



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

Warszawa, dnia 9 września 2013 r.

DKK1-430/01/13/MAB

DECYZJA nr DKK - 117/2013

Na podstawie art. 106 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nakłada na Avans sp. z o.o. z siedzibą w Modłej Kolonii karę pieniężną w wysokości 16 352,80 zł (słownie: szesnaście tysięcy trzysta pięćdziesiąt dwa złote osiemdziesiąt groszy), stanowiącej równowartość 4 000 euro (słownie: cztery tysiące euro), płatną do budżetu państwa, z tytułu nieudzielenia informacji żądanych przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na podstawie art. 50 ust. 1 tej ustawy w toku wszczętego w dniu 22 listopada 2012 r. postępowania antymonopolowego w sprawie koncentracji, polegającej na przejęciu przez BSH Sprzęt Gospodarstwa Domowego sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kontroli nad Zelmer S.A. z siedzibą w Rzeszowie (sygn. akt DKK1-421/37/12/MAB).

UZASADNIENIE

W dniu 22 listopada 2012 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zwany dalej „Prezesem Urzędu” lub „organem antymonopolowym”, na podstawie art. 13 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), zwanej dalej także „*ustawa o ochronie konkurencji*” lub „*ustawa antymonopolowa*”, wszczął na wniosek BSH Sprzęt Gospodarstwa Domowego sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej także „BSH”, postępowanie antymonopolowe w sprawie koncentracji, polegającej na przejęciu przez BSH Sprzęt Gospodarstwa Domowego sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kontroli nad Zelmer S.A. z siedzibą w Rzeszowie, dalej także „Zelmer” (sygn. akt DKK1-421/37/12/MAB).

W toku tego postępowania Prezes Urzędu, działając na podstawie art. 50 ust. 1 i 2 ustawy antymonopolowej, pismem z dnia 3 grudnia 2012 r. wezwał dystrybutorów sprzętu AGD, w tym Avans sp. z o.o. z siedzibą w Modłej Kolonii, zwaną dalej „Avans” lub „Spółką”, do nadesłania danych i informacji dotyczących oceny ww. koncentracji oraz krótkiej charakterystyki Spółki i grupy kapitałowej, do której należy.

Zgodnie z dyspozycją art. 50 ust. 2 ustawy antymonopolowej powyższe żądanie Prezesa Urzędu zawierało wskazanie zakresu informacji, celu żądania i terminu udzielenia informacji oraz pouczenie o sankcjach za nieudzielenie informacji lub za udzielenie informacji nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd. W ww. piśmie Prezes Urzędu określił wzywanych przedsiębiorcom, w tym Avans, 14-dniowy termin udzielenia informacji. Pismo zostało doręczone Spółce w dniu 10 grudnia 2012 r. Termin na udzielenie odpowiedzi bezskutecznie upłynął w dniu 24 grudnia 2012 r. W związku z tym, w dniu 14 stycznia 2013 r. Prezes Urzędu wezwał ponownie Spółkę do udzielenia żądanych informacji w terminie 5 dni od daty doręczenia pisma. Wezwanie to zostało doręczone w dniu 17 stycznia 2013 r. Termin na udzielenie odpowiedzi bezskutecznie upłynął w dniu 23 stycznia 2013 r.

W związku z powyższym postanowieniem z dnia 31 stycznia 2013 r. nr DKK-13/2013 organ antymonopolowy wszczął na podstawie art. 47 ust. 1 w związku z art. 106 ust. 2 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji postępowanie antymonopolowe w sprawie nałożenia na Avans kary pieniężnej z tytułu nieudzielenia informacji żądanych przez Prezesa Urzędu na podstawie art. 50 ust. 1 tej ustawy w toku wszczętego w dniu 22 listopada 2012 r. postępowania antymonopolowego w sprawie koncentracji, polegającej na przejęciu przez BSH kontroli nad Zelmer (sygn. akt DKK1-421/37/12/MAB). Zawiadamiając o wszczęciu postępowaniu Prezes Urzędu wezwał Spółkę do:

- ustosunkowania się do postawionego zarzutu,
- wyjaśnienia przyczyn nieudzielenia Prezesowi Urzędu żądanych informacji,
- podania wielkości przychodu osiągniętego przez Avans w 2012 r.

Powyższe zawiadomienie zostało doręczone Spółce w dniu 5 lutego 2013 r. Pismem z dnia 7 lutego 2013 r. Avans ustosunkował się do postawionego zarzutu oraz przedstawił informacje żądane przez Prezesa Urzędu w pismach z dnia 3 grudnia 2012 r. oraz 31 stycznia 2013 r.

Avans przyznał, że nie udzielił żądanych przez Prezesa Urzędu informacji w terminie. Jednocześnie Spółka wyjaśniła, że miało to charakter nieumyślnego zachowania, zaś brak udzielenia informacji na wezwanie Prezesa Urzędu wynikał z przekształceń własnościowych i organizacyjnych w Spółce. Avans przechodzi proces konsolidacji ze spółką Openmedia, co

wiąże się z gruntownymi zmianami organizacyjnymi, w tym przenoszeniem biur oraz pracowników. Dodatkowo wezwanie Prezesa Urzędu Avans otrzymał w trakcie szczytu sprzedaży sezonowej oraz dodatkowych obowiązków związanych z przygotowaniem do bilansu rocznego Spółki.

Powołując się na wskazane wyżej okoliczności oraz fakt, że Avans nie jest dochodowy i generuje straty finansowe Spółka wniosła o odstąpienie przez organ antymonopolowy od wymierzenia jej kary pieniężnej.

Jednocześnie Spółka poinformowała, iż w 2012 r. osiągnęła przychody w wysokości **[tajemnica przedsiębiorstwa – załącznik – pkt 1]**

Postanowieniem nr DKK-14/2013 z dnia 31 stycznia 2013 r. organ antymonopolowy zaliczył w poczet materiału dowodowego niniejszego postępowania dokumenty uzyskane w trakcie postępowania antymonopolowego w sprawie koncentracji, polegającej na przejęciu przez BSH kontroli nad Zelmer (sygn. akt DKK1-421/37/12/MAB), tj.:

- 1) pismo Prezesa Urzędu z dnia 3 grudnia 2012 r., wzywające Avans do przedstawienia informacji niezbędnych w toczącym się postępowaniu antymonopolowym, wraz z potwierdzeniem odbioru,
- 2) pismo Prezesa Urzędu z dnia 14 stycznia 2013 r., ponownie wzywające Avans do przedstawienia informacji niezbędnych w toczącym się postępowaniu antymonopolowym, wraz z potwierdzeniem odbioru.

Pismem z 3 lipca 2013 r. organ antymonopolowy poinformował Spółkę o prawie zapoznania się z całością akt zgromadzonych w sprawie oraz przedstawienia swojego stanowiska odnośnie zgromadzonego materiału dowodowego. Avans nie skorzystał z tego uprawnienia.

W oparciu o przedstawiony stan faktyczny organ antymonopolowy zważył, co następuje:

Prezes Urzędu jest centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach ochrony konkurencji i konsumentów. Wszelkie działania Prezesa Urzędu podejmowane są w interesie publicznym, mając na uwadze ochronę konkurencji i praw konsumentów. W związku z powyższym Prezesowi Urzędu przyznano szczególne kompetencje związane ze sprawowaniem kontroli przestrzegania przez przedsiębiorców przepisów ustawy antymonopolowej.

Wskazane okoliczności zdecydowały między innymi, że przedsiębiorcy zostali zobowiązani – na mocy art. 50 ust. 1 ustawy antymonopolowej – do przedkładania organowi antymonopolowemu wszelkich koniecznych informacji na jego żądanie. Oznacza to, iż obowiązek udzielenia odpowiedzi w pełnym zakresie i wyznaczonym terminie ciąży na każdym przedsiębiorcy, do którego Prezes Urzędu zwróci się z żądaniem udzielenia informacji.¹ Zakres informacji wymaganych od przedsiębiorców określa Prezes Urzędu, przy czym zasadniczo nie mogą oni kwestionować zakresu żądanych informacji, bowiem ocena, czy żądane materiały są niezbędne do realizacji zadań przez Prezesa Urzędu, należy do tego organu.²

W celu efektywnego egzekwowania obowiązków, jakie spoczywają na przedsiębiorcach w zakresie wynikającym z ustawy antymonopolowej, Prezesowi Urzędu zostały nadane przez ustawodawcę instrumenty umożliwiające dyscyplinowanie przedsiębiorców w zakresie wykonywania przepisów ww. ustawy. Takim uprawnieniem jest między innymi art. 106 ust. 2 pkt 2 ustawy antymonopolowej, który przewiduje możliwość nałożenia w drodze decyzji kary pieniężnej, jeżeli przedsiębiorca, choćby nieumyślnie, nie udzielił informacji żądanych przez Prezesa Urzędu na podstawie art. 50 ustawy antymonopolowej. Prezes Urzędu na podstawie tego przepisu może wymierzyć karę pieniężną w wysokości stanowiącej równowartość do 50.000.000 euro. Zgodnie z art. 5 ustawy antymonopolowej wartość euro podlega przeliczeniu na złote według kursu średniego walut obcych ogłoszonego przez Narodowy Bank Polski w ostatnim dniu roku kalendarzowego poprzedzającego rok nałożenia kary pieniężnej. Średni kurs euro ogłoszony przez NBP w ostatnim dniu roku kalendarzowego poprzedzającego rok nałożenia kary, tj. w dniu 31 grudnia 2012 r., wyniósł 4,0882 zł.

O zastosowaniu sankcji, jak i o jej wysokości decyduje Prezes Urzędu w ramach uznania administracyjnego, kierując się między innymi zasadami określonymi w art. 111 ustawy antymonopolowej, tj. uwzględniając w szczególności okres, stopień i okoliczności naruszenia przepisów ustawy. Należy jednak podkreślić, że katalog przesłanek wskazanych w tym artykule, którymi powinien kierować się Prezes Urzędu przy ustalaniu wymiaru kary, jest jedynie przykładowy.

Kara pieniężna za nieudzielenie informacji określona w art. 106 ust. 2 pkt 2 ustawy antymonopolowej ma charakter:

¹ por. E. Modzelewska – Wąchał, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, TWIGGER, Warszawa 2002, str. 222

² por. wyrok SA z dnia 16 grudnia 1998 r., XVII Ama 62/98.

- represyjny – nakładana jest za naruszenie ustawowego obowiązku udzielania informacji na żądanie Prezesa Urzędu;
- prewencyjny – ma zapobiegać podobnym naruszeniom w przyszłości i zniechęcać do naruszania prawa;
- dyscyplinujący – zagrożenie nią, czyli potencjalna możliwość nałożenia kary pieniężnej przez Prezesa Urzędu, ma skłaniać przedsiębiorców do udzielania żądanych informacji i dokumentów.

Takie też stanowisko wyraził Sąd Najwyższy w wyroku z 7 kwietnia 2004 r. (sygn. III SK 31/04), w którym stwierdził, iż kara pieniężna określona w art. 101 ust. 2 pkt 2 lit. b) nieobowiązującej już ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (obecnie art. 106 ust. 2 pkt 2 ustawy antymonopolowej) jest sankcją za niedopełnienie obowiązku i ma ona na celu zniechęcenie przedsiębiorców do nieprzestrzegania obowiązku udzielenia informacji na żądanie Prezesa Urzędu. Zdaniem Sądu, cel ten wymaga przyjęcia możliwości nałożenia na przedsiębiorcę kary nie tylko wówczas, gdy do chwili wydania przez Prezesa Urzędu decyzji o nałożeniu kary nie została udzielona jakakolwiek informacja, ale także wówczas, gdy żądana informacja została udzielona ze znacznym opóźnieniem. Z treści powołanego orzeczenia można wywnioskować, że karą pieniężną może skutkować nie tylko zaniechanie udzielenia odpowiedzi na wezwanie Prezesa Urzędu, ale także udzielenie odpowiedzi po wyznaczonym terminie. W interesie Prezesa Urzędu leży bowiem zapobieganie sytuacjom, w których przedsiębiorcy nie udzielają odpowiedzi na jego żądanie. Podkreślić należy, że ustawodawca szeroko zakreśla odpowiedzialność przedsiębiorcy za naruszenia typu proceduralnego, czego wyrazem jest zagrożenie sankcją w postaci nałożenia kary pieniężnej nawet w przypadku nieumyślnego nieudzielenia informacji żądanych przez Prezesa Urzędu.

W niniejszej sprawie Prezes Urzędu uznał za konieczne nałożenie na Avans kary pieniężnej z uwagi na fakt nieudzielenia w wyznaczonym terminie informacji żądanych przez Prezesa Urzędu na podstawie art. 50 ustawy antymonopolowej w toku wszczętego w dniu 22 listopada 2012 r. postępowania w sprawie koncentracji, polegającej na przejęciu przez BSH kontroli nad Zelmer. Chociaż art. 106 ust. 2 pkt 2 ustawy antymonopolowej stanowi o nałożeniu kary pieniężnej w razie nieudzielenia informacji lub w razie udzielenia informacji nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd i nie mówi wprost o sankcjonowaniu karą pieniężną przekroczenia przez przedsiębiorcę terminu na udzielenie informacji, to oczywiste jest, że sformułowanie "*nieudzielenie informacji*" oznacza w kontekście celu tego przepisu,

jego istotnego sensu normatywnego, zarówno nieudzielenie informacji w ogóle, jak i udzielenie informacji po wyznaczonym przez Prezesa Urzędu terminie³. Zważywszy, że przekazanie Prezesowi Urzędu stosownych informacji ma służyć sprawnemu i efektywnemu przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego należy przyjąć, że nieudzielenie informacji w terminie (udzielenie jej po upływie wyznaczonego terminu) stanowi taką samą przeszkodę w osiągnięciu tego celu, jak nieudzielenie jej w ogóle⁴.

Prezes Urzędu zdecydował o nałożeniu na Avans kary pieniężnej w wysokości 16.352,80 złotych, co stanowi równowartość 4 000 euro. Nakładając karę pieniężną organ antymonopolowy wziął pod uwagę fakt naruszenia przez Spółkę obowiązku, o którym mowa w art. 50 ustawy antymonopolowej, skutkującym sankcją określoną w art. 106 ust. 2 pkt 2 tej ustawy, poprzez nieudzielenie przez nią odpowiedzi na żądanie Prezesa Urzędu w wyznaczonym terminie, udzielenie jej dopiero po upływie 45 dni od wezwania i po otrzymaniu zawiadomienia o wszczęciu postępowania w sprawie nałożenia kary pieniężnej.

Informacje żądane przez Prezesa Urzędu, w tym m.in. ocena koncentracji będącej przedmiotem postępowania antymonopolowego oraz krótka charakterystyka Spółki i grupy kapitałowej, do której należy, miały dla organu antymonopolowego znaczenie przy ocenie zamiaru koncentracji, polegającej na przejściu przez BSH kontroli nad Zelmerem i jej skutków rynkowych. Powyższe wynika z faktu, iż uczestnicy koncentracji byli i są jednymi z największych podmiotów działających na rynkach wprowadzania do obrotu poszczególnych typów sprzętu AGD i na wielu z tych rynków ich udziały były bliskie lub przekraczały granicę 40%, tj. próg, z którym ustawa o ochronie konkurencji wiąże domniemanie posiadania pozycji dominującej na rynku, Avans zaś jest istotnym kontrahentem i dystrybutorem BSH i Zelmera.

Podkreślić również należy, iż postępowanie antymonopolowe w sprawie koncentracji, stosownie do treści art. 96 ust. 1 ustawy antymonopolowej, powinno być zakończone nie później niż w terminie 2 miesięcy od dnia jego wszczęcia. Zwrócenie się przez Prezesa Urzędu do przedsiębiorców z żądaniem udzielenia informacji na podstawie art. 50 tej ustawy nie przerywa ani nie przedłuża terminu rozstrzygnięcia sprawy. W związku z tym zagrożenie sankcją przewidzianą w art. 106 ust. 2 pkt 2 ustawy antymonopolowej jest jedynym środkiem, jakim dysponuje organ antymonopolowy, aby wymóc na ankietowanych przedsiębiorcach udzielenie informacji w określonym terminie, tj. przed zakończeniem postępowania w sprawie koncentracji, i aby odpowiedzi te mogły zostać uwzględnione przy ocenie danej

³ Por. wyrok SN z dnia 7 kwietnia 2004 r., III SK 31/04, niepublikowany.

⁴ Ibidem.

koncentracji. W przedmiotowej sprawie pismo Avans wpłynęło do Prezesa Urzędu 45 dni po upływie terminu na dostarczenie odpowiedzi. Skutkiem takiego zachowania Spółki było istotne faktyczne wydłużenie przeprowadzanych analiz rynkowych, wynikające z oczekiwania na otrzymanie odpowiedzi od Spółki, a co za tym idzie uniemożliwiło to wcześniejsze rozstrzygnięcie postępowania w sprawie koncentracji BSH oraz Zelmer.

Ustalając wysokość kary pieniężnej Prezes Urzędu wziął pod uwagę stopień zawinienia, objawiający się w możliwości udzielenia odpowiedzi na wezwanie Prezesa Urzędu i jego zaniechaniu. Informacje, o które wystąpił Prezes Urzędu, nie były pracochłonne w opracowaniu, o czym świadczy bardzo krótki czas pomiędzy otrzymaniem przez Spółkę informacji o wszczęciu niniejszego postępowania a datą przygotowania odpowiedzi. Należy zatem uznać, że informacje żądane przez Prezesa Urzędu Spółka posiadała, co oznacza, że nie udzielając odpowiedzi Avans zaniechał wykonania swojego ustawowego obowiązku z przyczyn leżących po jego stronie i za które odpowiadał. Ustalenia te potwierdziła sama Spółka uznając, że zaniechanie udzielenia żądanych informacji miało charakter nieumyślny. Natomiast wskazane okoliczności, które zdaniem Spółki miały charakter ekskulacyjny, tj. przekształcenia własnościowe i fizyczne przenoszenie biur i pracowników oraz szczyt sezonu sprzedażowego, nie sposób jest uznać za wyłączające odpowiedzialność Avans. Przekształcenia własnościowe przedsiębiorców są naturalnym elementem gospodarki wolnorynkowej, a podlegający im przedsiębiorcy nie zawieszają w tym czasie działalności gospodarczej, ani tym bardziej nie ulegają zawieszeniu ciężące na nich obowiązki czy to administracyjnoprawne czy też cywilnoprawne. Podobnie szczyt sezonu sprzedażowego nie stanowi istotnego czynnika, albowiem Spółka miała wystarczająco długi termin na przygotowanie odpowiedzi nawet w tym okresie, a ponadto znajdujący się w takiej samej sytuacji inni uczestnicy rynku, w znakomitej większości, dopełnili swych obowiązków wynikających z ustawy antymonopolowej. W konsekwencji późniejsze udzielenie przez Avans odpowiedzi na żądanie organu antymonopolowego, doręczone z półtoramiesięcznym opóźnieniem, należy uznać za naruszenie przepisów ustawy antymonopolowej, o którym mowa w art. 106 ust. 2 pkt 2 tej ustawy. Mając na względzie powyższe okoliczności i wyjaśnienia wskazane przez Spółkę organ antymonopolowy uznał, że Spółka nie udzieliła żądanych informacji nieumyślnie.

Kara pieniężna przewidziana w art. 106 ust. 2 pkt 2 ustawy antymonopolowej jest sankcją nakładaną na przedsiębiorcę za niedopełnienie obowiązku udzielenia na żądanie Prezesa Urzędu informacji niezbędnych do wszczęcia i prowadzenia - w interesie publicznym (art. 1 ust. 1 ww. ustawy) - postępowania antymonopolowego, w tym postępowania w

sprawie koncentracji. Ma ona na celu zniechęcenie przedsiębiorców do nieprzestrzegania obowiązku udzielania informacji na żądanie Prezesa Urzędu. Odmienne założenie osłabiłoby znacznie prewencyjną, represyjną i dyscyplinującą funkcję tej kary.

Zdaniem Prezesa Urzędu wymierzona kara pieniężna jest adekwatna do stopnia zawinienia Avans i skutecznie zapobiegnie naruszeniom ustawy antymonopolowej przez tę Spółkę w przyszłości. Spełnia również swoją rolę ogólnoprewencyjną, zniechęcającą do naruszenia prawa przez przedsiębiorców. Należy zarazem zauważyć, że wymiar kary wyznaczony w wysokości ok. 0,008% górnej granicy zagrożenia ustawowego, uwzględnia wskazane poniżej okoliczności łagodzące.

Okolicznością wziętą pod uwagę przez Prezesa Urzędu, wpływającą na obniżenie wysokości kary pieniężnej, był również fakt, iż uchybienie obowiązkowi udzielenia informacji stanowi pierwsze naruszenie przepisów ustawy antymonopolowej przez Avans.

Mając na uwadze powyższe Prezes Urzędu orzekł, jak w sentencji decyzji.

Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy antymonopolowej karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się decyzji, na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – NBP O/O Warszawa 51 1010 1010 0078 7822 3100 0000.

Zgodnie z art. 81 ust. 1 ustawy antymonopolowej w związku z art. 479²⁸ § 2 k.p.c. od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - w terminie dwutygodniowym od dnia jej doręczenia.

Z upoważnienia Prezesa Urzędu
Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Robert Kamiński
Dyrektor Departamentu Kontroli Koncentracji

Otrzymuje:

Avans sp. z o.o.

Modła Kolonia 5D

62-571 Stare Miasto