



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

Warszawa, dnia 21 listopada 2006 r.

DOK3-430/3/06/MAB

DECYZJA nr DOK - 141/06

Na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jednolity Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080, ze zm.) Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nakłada na Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie karę pieniężną w wysokości 40.000 zł (słownie: czterdzieści tysięcy złotych) płatną do budżetu państwa z tytułu dokonania koncentracji, polegającej na przejęciu przez Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie kontroli nad EPSILIO S.A. z siedzibą w Łodzi, bez uzyskania zgody Prezesa Urzędu, tj. z naruszeniem obowiązku, o którym mowa w art. 12 ust. 1 i 2 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

UZASADNIENIE

Postanowieniem z dnia 23 czerwca 2006 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zwany dalej „Prezesem Urzędu” lub „organem antymonopolowym”, wszczął z urzędu na podstawie art. 44 ust. 2 w związku z art. 101 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jednolity Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080, ze zm.), zwanej dalej „ustawą o ochronie konkurencji”, postępowanie antymonopolowe w sprawie nałożenia na Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, zwaną dalej „Asseco” lub „Spółką”, kary pieniężnej z tytułu dokonania bez uzyskania zgody Prezesa Urzędu, koncentracji, polegającej na przejęciu przez Asseco kontroli nad EPSILIO S.A. z siedzibą w Łodzi, dalej jako „EPSILIO”, tj. z naruszeniem obowiązku, o którym mowa w art. 12 ust. 1 i 2 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji, o czym zawiadomił Asseco pismem z dnia 27 czerwca 2006 r.

Odnosząc się do postawionego zarzutu Asseco wniosło o umorzenie postępowania. Spółka wskazała, że choć spełniony został wymóg obrotów wynikający z art. 12 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji, i koncentracja spełniała przesłanki z art. 12 ust. 2 pkt 2 tej ustawy to nie podlegała zgłoszeniu do Prezesa Urzędu, ze względu na spełnienie przesłanki z art. 13 ust. 1 wyłączającego obowiązek zgłoszenia zamiaru tej koncentracji. Zgodnie z art. 13 ust. 1 lit. a nie podlega zgłoszeniu zamiar koncentracji, jeżeli obrót przedsiębiorcy, nad którym ma nastąpić przejęcie kontroli, zgodnie z art. 12 ust. 2 pkt 2, nie przekroczył na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w żadnym z dwóch lat obrotowych poprzedzających zgłoszenie równowartości 10.000.000 euro. Według Asseco obrót EPSILIO w dwóch latach obrotowych poprzedzających zamiar koncentracji, tj. 2002 r. i 2003 r., nie przekroczył 10.000.000 euro. Zgodnie z przedstawioną przez Spółkę interpretacją przepisów ustawy o ochronie konkurencji w zakresie obliczania obrotu przedsiębiorców na potrzeby zgłaszania zamiaru koncentracji do obrotu tego należy wliczyć obrót grupy kapitałowej, do której należy kupujący, natomiast w przypadku sprzedającego należy do obrotu wliczać obrót generowany przez podmiot będący przedmiotem transakcji wraz z obrotem jego podmiotów zależnych. Zdaniem Asseco nie można w takiej sytuacji włączać obrotu całej grupy kapitałowej, do której należy podmiot przejmowany. Zdaniem Spółki wynika to z intencji ustawodawcy, gdyż *„z punktu widzenia przeciwdziałania antykonkurencyjnym koncentracjom polegającym na nabywaniu akcji innego przedsiębiorstwa, zasadnym może być badanie wyłącznie skutków zamierzonej koncentracji w oparciu o wyniki ekonomiczne przedsiębiorcy, którego akcje są nabywane, a nie wyniki ekonomiczne wszystkich przedsiębiorców wchodzących w skład grupy kapitałowej, do której należał przedsiębiorca, którego akcje mają być nabyte”*. Asseco wskazało, że za taką interpretacją art. 13 ust.1 ustawy przemawia:

1. Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 3 października 2001 r., XVII Ama 60/00 (Dz.Urz.UOKiK 2001, Nr 3, poz.127), w którym Sąd uznał, że pojęcie obrotu, o którym mowa w omawianym art. 13 pkt 1 wyjaśnione zostało w art. 15 ustawy o ochronie konkurencji. Mianowicie obejmuje ono obrót zarówno przedsiębiorców bezpośrednio uczestniczących w koncentracji, jak i pozostałych przedsiębiorców należących do grup kapitałowych, do których należą przedsiębiorcy bezpośrednio uczestniczący w koncentracji. Analiza cytowanego przepisu prowadzi do wniosku, że w sprawach kontroli koncentracji obrót przedsiębiorców, o którym tutaj mowa, dotyczy obrotu bezpośredniego uczestnika koncentracji łącznie (po zsumowaniu) z obrotem pozostałych przedsiębiorców należących do jego grupy kapitałowej. Przedstawionej definicji obrotu w żadnym razie nie należy nadawać szerszego

zakresu, w szczególności interpretować pojęcia obrotu jako łącznego obrotu wszystkich uczestników koncentracji. Rozumowanie to pozostawałoby bowiem w sprzeczności zarówno z sensem art. 12 ust. 1, jak i art. 13 ust. 1 cytowanej ustawy.

2. Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 21 marca 2005 r., XVII Ama 29/04 (Dz.Urz.UOKiK 2005, Nr 2, poz. 28), w którym, zdaniem Asseco, Sąd miał uznać, że stosownie do treści 14 i 15 ustawy o ochronie konkurencji, przy koncentracji podmiotów działających w grupach kapitałowych uwzględnia się obrót zarówno przedsiębiorców bezpośrednio uczestniczących w koncentracji, jak i pozostałych przedsiębiorców należących do grup kapitałowych, do których należą przedsiębiorcy bezpośrednio uczestniczący w koncentracji, zaś dokonanie koncentracji przez przedsiębiorcę zależnego uważa się za jej dokonanie przez przedsiębiorcę dominującego. Byłoby zatem rzeczą logicznie sprzeczną, aby skutki koncentracji w wymiarze finansowym były oceniane przez pryzmat dwóch grup kapitałowych, których koncentracja dotyczy, a skutki organizacyjne tej samej koncentracji w kontekście wyłącznie jednego podmiotu z takiej grupy. Nie budzi bowiem wątpliwości, że grupa spółek może stanowić "jedność ekonomiczną", jeżeli różne jej składniki nie cieszą się rzeczywistą autonomią, lecz podlegają wspólnym mechanizmom kontrolnym. Stanowi to podstawę do oceny skutków koncentracji w wymiarze finansowym całej grupy. Jednak w takim przypadku również skutek organizacyjny koncentracji musi się odnosić do całej grupy, a zwłaszcza czy i w jakim zakresie następuje przejście nad nią kontroli. Z wyroku tego, zdaniem Asseco, płynie wniosek, że *„jeżeli koncentracja polega na nabyciu wyłącznie akcji jednej ze spółek wchodzących w skład grupy kapitałowej, a nie akcji wszystkich spółek wchodzących w skład grupy kapitałowej, to skoro bezspornym jest, że dla ustalenia progu istotny jest wyłącznie obrót zrealizowany przez tę spółkę w każdym z ostatnich dwóch lat obrotowych poprzedzających zgłoszenie, a jeżeli ten obrót w każdym z dwóch lat obrotowych nie przekroczył 10 mln euro, brak jest podstaw dla przyjęcia, że zamiar koncentracji podlega zgłoszeniu”*.
3. Interpretacja Urzędu z dnia 19 maja 2005 r. „Obrót uczestników koncentracji – interpretacja ustawy antymonopolowej”, która stwierdza, że zgodnie z art. 13 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji zamiar koncentracji nie podlega obowiązkowi zgłoszenia, jeżeli obrót przedsiębiorcy, nad którym jest przejmowana kontrola, nie przekroczył na terytorium RP w żadnym z dwóch lat poprzedzających zgłoszenie równowartości 10 milionów euro. Obrót ten obejmuje, zgodnie z art. 15 ustawy,

zarówno obrót bezpośredniego uczestnika koncentracji (nad którym jest przejmowana kontrola), jak i pozostałych przedsiębiorców należących do grupy kapitałowej, do której należy bezpośredni uczestnik koncentracji. Intencją ustawodawcy było ustalenie obrotu bezpośredniego uczestnika koncentracji oraz przedsiębiorców ściśle z nim związanych (grupy kapitałowej) w momencie dokonania koncentracji. Obrót tylko tych przedsiębiorców bowiem wskazuje na potencjał ekonomiczny przedsiębiorców bezpośrednio lub pośrednio zaangażowanych w koncentrację, a tym samym - na ile może ona być istotna w świetle przepisów antymonopolowych. Przyjęcie w art. 13 pkt 1 ustawy 2-letniego okresu jako podstawy oceny tego potencjału pozwala na stwierdzenie rzeczywistej siły ekonomicznej uczestników planowanej transakcji. Uwzględnianie obrotu przedsiębiorców nie należących w momencie dokonywania koncentracji do grupy kapitałowej uczestnika łączenia nie byłoby racjonalne, ponieważ nie są oni w żaden sposób zaangażowani w koncentrację, a wysokość osiąganego przez nich obrotu nie ma znaczenia dla skutków w sferze konkurencji, jakie może wywołać planowana koncentracja. W związku z powyższym na potrzeby art. 13 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji, należy - zdaniem Urzędu - brać pod uwagę wyłącznie obrót uzyskiwany na terytorium RP w okresie 2 lat obrotowych poprzedzających zgłoszenie przez bezpośredniego uczestnika koncentracji oraz przedsiębiorców należących w momencie dokonywania zgłoszenia do jego grupy kapitałowej. Użyte w tej interpretacji sformułowanie „do jego grupy kapitałowej”, zdaniem Asseco, należy odnosić jedynie do podmiotów zależnych od przedsiębiorcy, a nie do wszystkich podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej, do której przedsiębiorca należy.

4. Uzasadnienie Projektu nowej Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 17 lipca 2006 r., w którym stwierdzono, że w projekcie ustawy w art. 15 został dodany ust. 2. Zmiana ta podyktowana jest potrzebą doprecyzowania przepisów, których dotychczasowa treść budziła wątpliwości interpretacyjne. Dodany przepis stanowi, że w przypadku wyłączenia spod obowiązku zgłoszenia, o którym mowa w art. 12, zamiaru koncentracji polegającej na przejęciu kontroli nad przedsiębiorcą uzyskującym na terytorium RP obrót przekraczający 10 000 000 euro (art. 13 pkt 1), należy brać pod uwagę wyłącznie obrót tego przedsiębiorcy i jego przedsiębiorców zależnych. Dotychczasowe przepisy sugerowały, że na potrzeby art. 13 pkt 1 należy uwzględniać obrót całej grupy kapitałowej, do której należy przejmowany przedsiębiorca, a więc także przedsiębiorców, którzy wyzbywają się kontroli nad nim.

Takie rozwiązanie było niewłaściwe (wysokość obrotu tych ostatnich nie ma znaczenia przy dokonywaniu oceny wpływu tego rodzaju koncentracji na rynek), należało więc je zmienić. Zdaniem Asseco, tym samym Urząd uznał, że interpretacja Urzędu art. 13 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji jest zbieżna z poglądami Asseco, co oznacza, że przejęcie EPSILIO nie podlegało obowiązkowi zgłoszenia do Prezesa Urzędu.

Postanowieniem z dnia 27 lipca 2006 r. organ antymonopolowy zaliczył w poczet materiału dowodowego niniejszego postępowania wskazane poniżej dokumenty uzyskane w trakcie prowadzonych przez Prezesa Urzędu następujących postępowań:

- I. W sprawie zamiaru koncentracji, polegającej na objęciu przez tę samą osobę, tj. Pana Przemysława Sęczkowskiego, członka Zarządu Softbank S.A. z siedzibą w Warszawie, funkcji członka Rady Nadzorczej w spółce konkurującej, tj. Asseco (Sprawa DOK3-424-1/06/MAB), tj.:
 1. strony 1 – 14 oraz 47 – 50 zgłoszenia zamiaru koncentracji z dnia 18 stycznia 2006 r. (Wykaz Informacji i Dokumentów),
 2. pismo Asseco z dnia 10 marca 2006 r. (BP/2006/06),
 3. skonsolidowany rachunek zysków i strat Grupy Kapitałowej COMP Rzeszów S.A., stanowiący część skonsolidowanego sprawozdania finansowego Grupy Kapitałowej COMP Rzeszów S.A. za rok 2003.
- II. W sprawie zamiaru koncentracji, polegającej na przejęciu bezpośredniej kontroli przez Softbank S.A z siedzibą w Warszawie, ul. 17 Stycznia 72A, 02-146 Warszawa, nad „WONLOK” S.A. z siedzibą w Łodzi, ul. Łagiewnicka 54/56, 91-463 Łódź, poprzez nabycie 100% akcji „WONLOK” S.A. od instytucji finansowej (Sprawa RŁO/ 411-5/AK-AS), tj. zgłoszenie zamiaru koncentracji (Wykaz Informacji i Dokumentów) złożonego w sprawie.
- III. Postępowania wyjaśniającego mającego na celu wstępne ustalenie, czy nastąpiło naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji przez Asseco poprzez dokonanie koncentracji bez uzyskania zgody Prezesa Urzędu, w tym, czy sprawa ma charakter antymonopolowy (Sprawa DOK3-400/2/06/MAB), tj. pismo Asseco z dnia 10 kwietnia 2006 r.

W dniu 22 września 2006 r. organ antymonopolowy poinformował Asseco o prawie zapoznania się z całością akt zgromadzonych w sprawie w terminie do dnia 10 października

2006 r. oraz o prawie przedstawienia swojego stanowiska odnośnie do zgromadzonego materiału dowodowego w terminie do dnia 17 października 2006 r. Spółka nie skorzystała z tego prawa.

Organ antymonopolowy ustalił, co następuje:

Prezes Urzędu w trakcie prowadzonego postępowania antymonopolowego w sprawie zamiaru koncentracji, polegającej na objęciu przez tę samą osobę, tj. Pana Przemysława Sęczkowskiego, członka Zarządu Softbank S.A. z siedzibą w Warszawie, dalej jako „Softbank”, funkcji członka Rady Nadzorczej spółki konkurującej Asseco (Sprawa DOK3-424-1/06/MAB) ustalił, że w 2004 r. miało miejsce przejęcie przez Asseco kontroli nad EPSILIO.

Mając powyższe na uwadze, w dniu 27 marca 2006 r. zostało wszczęte postępowanie wyjaśniające w celu wstępnego ustalenia, czy nastąpiło naruszenie przepisów ww. ustawy przez Asseco poprzez dokonanie koncentracji bez uzyskania zgody Prezesa Urzędu, w tym, czy sprawa ma charakter antymonopolowy. Postępowanie wyjaśniające zostało zakończone postanowieniem z dnia 12 czerwca 2006 r., w którym organ antymonopolowy uznał, że zostało uprawdopodobnione naruszenie przez Asseco art. 12 ust. 1 i 2 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji, poprzez dokonanie, bez zgody Prezesa Urzędu, koncentracji polegającej na przejęciu przez Asseco kontroli nad EPSILIO.

Asseco świadczy kompleksowe usługi dla sektora bankowego, finansowego oraz przedsiębiorstw. Rozwiązania Spółki są także obecne w sektorze administracji publicznej i utilities. Spółka buduje i rozwija własnego autorstwa scentralizowane, kompleksowe systemy informatyczne dla sektora bankowego. Asseco działa również jako integrator, dostarczając i implementując najwyższej jakości sprzęt i systemy informatyczne, a także buduje profesjonalne i zaawansowane technicznie sieci rozległe. Spółka jest notowana na GPW w Warszawie. Głównymi akcjonariuszami Spółki są: Adam Góral (39,79% akcji), Softbank (21,92% akcji), Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A. (5,23% akcji), ING Towarzystwo Funduszy Inwestycyjnych S.A. (5,11% akcji). Pozostali akcjonariusze posiadają poniżej 5% akcji Spółki (akcjonariat rozproszony).

Obrót Spółki w roku 2004 wyniósł 59 327 000 zł, co stanowi równowartość 14 544 496 Euro, zaś w roku 2003 wyniósł 45 098 000 zł, co stanowi równowartość 9 560 737 Euro¹. Przychód Asseco w 2005 r. wyniósł 134 485 234, 57 zł.

EPSILIO zajmuje się dostarczaniem usług IT dla banków spółdzielczych. Spółka jest autorem scentralizowanego systemu bankowego wdrożonego w Banku Gospodarki Żywnościowej, który to bank jest jej największym klientem. EPSILIO było spółką zależną Softbank i wchodziło od 2003 r. do grupy Prokom. Spółka ta została przejęta przez Asseco na podstawie umowy z Softbankiem zawartej w dniu 20 grudnia 2004 r. W chwili przejęcia (rok 2004) udziały EPSILIO w rynkach kształtowały się następująco: rynek sprzedaży sprzętu komputerowego – 0,03%, rynek produkcji oprogramowania – 0,12%, rynek świadczenia usług IT – 0,43%. Oznacza to, że EPSILIO było niewielkim podmiotem o małych udziałach rynkowych.

Softbank jest tzw. integratorem – świadczy usługi IT i dostarcza rozwiązania informatyczne dla sektora bankowo-finansowego, administracji oraz przemysłu. Spółka koncentruje się na dużych projektach informatycznych. Od kilku lat największym odbiorcą produktów i usług jest bank PKO BP S.A. Softbank jest notowany na GPW w Warszawie, a jego głównymi akcjonariuszami są: Prokom Software S.A. (34,26% akcji i głosów) i TFI ING (5,08% akcji i głosów). Pozostali akcjonariusze posiadają poniżej 5% akcji Spółki (akcjonariat rozproszony). Softbank jest spółką zależną Prokom Software S.A. z siedzibą w Warszawie od dnia 29 marca 2004 r. Zgodnie z postanowieniami Statutu Softbanku, Prokom Software S.A. posiada uprawnienie do powołania trzech (z pięciu) członków Rady Nadzorczej, która powołuje wszystkich członków Zarządu Softbank.

Grupa Prokom specjalizuje się w projektowaniu i integracji systemów informatycznych, usługach wdrożeniowych i szkoleniowych w zakresie oferowanego oprogramowania. Spółki z Grupy tworzą również oprogramowanie użytkowe, projektują i wykonują sieci komputerowe oraz zarządzają sieciami rozległymi. Zajmują się również dostawą oprogramowania narzędziowego, dostawą sprzętu komputerowego oraz urządzeń peryferyjnych. Grupa świadczy swoje usługi głównie dużym przedsiębiorcom (m.in. TP S.A., PZU S.A., ZUS, Poczta Polska, Grupa Lotos). Wszystkie spółki grupy Prokom działają na rynkach IT.

¹ Przeliczono według kursu średniego euro ogłoszonego przez Narodowy Bank Polski 31 grudnia 2003 r. i 31 grudnia 2004 r. wynoszącego odpowiednio 4,7170 zł oraz 4,0790 zł.

Obrót Grupy Prokom w roku 2003 wyniósł 1 451 323 000 zł, co stanowi równowartość 307 679 245 Euro, zaś w roku 2004 wyniósł 1 582 297 000 zł, co stanowi równowartość 387 912 968 Euro².

Organ antymonopolowy zważył, co następuje:

Ustawa o ochronie konkurencji w art. 12 ust. 1 stanowi, że zamiar koncentracji podlega zgłoszeniu Prezesowi Urzędu, jeżeli łączny obrót przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekracza równowartość 50 000 000 Euro.

Zgodnie z art. 12 ust. 2 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji ma miejsce w sytuacji przejęcia poprzez nabycie lub objęcie akcji, innych papierów wartościowych, udziałów, całości lub części majątku lub w jakikolwiek inny sposób - bezpośredniej lub pośredniej kontroli nad całym albo częścią jednego lub więcej przedsiębiorców przez jednego lub więcej przedsiębiorców.

W dniu 20 grudnia 2004 r. na podstawie umowy Asseco nabyła od Softbank spółkę EPSILIO. W wyniku tej transakcji Asseco nabyła wyłączną i bezpośrednią kontrolę nad tym przedsiębiorcą, co wypełnia dyspozycję art. 12. ust. 2 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji stanowiąc jedną z form koncentracji przedsiębiorców przewidzianą w tej ustawie. Należy przypomnieć, że łączny obrót Asseco oraz Softbank (Grupy Prokom) w 2003 roku (tj. roku obrotowym poprzedzającym rok powstania obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji) przekraczał równowartość 50 000 000 Euro. W świetle powyższego należy stwierdzić, że spełnione zostały przesłanki zaistnienia obowiązku zgłoszenia koncentracji określone w art. 12 ustawy o ochronie konkurencji. Należy więc rozważyć, czy obowiązek ten nie był wyłączony na podstawie innych przepisów tej ustawy.

Asseco stoi na stanowisku, że koncentracja ta nie podlegała zgłoszeniu, gdyż miało zastosowanie wyłączenie z art. 13 ust. 1 lit. a ustawy o ochronie konkurencji. W świetle tego przepisu nie podlega zgłoszeniu zamiar koncentracji, jeżeli obrót przedsiębiorcy nad którym ma nastąpić przejęcie kontroli, zgodnie z art. 12 ust. 2 pkt 2, nie przekroczył na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w żadnym z dwóch lat obrotowych poprzedzających zgłoszenie równowartości 10.000.000 Euro. Natomiast obrót EPSILIO w latach 2002 i 2003 wyniósł odpowiednio 4 190 823,9 i 5 570 320,5 Euro. Asseco podniosło m.in., że przy obliczaniu

² Przeliczono według kursu średniego euro ogłoszonego przez Narodowy Bank Polski 31 grudnia 2003 r. i 31 grudnia 2004 r. wynoszącego odpowiednio 4,7170 zł oraz 4,0790 zł.

obrotu nie należy brać pod uwagę obrotu całej grupy kapitałowej, do której należało EPSILIO, tj. grupy Prokom.

Analiza przedstawionych przez Asseco argumentów dotyczących sposobu obliczania obrotów na potrzeby art. 13 pkt 1 lit. a ustawy o ochronie konkurencji pozwala na uznanie ich za nietrafne. Jak stanowi art. 15 tej ustawy obrót, o którym mowa w art. 13 pkt 1, obejmuje obrót zarówno przedsiębiorców bezpośrednio uczestniczących w koncentracji, jak i pozostałych przedsiębiorców należących do grup kapitałowych, do których należą przedsiębiorcy bezpośrednio uczestniczący w koncentracji. Oznacza to, że wbrew stanowisku Asseco ustawa o ochronie konkurencji wyraźnie określa, że przy sprzedaży przedsiębiorców należących do grup kapitałowych do wartości obrotu, o którym mowa w art. 13 pkt 1 ustawy, wlicza się obrót generowany przez całą grupę kapitałową sprzedawcy, czyli w niniejszej sprawie Grupę Prokom. Jedyne wyjątek od tej zasady przewidziany jest w § 11 ust. 2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 maja 2001 r. w sprawie sposobu obliczania obrotu przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji (Dz. U. Nr 60, poz. 611), który stanowi, że jeżeli koncentracja polega na nabyciu **części majątku** lub **części przedsiębiorstwa**, obliczając obrót uwzględnia się jedynie obrót zrealizowany przez tę część. Przyjmuje się, że obrót przedsiębiorców należących do grupy kapitałowej obejmującej przedsiębiorcę, którego część majątku lub przedsiębiorstwa są nabywane, wynosi zero. Jednak sytuacja ta nie miała miejsca w przedmiotowej sprawie, gdyż dnia 20 grudnia 2004 r. na podstawie umowy Asseco nabyła od Softbank spółkę EPSILIO, będącą integralną całością zarówno pod względem prawnym, jak i ekonomicznym. W związku z tym cytowany przepis rozporządzenia nie ma tutaj zastosowania. Za chybione należy także uznać powołanie orzeczenia Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 21 marca 2005 r. XVII Ama 29/04, gdyż wyrok ten odnosi się właśnie do sytuacji określonej w § 11 ust. 2 rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie sposobu obliczania obrotu przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji, która w niniejszej sprawie nie miała miejsca.

Podobnie powołane przez Asseco inne orzeczenie Sądu Antymonopolowego z dnia 3 października 2001 r., XVII Ama 60/00 (Dz.Urz.UOKiK 2001, Nr 3, poz.127) zostało zinterpretowane niewłaściwie. Sąd wyjaśnił bowiem, że na potrzeby art. 13 pkt 1 należy brać pod uwagę obrót realizowany przez przedsiębiorcę, nad którym jest przejmowana kontrola oraz innych przedsiębiorców należących do jego grupy kapitałowej. Natomiast nie należy wliczać obrotu realizowanego przez podmiot przejmujący oraz inne podmioty z jego grupy kapitałowej. W omawianej sprawie podmiot przejmowany – EPSILIO, należał do grupy Prokom, której łączny obrót przekraczał wartość 10 mln Euro.

Za chybione należy uznać powoływanie się na Interpretację Urzędu z dnia 19 maja 2005 r. „Obrót uczestników koncentracji – interpretacja ustawy antymonopolowej”, gdyż wbrew stanowisku Asseco, interpretacja nie daje podstaw do twierdzenia, że zdaniem Prezesa Urzędu sformułowanie „do jego grupy kapitałowej” należy odnosić jedynie do podmiotów zależnych od przedsiębiorcy, a nie do wszystkich podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej, do której przedsiębiorca należy. Powołana Interpretacja w żadnym miejscu nie formułuje tak wąskiego pojęcia grupy kapitałowej, byłoby ono bowiem sprzeczne z jednoznacznym przepisem ustawy o ochronie konkurencji. Art. 15 tej ustawy stwierdza, że *obrót, o którym mowa w art. 12 ust. 1 i art. 13 pkt 1, obejmuje obrót zarówno przedsiębiorców bezpośrednio uczestniczących w koncentracji, jak i pozostałych przedsiębiorców należących do grup kapitałowych, do których należą przedsiębiorcy bezpośrednio uczestniczący w koncentracji*. Przepis ten nie pozostawia żadnych wątpliwości, że chodzi tu o grupy kapitałowe, do których należą uczestnicy koncentracji, a nie o grupy kapitałowe zależne od uczestników koncentracji.

W świetle powyższych rozważań należy uznać, że nabycie przez Asseco od Softbank w dniu 20 grudnia 2004 r. spółki EPSILIO stanowiło formę koncentracji określonej w art. 12 ust. 2 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji. Biorąc pod uwagę fakt, że obrót Asseco oraz Softbank (Grupy Prokom) przekroczył w 2003 r. równowartość 50 000 000 Euro oraz fakt, że nie występowała w tej sprawie żadna okoliczność z katalogu przesłanek wymienionych w art. 13 ustawy o ochronie konkurencji, wyłączająca obowiązek zgłoszenia zamiaru przedmiotowej koncentracji oznacza to, że na Asseco ciążył obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji polegającej na przejęciu przez Asseco kontroli nad EPSILIO.

Zgodnie z art. 101 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji, Prezes Urzędu 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. Kara ta ma charakter fakultatywny i o celowości jej nałożenia oraz wysokości decyduje Prezes Urzędu, mając na względzie przede wszystkim stopień zawinienia adresata decyzji oraz szkodliwość zarzucanego czynu.

Zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą Sądu Najwyższego nałożenie przez Prezesa Urzędu na przedsiębiorcę kary pieniężnej za niezgłoszenie zamiaru łączenia przedsiębiorców

ma charakter uznaniowy i **nie jest uzależnione od oceny skutków wpływu łączenia przedsiębiorców na konkurencję** (Postanowienie SN z dnia 7 lipca 1999 r., I CKN 184/99 (OSNC 2000/2/33) oraz Postanowienie SN z dnia 22 marca 2001 r. I CKN 1127/98, nie publ.). Brak wpływu na konkurencję ma jednak znaczenie dla wymiaru kary (Wyrok SN z dnia 20 czerwca 2001 r., I CKN 1150/98, nie publ.). W takim wypadku kara winna być bliższa dolnej, a nie górnej granicy zagrożenia ustawowego (wniosek taki płynie z Wyroku SA z dnia 4 lutego 1998 r., XVII Ama 66/97, nie publ.). Ponadto jak wskazuje w tym orzeczeniu Sąd Antymonopolowy kara pieniężna powinna być jednak na tyle dolegliwa, aby czyniła nieopłacalne ewentualne próby uchylania się w przyszłości przedsiębiorców od poddania się antymonopolowej kontroli połączeń z ich udziałem.

Mając na względzie powyższe oraz fakt, iż:

- Asseco nie dokonało zgłoszenia zamiaru koncentracji,
- było to kolejne (drugie) naruszenie ustawy o ochronie konkurencji przez Asseco (pierwsze naruszenie miało miejsce w sytuacji objęcia, bez zgody Prezesa Urzędu, w dniu 26 października 2004 r. przez Pana Przemysława Sęczkowskiego funkcji członka Rady Nadzorczej Asseco, przy jednoczesnym zasiadaniu w Zarządzie Softbank, co stanowiło formę koncentracji określonej art. 12 ust. 3 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji – fakt tego naruszenia został przyznany przez samą Spółkę w trakcie postępowania w sprawie DOK3-430/4/06/MAB),
- nie istnieją rynki właściwe, na które koncentracja wywoływałaby jakikolwiek wpływ

Prezes Urzędu uznał, iż nie ma potrzeby oddziaływania represyjnego na tę Spółkę. Kara w wysokości 40.000 zł (stanowiąca ok. 0,03% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary i ok. 0,3% maksymalnej wysokości kary przewidzianej w art. 101 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji) ma więc bardziej walor dyscyplinujący i prewencyjny i ma jedynie nakłonić Asseco do terminowego realizowania zobowiązań wobec Prezesa Urzędu wynikających z ustawy o ochronie konkurencji w przyszłości. Kara ta stanowi niewielki ułamek przychodu Asseco i nie powinna wpłynąć w sposób istotny na sytuację finansową Spółki.

Karę pieniężną należy wpłacić na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów NBP O/O Warszawa 51101010100078782231000000, w terminie 14 dni od uprawomocnienia się decyzji.

Zgodnie z art. 78 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji 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 daty jej doręczenia.

Z upoważnienia Prezesa Urzędu
Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Monika Bychowska

Otrzymuje:

Asseco Poland S.A.
Al. Armii Krajowej 80
35-307 Rzeszów