sterowana kompatybilnym komputerowym programem aplikacyjnym poprzez wbudowany określony interfejs umożliwiający między innymi połączenie kasy przewodowo z komputerem w obrębie obsługującego klienta stanowiska kasowego i jest używana głównie w dużych sieciach handlowych. Jest to urządzenie niesubstytucyjne dla kasy fiskalnej, która jest urządzeniem z programem aplikacyjnym, które może pracować samodzielnie lub z komputerem. Posiada własny moduł fiskalny zawierający program pracy kasy. Kasa fiskalna stanowi rozwinięcie kasy elektronicznej o funkcje i moduły związane z koniecznością rejestracji sprzedaży i podatków zgodnie z wymaganiami ustawowymi i jest używana głównie w mniejszych sieciach handlowych. Wobec powyższego drukarka fiskalna oraz kasa fiskalna nie są wyrobami substytucyjnymi.

W ocenie organu antymonopolowego rynek drukarek oraz kas fiskalnych pod względem geograficznym jest rynkiem krajowym pomimo tego, iż nie istnieją istotne bariery prawne oraz ekonomiczne w imporcie tych wyrobów. Zdaniem organu antymonopolowego oraz jak wynika to z zgłoszenia zamiaru tej koncentracji, o istnieniu rynku krajowego świadczą przede wszystkim jednolite warunki konkurencji na obszarze całego kraju wynikające z jednolitych przepisów prawnych regulujących rynek drukarek oraz kas fiskalnych w kraju w tym m.in. rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 27.06.2008r. w sprawie kas rejestrujących (Dz.U. Nr 113, poz. 720), ustawa z dnia 11.03.2004r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. Nr 54, poz. 535 ze zmian.) czy też rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 04.07.2002r. w sprawie kryteriów i warunków technicznych, którym muszą odpowiadać kasy rejestrujące oraz warunków stosowania tych kas przez podatników (Dz.U. Nr 108, poz. 948), określające warunki techniczne jakim te muszą odpowiadać oraz warunki ich użytkowania.

Na tak określonym rynku udział UPOS (należącego do tej samej grupy kapitałowej co Exorigo) wynosi ok. (...). Natomiast udział ELZAB na tak określonym rynku wynosi ok. (...). Wobec powyższego po dokonaniu zamierzonej koncentracji jej uczestnicy będą posiadać łącznie ok. (...) na rynku krajowym drukarek fiskalnych. W przypadku natomiast uznania, iż rynkiem geograficznym dla drukarek fiskalnych jest rynek szerszy tj. np. europejski udział ten byłby jeszcze mniejszy.

Jak ustalono w toku tego postępowania, największymi konkurentami na tym rynku w ujęciu ilościowym są<sup>2</sup>: Posnet ok. (...) udziału w rynku, Novitus – (...), Innova – (...), Torell- (...) i Emar- (...).

Dlatego też organ antymonopolowy uznał, iż dokonanie tej koncentracji nie spowoduje istotnego ograniczenia konkurencji na rynku krajowym drukarek fiskalnych w szczególności przez powstanie lub też umocnienie pozycji dominującej na tym rynku.

Ze zgłoszenia zamiaru dokonanej koncentracji nie wynika również aby w sprawie tej występowały powiązania wertykalne pomiędzy uczestnikami tej koncentracji czy też aby jej uczestnicy posiadali ponad 40% udziału w jakimkolwiek rynku produktowym, co mogłoby wskazywać na istnienie w tej sprawie rynków właściwych, na które koncentracja ta wywiera wpływ w układzie konglomeratowym. Stąd też organ antymonopolowy uznał, iż zamierzona koncentracja nie będzie miała wpływu na stan konkurencji na innych rynkach produktowych na których obecni są pozostali uczestnicy tej koncentracji.

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.

Jak wykazano to powyżej w toku tego postępowania organ antymonopolowy uznał, iż Exorigo nabywając (...) udziałów w (...), nie uzyska w sposób trwały pośredniej kontroli nad ELZAB w rozumieniu art. 4 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Tym samym zamierzona koncentracja nie jest koncentracją o jakiej mowa w art. 13 ust. 2 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Stąd też postępowanie w tej sprawie jest bezprzedmiotowe.

Dlatego 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. 479<sup>28</sup> § 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.

Maciej Fragszajn  
Dyrektor Delegatury

---

<sup>2</sup> „Rynek urządzeń fiskalnych” Wyd. Instytut Rynku Elektronicznego, Polska 2007r. edycja XIII, Warszawa, kwiecień 2008, str. 17.

