



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

DOK-1-430/1/07/GG

Warszawa, dnia 18 października 2007 r.

D E C Y Z J A Nr DKK - 36/07

Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, po przeprowadzeniu wszczętego z urzędu postępowania antymonopolowego, **nakłada na:**

- 1) Polenergia S.A. z siedzibą w Warszawie karę pieniężną w wysokości 12.653 zł (*słownie: dwanaście tysięcy sześćset pięćdziesiąt trzy złote*),
- 2) Fabrykę Butli Technicznych „Milmet” S.A. z siedzibą w Sosnowcu karę pieniężną w wysokości 2.991 zł (*słownie: dwa tysiące dziewięćset dziewięćdziesiąt jeden złotych*),
- 3) ZIS Energia Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie karę pieniężną w wysokości 1 000 zł (*słownie: tysiąc złotych*),

płatną do budżetu państwa, za dokonanie koncentracji, polegającej na utworzeniu przez wyżej wskazanych przedsiębiorców wspólnego przedsiębiorcy pod firmą „CNG–Polska” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, bez uzyskania zgody Prezesa Urzędu, tj. z naruszeniem obowiązku, o którym mowa w art. 12 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (tekst jedn. Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 ze zm.).

UZASADNIENIE

W dniu 29 czerwca 2007 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zwany dalej „Prezesem Urzędu” lub „organem antymonopolowym”, wszczął z urzędu postępowanie w sprawie nałożenia, na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) na:

- Polenergia S.A. siedzibą w Warszawie (dalej: „Polenergia”),
 - Fabrykę Butli Technicznych „Milmet” S.A. z siedzibą w Sosnowcu (dalej: „Milmet”),
 - ZIS Energia Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej: „ZIS Energia”),
- kar pieniężnych za dokonanie koncentracji bez uzyskania zgody Prezesa Urzędu, polegającej na utworzeniu przez powyższych przedsiębiorców wspólnego przedsiębiorcy pod firmą „CNG–Polska” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „CNG–Polska”).

Jednocześnie Prezes Urzędu, postanowieniem z dnia 1 sierpnia 2007 r., do materiału dowodowego w niniejszej sprawie włączył akta o sygn. DOK-1-422/3/07/GG, zgromadzone w postępowaniu w sprawie koncentracji, polegającej na utworzeniu przez Polenergia, Milmet i ZIS Energia wspólnego przedsiębiorcy pod firmą CNG–Polska.

W trakcie postępowania organ antymonopolowy ustalił, co następuje:

Podstawą do wszczęcia niniejszego postępowania były informacje powzięte przez organ antymonopolowy w ramach wszczętego w dniu 13 kwietnia 2007 r., na wniosek Polenergia, Milmet i ZIS Energia, postępowania antymonopolowego w sprawie koncentracji, polegającej na wspólnym utworzeniu przez powyższych przedsiębiorców spółki CNG–Polska. W postępowaniu tym stwierdzono, że zostały spełnione niezbędne przesłanki uzasadniające obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji, bowiem:

- łączny obrót przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekroczył równowartość 50 mln euro, tj. kwotę określoną w art. 12 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (tekst jedn. Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 ze zm.)¹,
- utworzenie przez przedsiębiorców wspólnego przedsiębiorcy jest jednym ze sposobów koncentracji określonym w art. 12 ust. 2 pkt. 3 ww. ustawy,
- w przedmiotowej sprawie nie wystąpiła żadna okoliczność z katalogu przesłanek egzoneracyjnych, wymienionych w art. 13 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, powodująca wyłączenie obowiązku zgłoszenia koncentracji.

Wobec powyższego, zgodnie z art. 94 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*, na Polenergia, Milmet i ZIS Energia ciążył obowiązek zgłoszenia organowi antymonopolowemu zamiaru utworzenia wspólnego przedsiębiorcy, tj. CNG–Polska. Przedsiębiorcy biorący udział w tworzeniu spółki CNG–Polska zgłosili tę koncentrację Prezesowi Urzędu w dniu 13 kwietnia 2007 r. Następnie, pismem otrzymanym w dniu 25 kwietnia 2007 r., powiadomili Prezesa Urzędu, że spółka CNG–Polska została zarejestrowana w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego (KRS) w dniu 23 stycznia 2007 r. A zatem spółka CNG–Polska została utworzona i zarejestrowana przed dokonaniem stosownego zgłoszenia zamiaru koncentracji i uzyskaniem zgody Prezesa Urzędu, czyli z naruszeniem obowiązku o którym mowa w art. 12 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

Wobec oczywistej bezprzedmiotowości powyższego postępowania (notyfikacji Prezesowi Urzędu podlega zamiar koncentracji a nie dokonana koncentracja), zostało ono umorzone decyzją Prezesa Urzędu Nr DKK-75/07 z dnia 12 czerwca 2007 r.

Ustosunkowując się do zawiadomienia o wszczęciu postępowania w sprawie nałożenia kary pieniężnej Polenergia, Milmet i ZIS Energia wyjaśniły, że powodem

¹ Zgłoszenie w sprawie przedmiotowej koncentracji wpłynęło do UOKiK w dniu 13 kwietnia 2007 r., czyli w okresie obowiązywania ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (tekst jedn. Dz. U. z 2000 r. Nr 244 poz. 2080 ze zm.), dlatego też postępowanie antymonopolowe w sprawie tej koncentracji było przeprowadzone na podstawie przepisów ww. ustawy. Natomiast od dnia 21 kwietnia 2007 r. zaczęła obowiązywać ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), stąd też postępowanie w sprawie nałożenia kary wszczęte w dniu 29 czerwca 2007 r. przeprowadzone zostało według przepisów nowej ustawy.

niezgłoszenia zamiaru koncentracji przed zarejestrowaniem spółki CNG–Polska były wątpliwości dotyczące obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji, które wynikały ze struktury własnościowej jednego z przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji. Jednocześnie Polenergia, Milmet i ZIS Energia podkreślały, że ich działania nie miały na celu obejścia bądź naruszenia prawa. Świadczy o tym fakt dobrowolnego powiadomienia organu antymonopolowego o dokonaniu koncentracji bez zgody Prezesa Urzędu. Ponadto Polenergia, Milmet i ZIS Energia poinformowały, iż mimo zarejestrowania w KRS w dniu 23 stycznia 2007 r. spółka CNG–Polska nie podjęła dotychczas działalności.

Jednocześnie wszyscy trzej przedsiębiorcy wystąpili z wnioskiem o odstąpienie od nakładania na nich kary pieniężnej, ewentualnie nadzwyczajne jej złagodzenie.

W trakcie postępowania Prezes Urzędu ustalił również, iż w roku 2006 przychód uzyskany przez Polenergia wyniósł 632.638.344,50 zł, przez Milmet wyniósł 149.568.814,62 zł, natomiast ZIS Energia nie uzyskała w tym okresie żadnych przychodów.

Organ antymonopolowy zważył, co następuje:

Koncentracja polegająca na utworzeniu przez Polenergia, Milmet i ZIS Energia wspólnego przedsiębiorcy, tj. CNG–Polska została dokonana w trakcie obowiązywania ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Artykuł 12 tej ustawy stanowił, iż obowiązkowi zgłoszenia organowi antymonopolowemu podlega zamiar koncentracji w przypadku spełnienia przesłanek wynikających z tego artykułu, z uwzględnieniem art. 14 – 15, o ile nie zaistnieją okoliczności wymienione w art. 13 ww. ustawy.

Obowiązkowi zgłoszenia organowi antymonopolowemu podlega koncentracja już na etapie zamiaru jej dokonania, tym samym jest to kontrola *ex ante*. Powyższe stanowisko organu antymonopolowego znalazło potwierdzenie w wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 15 stycznia 2003 r. sygn. akt XVII Ama 32/02, w którym m.in. stwierdzono: „*Celem wprowadzenia obowiązku zgłaszania koncentracji na etapie zamiaru, było zagwarantowanie rozwoju konkurencji*

i pewności obrotu, albowiem w razie wydania na podstawie art. 19 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów decyzji o zakazie dokonania koncentracji, będzie ona łatwo egzekwowalna i, co nie pozostaje bez znaczenia, nie wystąpią negatywne skutki rynkowe związane z ewentualnym unieważnieniem zawartych wcześniej umów.” Oznacza to, że celem nałożenia na przedsiębiorców obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji jest objęcie kontrolą organu antymonopolowego zamiaru jej dokonania, ewentualne niedopuszczenie do nadmiernej koncentracji oraz do powstania negatywnych skutków na rynku. Ustawodawca nie uzależnił powstania obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji od ewentualnych skutków, jakie może spowodować na rynku realizacja zamiaru tej koncentracji. Obowiązek dokonania zgłoszenia zamiaru koncentracji ciąży więc na przedsiębiorcach niezależnie od tego, jaki skutek dla konkurencji i konsumentów wywoła planowana koncentracja.

Reasumując należy stwierdzić, iż zgłoszenie zamiaru koncentracji jest obowiązkiem formalnym, a jego naruszenie zagrożone było możliwością nałożenia kary pieniężnej, o której mowa w art. 101 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Jednocześnie w związku z utratą w dniu 20 kwietnia 2007 r. mocy prawnej powyższej ustawy, podstawą nałożenia kary pieniężnej w niniejszym postępowaniu jest art. 106 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

Artykuł 106 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* stanowi, iż organ antymonopolowy może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie, dokonał koncentracji bez uzyskania zgody Prezesa Urzędu. Nałożenie kary pieniężnej za nie zgłoszenie zamiaru koncentracji ma, w świetle ustawy antymonopolowej, charakter fakultatywny, za czym przemawia użyty w powyższym przepisie zwrot „może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną”. Zgodnie z powyższym przepisem organ antymonopolowy może nałożyć na przedsiębiorcę karę pieniężną, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie, dokonał koncentracji bez uzyskania zgody Prezesa Urzędu, czyli jeśli

nie wykonał obowiązku ustawowego, wynikającego z przepisów ustawy antymonopolowej.

Pomimo tego, że nałożenie na przedsiębiorcę sankcji za dokonanie koncentracji bez zgody Prezesa Urzędu jest fakultatywne, organ antymonopolowy uznał, że nałożenie na Polenergia, Milmet i ZIS Energia kar pieniężnych jest uzasadnione. Decydując o nałożeniu kar pieniężnych, organ antymonopolowy kierował się przede wszystkim przesłanką, iż Polenergia, Milmet i ZIS Energia nie wykonały obowiązku ustawowego, jaki został na tych przedsiębiorców nałożony.

Poprzez nie wykonanie obowiązku ustawowego, uniemożliwiono organowi antymonopolowemu dokonania oceny przedmiotowej koncentracji *ex ante*. Wobec powyższego organ antymonopolowy stwierdził, iż w świetle art. 106 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o *ochronie konkurencji i konsumentów* nałożenie na Polenergia, Milmet i ZIS Energia kar pieniężnych za dokonanie omawianej koncentracji bez zgody Prezesa Urzędu jest uzasadnione.

Ponadto w ocenie organu antymonopolowego, nie zasługuje na uwzględnienie wyjaśnienie stron, iż powodem dokonania koncentracji bez zgody Prezesa Urzędu były wątpliwości dotyczące struktury własnościowej jednego z uczestników koncentracji. Nakładając karę pieniężną określoną w art. 106 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o *ochronie konkurencji i konsumentów* Prezes Urzędu wziął pod uwagę konieczność spełnienia przesłanek podmiotowych, tj. stwierdzenia, że określone w ww. przepisie naruszenie dokonane było co najmniej nieумыślnie. Konieczność brania pod uwagę przesłanki winy w przypadku stosowania kar pieniężnych określonych w art. 106 ust. 1 ustawy antymonopolowej wynika bezpośrednio nie tylko z treści tego przepisu, ale również pozostaje w zgodzie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego². Zgodnie z art. 83 Konstytucji RP, każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej. Obowiązek znajomości i przestrzegania norm prawa ciąży tym bardziej na profesjonalnych uczestnikach obrotu rynkowego, takich jak przedsiębiorcy. Podmioty profesjonalnie działające na rynku powinny posiadać umiejętność przewidywania, czy podejmowane

² Por. orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 1 marca 1994 r., sygn. akt U/93

przez nie działania będą uznane przez Prezesa Urzędu za naruszające przepisy ustawy antymonopolowej i nie mogą skutecznie dowodzić braku świadomości naruszenia tychże przepisów. Przeprowadzone postępowanie wykazało, że działania podjęte przez Polenergia, Milmet i ZIS Energia uznać należy za co najmniej nieumyślne. Zawijając nową spółkę bez zgody Prezesa Urzędu ww. przedsiębiorcy powinni byli przewidzieć, iż takie działanie może naruszać przepis art. 12 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*. W świetle powyższych okoliczności uzasadnione jest więc twierdzenie, że działania Polenergia, Milmet i ZIS Energia mają charakter co najmniej nieumyślny.

Zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* organ antymonopolowy mógłby nałożyć w niniejszej sprawie kary pieniężne w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego przez Polenergia i Milmet w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, czyli w 2006 r. Natomiast w przypadku spółki ZIS Energia, która w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, tj. w 2006 r. nie osiągnęła żadnego przychodu, organ antymonopolowy stosownie do przepisu art. 106 ust. 4 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* mógłby ustalić karę pieniężną w wysokości do dwustukrotności przeciętnego wynagrodzenia, przez które rozumie się przeciętne miesięczne wynagrodzenie w sektorze przedsiębiorstw za ostatni miesiąc kwartału poprzedzającego dzień wydania decyzji Prezesa Urzędu, ogłaszane przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (por. art. 4 pkt 16 ww. ustawy). Przeciętne miesięczne wynagrodzenie w sektorze przedsiębiorstw we wrześniu 2007 r. wynosiło 2.858,83 zł. Zatem kara maksymalna, którą Prezes Urzędu mógłby nałożyć na ZIS Energia wynosi 571.766 zł.

Zgodnie z informacjami przekazanymi przez Polenergia oraz Milmet przychód (w rozumieniu art. 4 pkt 15 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*) tych przedsiębiorców w 2006 r. wynosił odpowiednio: 632.638.344,50 zł i 149.568.814,62 zł. Zatem maksymalny wymiar kary pieniężnej, jaką organ antymonopolowy mógłby nałożyć na Polenergia wynosi 63.263.834,45 zł, a na Milmet 14.956.881,46 zł.

Kryteria brane pod uwagę przy ustalaniu kary pieniężnej nakładanej na podstawie art. 106 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* ustalone zostały w art. 111 tej ustawy. Zgodnie z tym przepisem przy ustalaniu wysokości kary należy uwzględnić w szczególności okres, stopień i okoliczności naruszenia przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, a także uprzednie naruszenia jej przepisów. Wysokość nałożonej kary powinna spełniać funkcję prewencyjną, tj. zapobiegać w przyszłości naruszeniom przepisów ustawy antymonopolowej, a także represyjną, tzn. stanowić reperkusję za jej naruszenie.

Przy wazeniu wysokości kary pieniężnej, Prezes Urzędu uwzględnił również okoliczność, iż do naruszenia prawa przez Polenergia, Milmet oraz ZIS Energia doszło w okresie obowiązywania ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Organ antymonopolowy uznał bowiem, iż ustawa ta jest względniejsza w stosunku do ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* w zakresie dotyczącym nakładania kar pieniężnych na przedsiębiorców, którzy nie osiągnęli przychodu (art. 106 ust. 4 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* przewiduje w takim przypadku możliwość nałożenia kary w wysokości maksymalnie do dwustukrotności przeciętnego wynagrodzenia, natomiast art. 107 ust. 4 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* stanowił, iż maksymalny wymiar kary mógł wynieść w takim przypadku stukrotność przeciętnego wynagrodzenia). Zatem kara maksymalna, którą Prezes Urzędu mógłby nałożyć na ZIS Energia w oparciu o przepisy ustawy z dnia 15 grudnia 2000 *o ochronie konkurencji i konsumentów* wynosi 285.883 zł.

Poza tym przepisy dotyczące nakładania kary jak również kryteriów branych pod uwagę przy jej ustalaniu są analogiczne w obu ustawach.

Organ antymonopolowy uznał, iż kara w niniejszej sprawie powinna spełniać przede wszystkim funkcje prewencyjną i dyscyplinującą ze względu na następujące okoliczności:

- Polenergia, Milmet i ZIS Energia z własnej inicjatywy dokonały zgłoszenia koncentracji Prezesowi Urzędu,
- dokonanie koncentracji przez Polenergia, Milmet i ZIS Energia bez zgody Prezesa Urzędu miało miejsce po raz pierwszy, a okres czasu, jaki upłynął od chwili zrealizowania (konsumpcji) zamiaru planowanej koncentracji, do chwili otrzymania przez Prezesa Urzędu zawiadomienia o tej koncentracji, nie był, w ocenie organu antymonopolowego, rażąco długi,
- nowoutworzona spółka - CNG–Polska, która powstała w wyniku dokonania tej koncentracji nie rozpoczęła jeszcze działalności, zatem fakt jej utworzenia z oczywistych względów nie wywierał dotychczas wpływu na stan konkurencji na rynku, na którym spółka będzie prowadzić działalność.

Biorąc powyższe pod uwagę organ antymonopolowy uznał, że waga i okoliczności naruszenia przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów przesądzają o zasadności nałożenia na Polenergia, Milmet oraz ZIS Energia kary w wysokości 0,02% maksymalnego wymiaru kar, jakie organ antymonopolowy mógłby nałożyć na tych przedsiębiorców. Organ antymonopolowy uznał również, iż kara nałożona na ww. poszczególnych przedsiębiorców nie może być niższa niż wysokość opłaty od wniosku za zgłoszenie zamiaru koncentracji przedsiębiorców, wynikająca z § 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 12 kwietnia 2001 r. w *sprawie wysokości opłat od wniosków o wszczęcie postępowania antymonopolowego oraz trybu ich uiszczania* (Dz. U. Nr 34, poz. 404) – obowiązującego w czasie kiedy przedsiębiorcy ci winni byli zgłosić zamiar przedmiotowej koncentracji – wynosząca 1000 zł.

Biorąc pod uwagę powyższe Prezes Urzędu postanowił nałożyć na:

- Polenergia karę pieniężną w wysokości 12.653 zł,
- Milmet karę pieniężną w wysokości 2.991 zł,
- ZIS Energia karę pieniężną w wysokości 1.000 zł.

Nalożone przez Prezesa Urzędu na Polenergia, Milmet oraz ZIS Energia kary pieniężne powinny w przyszłości nakłonić tych przedsiębiorców do przestrzegania zobowiązań wynikających z ustawy antymonopolowej.

Stąd orzeka się, jak w sentencji.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów*, w związku z art. 479²⁸ § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. *Kodeks postępowania cywilnego* (Dz. U. Nr 43, poz. 296 ze zm.) 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.

Pouczenie: *wyżej wymienione kwoty kar należy wpłacić na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w NBP Oddział Okręgowy Warszawa Nr 51101010100078782231000000 w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji.*

*Z upoważnieni
Prezesa Urzędu Ochrony
Konkurencji i Konsumentów*

Dyrektor
Departamentu Kontroli
Koncentracji
Robert Kamiński

Otrzymują:

- Polenergia S.A.
- Fabryka Butli Technicznych „Milmet” S.A.
- ZIS Energia Sp. z o.o.

za pośrednictwem pełnomocnika:

Radcy Prawnego Pana Andrzeja Wójcika
„Juszkiewicz, Wójcik, Domińczak, Zalewski”
Kancelaria Adwokacko – Radcowska Sp.p.
Al. Jana Pawła II 80 lok. F 35
00-175 Warszawa