



PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW

DDR2-411/220/00/AI/k

Warszawa, dn. 2000.12.22

DECYZJA nr DDR - 14/2000

Na podstawie art. 104 k.p.a. i art. 15a ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów (Dz.U. z 1999 r., Nr 52, poz. 547), po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego wszczętego z urzędu w sprawie niewykonania w terminie, o którym mowa w art. 11 ust. 1 w związku z art. 11 ust. 2 pkt 3a cytowanej wyżej ustawy, obowiązku zgłoszenia zamiaru łączenia przedsiębiorców polegającego na objęciu przez Narodowy Fundusz Inwestycyjny OCTAVA S.A. z siedzibą w Warszawie udziałów w kapitale zakładowym nowo tworzonej spółki Hotel Grapa Sp. z o.o. z siedzibą w Konstancinie-Jeziornej w liczbie powodującej przekroczenie 25% głosów na zgromadzeniu wspólników, nakłada się na Narodowy Fundusz Inwestycyjny OCTAVA S.A. karę pieniężną w wysokości 9.000 zł (słownie: dziewięć tysięcy złotych) płatną do budżetu państwa.

UZASADNIENIE

W dniu 27 września 2000 r. (pismo z dnia 26 września 2000 r.) do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zwanego dalej organem antymonopolowym, wpłynęło od reprezentowanego przez Pełnomocnika, Narodowego Funduszu Inwestycyjnego OCTAVA S.A., zwanego dalej NFI OCTAVA, zgłoszenie zamiaru łączenia polegającego na objęciu przez NFI OCTAVA udziałów w kapitale zakładowym nowo tworzonej spółki Hotel Grapa

Sp. z o.o. z siedzibą w Konstancinie-Jeziornej, zwanej dalej Hotel Grapa, w liczbie powodującej przekroczenie głosów na zgromadzeniu wspólników.

Jak podano w ww. zgłoszeniu, łączna wartość rocznej sprzedaży przedsiębiorców uczestniczących włączeniu - w roku kalendarzowym poprzedzającym rok, w którym powinien zostać zgłoszony zamiar łączenia, czyli w 1998 r. - przekroczyła EURO. Wobec przekroczenia ww. kwoty wartości sprzedaży oraz przekroczenia przez NFI OCTAVA progu głosów na zgromadzeniu wspólników spełnione zostały przesłanki art. 11 ust. 2 pkt 3a ustawy z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów (Dz.U. z 1999 r., Nr 52, poz. 547), zwanej dalej ustawą antymonopolową, do dokonania zgłoszenia zamiaru łączenia organowi antymonopolowemu.

Zgodnie z przepisami art. 11 ust. 1 ustawy antymonopolowej, w przypadkach określonych w art. 11 ust. 2 pkt 3a ustawy zgłoszeniu prezesowi Urzędu podlega zamiar łączenia przedsiębiorców w terminie 14 dni od dokonania czynności, z którą ustawa wiąże ten obowiązek. Z analizy nadesłanego materiału wynika, że zawarcie umowy spółki Hotel Grapa miało miejsce w dniu 10 grudnia 1999 r. Wobec powyższego zamiar łączenia polegający na objęciu przez NFI OCTAVA udziałów w kapitale zakładowym nowo tworzonej spółki Hotel Grapa powstał przed tą datą, a jego zgłoszenie organowi antymonopolowemu powinno nastąpić najpóźniej w terminie 14 dni od ww. daty, nastąpiło natomiast w dniu 27 września 2000 r.

W związku z powyższym w dniu 3 listopada 2000 r. zostało wszczęte, na podstawie art. 15a ust. 1 pkt 1 ustawy antymonopolowej, postępowanie administracyjne przeciwko NFI OCTAVA w sprawie nałożenia kary za niewykonanie w terminie obowiązku zgłoszenia zamiaru łączenia przedsiębiorców.

Na pytania organu antymonopolowego zawarte w zawiadomieniu o wszczęciu postępowania, dotyczące: przyczyn niewykonania w terminie obowiązku dokonania zgłoszenia zamiaru łączenia, daty dokonania czynności, z którą ustawa wiąże obowiązek dokonania zgłoszenia oraz wielkości przychodu osiągniętego przez NFI OCTAVA w 1999 r., strona odpowiedziała pismem z dnia 7 listopada 2000 r., bez znaku. W piśmie tym strona wyjaśnia, iż zasadniczą przyczyną niewywiązania się w terminie z obowiązku dokonania zgłoszenia był fakt niedostrzeżenia nowelizacji ustawy antymonopolowej, która weszła w życie w dniu 2 stycznia 1999 r. (Dz.U. z 1998 r., Nr 145, poz 938). Nowelizacja ta wprowadziła w art. 11 ust. 2 ustawy nowy punkt 3a, dotyczący zamiaru objęcia akcji lub udziałów nowo tworzonego przedsiębiorcy, powodującego osiągnięcie lub przekroczenie głosów na walnym

zgromadzeniu lub zgromadzeniu wspólników, jeżeli łączna wartość sprzedaży towarów podmiotów obejmujących te akcje lub udziały - w roku kalendarzowym poprzedzającym rok zgłoszenia zamiaru - przekracza EURO. Ponadto strona pozostawała w błędnym przekonaniu, że utworzenie spółki zależnej w celu zagospodarowania nieruchomości, które nie wywołuje zmian na rynku, nie podlega obowiązkowi zgłoszenia organowi antymonopolowemu a także że ujemna wartość przychodów NFI OCTAVA z inwestycji powoduje, iż nie zostaje spełniona jedna z dwóch przesłanek ustawy antymonopolowej niezbędnych do powstania obowiązku zgłoszenia zamiaru łączenia, a mianowicie przesłanka dotycząca przekroczenia progu EURO wartości sprzedaży towarów i usług.

Organ antymonopolowy zważył, co następuje:

Zgodnie z art. 11 ust. 1 i ust. 2 pkt 3a ustawy antymonopolowej obowiązkowi zgłoszenia w terminie 14 dni od dokonania czynności, z którą ustawa wiąże ten obowiązek, podlega zamiar objęcia akcji lub udziałów nowo tworzonego przedsiębiorcy, powodującego osiągnięcie lub przekroczenie głosów na walnym zgromadzeniu lub zgromadzeniu wspólników, jeżeli łączna wartość rocznej sprzedaży towarów podmiotów obejmujących te akcje lub udziały - w roku kalendarzowym poprzedzającym rok zgłoszenia zamiaru - przekracza EURO. Zgłoszenia zamiaru łączenia do organu antymonopolowego zgodnie z par. 2 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 7 grudnia 1999 r. w sprawie określenia szczegółowych warunków, jakim powinno odpowiadać zgłoszenie zamiaru łączenia przedsiębiorców, oraz określenia organów podmiotów zobowiązanych do dokonania tego zgłoszenia (Dz.U. z 1999 r., Nr 99, poz 1161), dokonują organy zarządzające przedsiębiorców zamierzających objąć te akcje albo udziały. Zgłoszenie, o którym mowa, powinno poprzedzić fazę objęcia udziałów, natomiast zamiar powinien być skonkretyzowany w stopniu umożliwiającym zgłoszenie organowi antymonopolowemu.

Z przedstawionych przez stronę dokumentów wynika, że spółka Hotel Grapa zawiązana została 10 grudnia 1999 r. (akt notarialny Repetytorium A-11076/99), a NFI OCTAVA przystąpił do niej na zasadach określonych w przyjętym statucie. Jednocześnie, wg oświadczenia strony, nie wystąpiła inna czynność, z dokonaniem której mógłby być wiązany obowiązek zgłoszenia zamiaru łączenia. Należy zatem uznać, iż w przypadku przedmiotowego

zamiaru łączenia, czynnością, o której mowa w art. 11 ust. 1 ustawy antymonopolowej, jest zawarcie umowy spółki, które miało miejsce w dniu 10 grudnia 1999 r. Wobec powyższego od daty zawarcia umowy spółki biegnie 14 dniowy termin na zgłoszenie zamiaru łączenia Prezesowi Urzędu. Zgłoszenie zamiaru łączenia dokonane zostało w dniu 27 września 2000 r.

Z dokonanych ustaleń wynika, iż niewywiązanie się NFI OCTAVA w terminie z obowiązku dokonania zgłoszenia spowodowane było:

- niedostrzeżeniem nowelizacji ustawy antymonopolowej, która weszła w życie w dniu 2 stycznia 1999 r. (Dz.U. z 1998 r., Nr 145, poz 938) i wprowadziła w art. 11 ust. 2 ustawy nowy punkt 3a dotyczący zamiaru objęcia akcji lub udziałów nowo tworzonego przedsiębiorcy,

- błędnym przekonaniem, że ujemna wartość przychodów NFI OCTAVA z inwestycji powoduje, iż nie zostaje spełniona jedna z dwóch przesłanek ustawy antymonopolowej niezbędnych do powstania obowiązku zgłoszenia zamiaru łączenia, a mianowicie przesłanka dotycząca przekroczenia progu EURO wartości sprzedaży towarów i usług,

- przeświadczeniem, że utworzenie spółki zależnej w celu zagospodarowania nieruchomości, które nie wywołuje zmian na rynku, nie podlega obowiązkowi zgłoszenia organowi antymonopolowemu.

Ustosunkowując się do wyjaśnień strony organ antymonopolowy uznał, że zarówno nieznanomość znowelizowanych przepisów ustawy antymonopolowej, jak i błędna interpretacja art. 11 ust. 1 i 2 nie może stanowić uzasadnienia dla niewykonania obowiązku zgłoszenia zamiaru łączenia podmiotów, o którym mowa w art. 11 ust. 1 ustawy antymonopolowej.

Art. 11 ust. 2 pkt 3a dotyczący zamiaru objęcia akcji lub udziałów nowo tworzonego przedsiębiorcy został wprowadzony do ustawy antymonopolowej w wyniku nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 października 1998 r., opublikowaną w Dzienniku Ustaw Nr 145 (poz. 938) z dnia 2 grudnia 1998 r., która weszła w życie w dniu 2 stycznia 1999 r. Zawarcie umowy spółki Hotel Grapa nastąpiło w dniu 10 grudnia 1999 r., zatem miało miejsce dwanaście miesięcy po opublikowaniu i jedenaście miesięcy po wejściu w życie nowelizacji ustawy antymonopolowej, co z kolei wydaje się być wystarczającym okresem na zapoznanie się z jej nowymi przepisami. Ponadto nieznanomość przepisów nowelizujących ustawę antymonopolową nie może stanowić przyczyny niewykonania obowiązku, ponieważ przed wskazaną wyżej nowelizacją ustawy antymonopolowej w przypadku łączenia polegającego na utworzeniu nowej spółki zamiar ten podlegał również obowiązkowi zgłoszenia zgodnie z obowiązującymi wówczas przepisami art. 11 ust. 2 pkt 3 ustawy.

W toku postępowania ustalono, że strona pozostawała w przekonaniu, że ujemna wartość przychodów NFI OCTAVA z inwestycji powoduje, iż nie zostaje spełniona jedna z dwóch przesłanek ustawy antymonopolowej warunkujących powstanie obowiązku zgłoszenia zamiaru łączenia, a mianowicie przesłanka dotycząca przekroczenia progu EURO łącznej wartości rocznej sprzedaży towarów i usług. Kwestia łącznej wartości rocznej sprzedaży towarów została uregulowana w art. 11 ust. 4 ustawy. Zgodnie z tym przepisem łączna wartość rocznej sprzedaży towarów, o której mowa w ust. 2, obejmuje zarówno sprzedaż dokonywaną przez podmioty dominujące, jak i zależne w rozumieniu art. 4 pkt 16 ustawy z 21 sierpnia 1997 r. - Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi (Dz.U. nr 118, poz. 754). Tym samym w ocenie organu antymonopolowego brak jest podstaw do innego rozumienia przepisu art. 11 ust. 2 pkt 3a w zakresie łącznej wartości rocznej sprzedaży towarów niż sumaryczna wartość sprzedaży osiągnięta przez grupy kapitałowe, do których należą podmioty obejmujące akcje lub udziały nowo tworzonego przedsiębiorcy.

Przepis art. 11 ust. 1 ustawy antymonopolowej nakłada na przedsiębiorców obowiązek zgłoszenia Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zamiaru łączenia w przypadkach określonych w ust. 2 i 3 tego artykułu, w terminie 14 dni od dokonania czynności, z którą ustawa wiąże ten obowiązek. Zgłoszenie zamiaru łączenia w przypadkach określonych przepisami ma zatem charakter obligatoryjny i ocena wpływu tego łączenia na stan konkurencji przez jego uczestników nie jest istotna z punktu widzenia powstania obowiązku zgłoszenia łączenia organowi antymonopolowemu. Uczynił to za nich ustawodawca określając przypadki zamiaru łączenia podlegające zgłoszeniu i termin tego zgłoszenia. W celu zapewnienia możliwości egzekwowania nałożonych przepisami art. 11 ustawy antymonopolowej obowiązków Prezes Urzędu otrzymał określone w art. 15a ust. 1 pkt 1 ustawy antymonopolowej uprawnienia polegające na tym, że może w drodze decyzji nałożyć na przedsiębiorcę karę pieniężną. Jest bezsporne, iż nakładanie przez organ antymonopolowy kar w trybie przepisów art. 15a odbywa się w trybie uznania administracyjnego. W ocenie organu antymonopolowego nie można natomiast wiązać możliwości nałożenia lub nienażenia przez Prezesa Urzędu na przedsiębiorcę kary z tytułu niewywiązania się z obowiązku dokonania zgłoszenia zamiaru łączenia z merytoryczną oceną wpływu zamierzonego łączenia na stan konkurencji. Ocena ta ma zasadnicze znaczenie w trakcie rozpatrywania dokonanego zgłoszenia zamiaru łączenia, w efekcie którego organ antymonopolowy może wydać decyzję zakazującą łączenia przedsiębiorców. Odmienne kryteria mają natomiast zastosowanie przy wydaniu decyzji w trybie 15a ustawy w związku z niewywiązaniem się przez przedsiębiorcę

z obowiązku (bez względu na ocenę jego wpływu na rynek zarówno przez uczestników łączenia, jak i organ antymonopolowy) zgłoszenia zamiaru łączenia w określonym terminie. Zasadniczego znaczenia nabiera wówczas ocena przyczyn niedokonania zgłoszenia lub jego dokonania z przekroczeniem terminu, wielkość przekroczenia terminu itp. Ocena ta pozwala organowi antymonopolowemu na rozstrzygnięcia dotyczące nałożenia lub nienałożenia kary pieniężnej na przedsiębiorcę oraz ustalenie wysokości tej kary. Kryterium wpływu łączenia na stan konkurencji, zasadnicze przy rozpatrywaniu jego zgodności z prawem antymonopolowym, nie może stanowić podstawy do podjęcia decyzji o nałożeniu kary lub jej nienakładaniu. Przedmiotem postępowania jest bowiem przestrzeganie przez przedsiębiorcę przepisów ustawy antymonopolowej, a nie jego zachowania rynkowe. Nie oznacza to, że organ antymonopolowy nakładając karę nie bierze pod uwagę wpływu zamierzonego łączenia na konkurencję rynkową, uwzględnia go jednak miarkując odpowiednio karę.

Organ antymonopolowy uznał, że wyjaśnienia złożone przez stronę wskazujące na niewystarczającą znajomość, czy też błędną interpretację przepisów ustawy antymonopolowej, nie stanowią uzasadnienia dla niewykonania w terminie obowiązku zgłoszenia zamiaru łączenia przedsiębiorców w terminie, o którym mowa w art. 11 ust. 1 ustawy antymonopolowej.

W wyniku przeprowadzonego postępowania organ antymonopolowy postanowił, na podstawie art. 15a ust. 1 pkt 1 ustawy antymonopolowej, nałożyć na NFI OCTAVA karę w wysokości 9.000 zł. Powołany przepis art. 15a ust. 1 pkt 1 ustawy antymonopolowej przewiduje możliwość nałożenia na przedsiębiorcę kary pieniężnej w wysokości do 1% przychodu za każdy rozpoczęty miesiąc niewykonania obowiązku, o którym mowa w art. 11 ustawy antymonopolowej. Według przepisów art. 2 pkt 10 ustawy antymonopolowej przez przychód rozumie się 1/12 przychodu uzyskanego w roku podatkowym poprzedzającym dzień wydania decyzji organu antymonopolowego. W trakcie postępowania ustalono, na podstawie przedstawionego przez stronę zeznania o wysokości osiągniętego dochodu (poniesionej straty) przez podatnika podatku dochodowego od osób prawnych, że roczny przychód NFI OCTAVA za 1999 r. w rozumieniu przepisów o podatku dochodowym od osób prawnych wyniósł _____ zatem przychód, o którym mowa w art. 2 pkt 10 ustawy antymonopolowej, wynosi _____ zaś wielkość, o której mowa w art. 15a ust. 1 pkt 1 ustawy antymonopolowej (tj. 1% przychodu), wynosi _____

_____ za każdy rozpoczęty miesiąc niewykonania obowiązku. Organ antymonopolowy orzekając karę w wysokości 9.000 zł kierował się następującymi przesłankami:

- podstawowy cel uregulowań ustawy antymonopolowej dotyczący kontroli połączeń przedsiębiorców został osiągnięty - przedsiębiorca zgłosił, co prawda ze znacznym opóźnieniem, ww. łączenie,
- przedmiotowe łączenie nie wywołało - z punktu widzenia konkurencji - wpływu na funkcjonowanie rynku.

Zważywszy powyższe organ antymonopolowy uznał, że kara powinna mieć charakter prewencyjny, dyscyplinujący przedsiębiorcę do zachowań zgodnych z ustawą, a nie represyjny. Sąd orzeka się jak w sentencji.

Od niniejszej decyzji służy odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Antymonopolowego w terminie 14 dni od daty otrzymania decyzji za pośrednictwem prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Karę pieniężną należy wpłacić w terminie 7 dni od uprawomocnienia się decyzji na konto NBP O/O Warszawa 10101010 - 7878-223-1

Z upoważnienia Prezesa Urzędu

Otrzymuje:

Pan Marek Tadeusiak

Pełnomocnik

Narodowego Funduszu
Inwestycyjnego OCTAVA SA
ul. Krakowskie Przedmieście 4/6
00-333 Warszawa

D Y R E K T O R
Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Marek Wójcikiewicz

Kancelaria Adwokacka Prawa Konkurencji

ul. Żurawia 7/9
91-455 Łódź