



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

DKK-430/1/11/AI

Warszawa, dnia 30 stycznia 2012 r.

DECYZJA Nr DKK - 6/2012

Na podstawie art. 106 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), po przeprowadzeniu postępowania wszczętego z urzędu, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nakłada na UPC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie karę pieniężną w wysokości 775 000 zł (*słownie: siedemset siedemdziesiąt pięć tysięcy złotych*), stanowiącą równowartość 175 466,4 euro, płatną do budżetu państwa, z tytułu podania w zgłoszeniu zamiaru koncentracji, polegającej na przejęciu przez UPC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kontroli nad Aster Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, nieprawdziwych danych w zakresie posiadanych przez Aster Sp. z o.o. badań marketingowych/raportów/analiz dotyczących rynku dostępu do płatnej telewizji, tj. przygotowanego dla tej Spółki we wrześniu 2010 r. przez Solon Management Consulting Bt. raportu zatytułowanego „Commercial Due Diligence”.

UZASADNIENIE

Postanowieniem z dnia 21 października 2011 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zwany dalej „Prezesem Urzędu” lub „organem antymonopolowym”, wszczął z urzędu na podstawie art. 49 ust. 1 w związku z art. 106 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego

2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), zwanej dalej „ustawą antymonopolową”, postępowanie antymonopolowe w sprawie nałożenia na UPC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwaną dalej „UPC” lub „stroną”, kary pieniężnej z tytułu podania w zgłoszeniu zamiaru koncentracji, zwanego dalej „zgłoszeniem” lub „wnioskiem”, polegającej na przejęciu przez UPC kontroli nad Aster Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwaną dalej „Aster”, nieprawdziwych danych w zakresie posiadanych przez Aster badań marketingowych/raportów/analiz dotyczących rynku dostępu do płatnej telewizji, tj. przygotowanego dla tej Spółki we wrześniu 2010 r. przez Solon Management Consulting Bt. raportu zatytułowanego „Commercial Due Diligence”, zwanego dalej „Raportem Solona”.

O wszczęciu przedmiotowego postępowania Prezes Urzędu zawiadomił stronę pismem z dnia 21 października 2011 r., wzywając ją jednocześnie do ustosunkowania się do powyższego zarzutu oraz wyjaśnienia przyczyn podania w zgłoszeniu nieprawdziwych danych w zakresie posiadanych przez Aster badań marketingowych/raportów/analiz dotyczących rynku dostępu do płatnej telewizji. UPC została także wezwana do przedstawienia przychodów za 2010 r.

Odpowiadając na zawiadomienie o wszczęciu postępowania, pismem z dnia 7 listopada 2011 r. UPC podniosła, iż nie była zobowiązana do przedstawienia Raportu Solona Prezesowi Urzędu. Na poparcie swojego stanowiska UPC wskazała, iż:

1) Raport Solona nie był objęty zakresem pytania nr 3 zawartego w wezwaniu organu antymonopolowego z dnia 30 marca 2011 r. do uzupełnienia zgłoszenia, zwanego dalej „pytaniem nr 3”.

Pytanie nr 3 dotyczyło „*badań marketingowych/raportów/analiz dotyczących rynku dostępu do płatnej telewizji*”. Raport Solona był natomiast poufny dokumentem transakcyjnym, którego przygotowanie zlecił sprzedający Aster, tj. fundusze Mid Europa Partners, w trakcie procesu sprzedaży Aster. Raport ten został następnie skierowany do potencjalnych inwestorów uczestniczących w procesie sprzedaży Aster w celu opisanie sytuacji prawnej i ekonomicznej tej Spółki. Raport Solona - będący raportem z analizy prawnej, przedstawiał sytuację prawną i ekonomiczną Aster poprzez między innymi nawiązanie do sektora, w którym działa Aster. Takie ujęcie opisu Aster w Raporcie Solona, będące standardową cechą każdego raportu tego rodzaju, nie pozwala jednak uznać, że Raport Solona mógł stanowić lub stanowi „*badanie marketingowe/raport/analizę dotyczącą rynku dostępu do płatnej telewizji*”.

2) W pytaniu nr 3 Prezes Urzędu nie skierował do UPC żądania przedstawienia Raportu Solona.

W pytaniu nr 3 Prezes Urzędu skierował do UPC wezwanie do przedstawienia „*badania marketingowych/raportów/analiz dotyczących rynku dostępu do płatnej telewizji*”, które UPC lub podmiot z jej grupy kapitałowej, a nie Aster, nabyła lub których przeprowadzenie zleciła. W pytaniu nr 3 Prezes Urzędu nie zwracał się do UPC z prośbą o przedstawienie raportów, które zostały nabyte lub których przeprowadzenie zleciły osoby trzecie, w tym sprzedający, jak to miało miejsce w przypadku Raportu Solona.

3) Art. 106 ust. 2 pkt 1 ustawy antymonopolowej nie stanowi podstawy prawnej do nałożenia kary pieniężnej na UPC.

Artykuł 106 ust. 2 pkt 1 ustawy antymonopolowej upoważnia Prezesa Urzędu do nałożenia na przedsiębiorcę zgłaszającego zamiar koncentracji kary pieniężnej, jeżeli przedsiębiorca ten choćby nieumyślnie, w zgłoszeniu zamiaru koncentracji podał nieprawdziwe dane. Powyższy przepis nie stanowi podstawy do nałożenia kary pieniężnej za nie przedstawienie Raportu Solona w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia zgłoszenia z dnia 30 marca 2011 r.

4) W piśmie z dnia 19 maja 2011 r. UPC bezzwłocznie odpowiedziała na pytanie Prezesa Urzędu dotyczące Raportu Solona zadane w wezwaniu do uzupełnienia zgłoszenia z dnia 17 maja 2011 r. Następnie w dniu 29 maja 2011 r. UPC przedstawiła tłumaczenie Raportu Solona. A zatem można zasadnie przyjąć, że czynności podjęte przez UPC były ze wszelkich miar rzetelne. Zdaniem strony wydaje się mocno wątpliwe, aby w sytuacji, kiedy Raport Solona został przekazany Prezesowi Urzędu w maju 2011 r., tj. cztery miesiące przed zakończeniem postępowania antymonopolowego w sprawie koncentracji, wszczęcie niniejszego postępowania było uzasadnione.

Strona podała, że przychód osiągnięty przez UPC w 2010 r., tj. w roku podatkowym poprzedzającym dzień wszczęcia niniejszego postępowania, wyniósł *[tajemnica przedsiębiorstwa pkt 1 załącznika do decyzji]* złotych.

W trakcie postępowania postanowieniem z dnia 21 października 2011 r. oraz postanowieniem z dnia 12 stycznia 2012 r. organ antymonopolowy zaliczył w poczet materiału dowodowego niniejszego postępowania informacje uzyskane w toku postępowania antymonopolowego wszczętego w dniu 7 grudnia 2010 r., sygn. akt DKK2-421/52/10/AI, w

sprawie koncentracji, polegającej na przejęciu przez UPC kontroli nad Aster, zawarte w pismach:

1. UPC Polska Sp. z o.o. z dnia 7 grudnia 2012 r. (WID) oraz załączniku nr 11 do WID,
2. Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 15 grudnia 2010 r.,
3. Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 30 marca 2011 r.,
4. UPC Polska Sp. z o.o. z dnia 1 kwietnia 2011 r.,
5. Vectra S.A. z siedzibą w Gdyni z dnia 9 maja 2011 r., bez załączników do tego pisma,
6. Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 17 maja 2011 r.,
7. UPC Polska Sp. z o.o. z dnia 19 maja 2011 r., bez załączników do tego pisma,
8. Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 20 maja 2011 r.,
9. UPC Polska Sp. z o.o. z dnia 27 maja 2011 r.

Pismem z dnia 7 grudnia 2011 r. organ antymonopolowy poinformował UPC o prawie zapoznania się z całością akt zgromadzonych w niniejszej sprawie oraz o prawie przedstawienia swojego stanowiska odnośnie do zgromadzonego materiału dowodowego w terminie do dnia 21 grudnia 2011 r.

Strona z materiałem dowodowym zebrany w sprawie zapoznała się dnia 12 grudnia 2011 r.

Pismem z dnia 21 grudnia 2011 r. Strona w pełni podtrzymała swoje stanowisko wyrażone w piśmie do Prezes Urzędu z dnia 7 listopada 2011 r.

Pismem z dnia 12 stycznia 2012 r., w związku postanowieniem z dnia 12 stycznia 2012 r. o zaliczeniu w poczet materiału dowodowego niniejszego postępowania dodatkowych informacji uzyskanych w toku postępowania antymonopolowego wszczętego w dniu 7 grudnia 2010 r. (sygn. akt DKK2-421/52/10/AI) w sprawie koncentracji, polegającej na przejęciu przez UPC kontroli nad Aster, organ antymonopolowy ponownie poinformował UPC o prawie zapoznania się z całością akt sprawy oraz o prawie przedstawienia swojego stanowiska odnośnie do zgromadzonego materiału dowodowego w terminie do dnia 20 stycznia 2012 r.

Strona z materiałem dowodowym zebrany w sprawie zapoznała się dnia 16 stycznia 2012 r.

Pismem z dnia 20 stycznia 2012 r. Strona w pełni podtrzymała swoje stanowisko wyrażone w poprzednich pismach do Prezes Urzędu w przedmiotowym postępowaniu.

W oparciu o zebrany w sprawie materiał dowodowy organ antymonopolowy ustalił, co następuje:

Zgłoszenie zamiaru koncentracji, polegającej na przejęciu przez UPC kontroli nad Aster wpłynęło do Prezesa Urzędu w dniu 7 grudnia 2010 r. Z wniosku zgłoszeniowego wynikało, iż przedsiębiorcy uczestniczący w koncentracji w oparciu o posiadaną sieć kablową prowadzą działalność w zakresie świadczenia usług dostępu do płatnej telewizji, usług telefonii stacjonarnej oraz usług szerokopasmowego przewodowego (stacjonarnego) dostępu do Internetu¹.

W celu zebrania materiału dowodowego koniecznego do zdefiniowania rynków właściwych w aspekcie produktowym jak i geograficznym dla działalności polegającej na świadczeniu ww. usług oraz oceny skutków tej koncentracji organ antymonopolowy pismem z dnia 30 marca 2011 r. wezwał UPC do uzupełnienia złożonego zgłoszenia poprzez między innymi wyjaśnienie, oddzielnie dla sieci Aster i UPC, czy w ostatnich 3 latach podmioty te lub podmioty z ich grup kapitałowych nabyły gotowe (zleciły przeprowadzenie) badania marketingowe/raporty/analizy dotyczące rynku dostępu do płatnej telewizji wskazując jednocześnie, iż w przypadku pozytywnej odpowiedzi należało podać nazwę badania i firmę, która je wykonała oraz opisać czego dotyczyło badanie (pytanie nr 3).

Strona udzieliła odpowiedzi na powyższe wezwanie organu antymonopolowego pismem z dnia 1 kwietnia 2011 r. przedstawiając w załączniku nr 2 do tego pisma listę badań wykonanych/zleconych przez Aster w okresie 2008-2011 dotyczących rynku płatnej telewizji. Wskazać należy, iż na liście tej nie wymieniono Raport Solona.

W dniu 9 maja 2011 r. - w toku prowadzonego przez Prezesa Urzędu postępowania antymonopolowego w sprawie koncentracji polegającej na przejęciu przez UPC kontroli nad Aster - do organu antymonopolowego wpłynęło pismo od Vectra S.A. z siedzibą w Gdyni, z którego wynikało, iż w drugiej połowie 2010 r. został przygotowany, przez podmiot zajmujący się analizą i badaniem rynków telekomunikacyjnych Solon Management Consulting Bt., Raport Solona - raport z badania działalności Aster pod kątem komercyjnym.

Wobec powyższego organ antymonopolowy pismem z dnia 17 maja 2011 r. wezwał UPC do uzupełnienia nadesłanego zgłoszenia poprzez przekazanie Raportu Solona oraz o wyjaśnienie dlaczego raport ten nie został wskazany w przesłanym przez UPC załączniku nr 2 do pisma z dnia 1 kwietnia 2011 r.

¹ Zobacz str. 10 decyzji Prezesa Urzędu z dnia 5 września 2011 r. nr DKK – 101/11.

Strona udzieliła odpowiedzi na powyższe wezwanie organu antymonopolowego pismem z dnia 19 maja 2011 r. załączając do niego między innymi Raport Solona (załącznik 1) sporządzony w języku angielskim. Jednocześnie UPC wyjaśniła, że ww. raport został przygotowany przez doradców Aster na żądanie udziałowców tego przedsiębiorcy w procesie badania Aster i na potrzeby przeprowadzenia procesu sprzedaży Aster przez Sprzedającego. Strona podkreśliła, że co do zasady dokumentowi takiego rodzaju zawsze przyświeca założenie marketingowe z uwagi na charakterystykę procesu sprzedaży spółki, prowadzonego przez sprzedającego. Dlatego też w ocenie UPC nie można uznać tego raportu jako badania rynku dostępu do płatnej telewizji, o który Prezes Urzędu wystąpił w wezwaniu z dnia 30 marca 2011 r.

W dniu 20 maja 2011 r. organ antymonopolowy ponownie wezwał UPC do uzupełnienia nadesłanego zgłoszenia poprzez przekazanie poświadczonego przez tłumacza przysięgłego tłumaczenia na język polski Raportu Solona.

Odpowiadając na powyższe wezwanie strona w załączniku nr 1 do pisma z dnia 27 maja 2011 r. przedstawiła tłumaczenie przysięgłe na język polski Raportu Solona. Jednocześnie UPC ponownie wskazała, iż Raport Solona został przygotowany przez konsultantów Solon na żądanie sprzedających (udziałowców Aster) w związku z prowadzonym przez nich procesem sprzedaży Aster, a także zwróciła uwagę na "Notę prawną" (ang. *Disclaimer*) na drugiej stronie Raportu, w której Solon wskazuje, iż między innymi (i) nie udziela w Raporcie żadnych zapewnień ani gwarancji w odniesieniu do dokładności i kompletności informacji w nim przedstawionych, (ii) zrzeka się wszelkiej odpowiedzialności wynikającej ze sporządzonej przez siebie oceny, ewentualnych błędów w niej występujących oraz wszelkich pominięć, oraz (iii) przedmiotem zlecenia, na podstawie którego powstał Raport nie była weryfikacja poprawności, autentyczności danych ani wszelkich zapewnień udzielonych Solon na potrzeby przygotowania Raportu.

Strona wskazała również, że otrzymała Raport w procesie sprzedaży Aster i nie polegała na jego treści lecz dokonała własnego badania *due diligence* tej Spółki.

W oparciu o powyższe ustalenia Prezes Urzędu zważył, co następuje:

Zgodnie z art. 106 ust. 2 pkt 1 ustawy antymonopolowej Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości stanowiącej równowartość do 50 000 000 euro, jeżeli przedsiębiorca ten choćby nieumyślnie w zgłoszeniu, o którym mowa w art. 94 ust. 2 ustawy antymonopolowej, podał nieprawdziwe dane.

W myśl § 3 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 17 lipca 2007 r. w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji przedsiębiorców (Dz. U. Nr 134, poz. 937), zwanego dalej „Rozporządzeniem”, zgłoszenie zamiaru koncentracji stanowi wniosek o wszczęcie postępowania antymonopolowego w sprawie koncentracji, o którym mowa w art. 49 ust. 2 ustawy antymonopolowej. Przedsiębiorca dokonujący zgłoszenia, jak wskazuje § 4 Rozporządzenia, przedstawia kompletne i zgodne ze stanem faktycznym informacje i dokumenty według wykazu (WID²). Przedkładane przez przedsiębiorcę dokonującego zgłoszenia informacje i załączane dokumenty powinny być kompletne i zgodne ze stanem faktycznym³.

Prezes Urzędu bada kompletność złożonego przez przedsiębiorcę zgłoszenia zamiaru koncentracji. W przypadku gdy zgłoszenie nie spełnia wymogów formalnych i nie zawiera informacji wymaganych prawem, Prezes Urzędu może zwrócić takie zgłoszenie zamiaru koncentracji (art. 95 ust. 1 pkt 2 ustawy antymonopolowej). Zwrot wniosku jest sposobem formalnego zakończenia postępowania z powodu istotnych i nieusuwalnych wad formalnych wniosku. Natomiast jeżeli złożony wniosek nie zawiera tylko niektórych wymaganych prawem informacji lub konieczne są informacje dodatkowe, Prezes Urzędu może – zgodnie z art. 95 ust. 1 pkt 3 ustawy antymonopolowej - wezwać zgłaszającego do usunięcia wskazanych braków w zgłoszeniu lub uzupełnienia w nim niezbędnych informacji w wyznaczonym terminie. Podkreślić należy, iż w przypadku wezwania przez Prezesa Urzędu do uzupełnienia wniosku, zgłoszenie zamiaru koncentracji stanowi pierwotny wniosek wraz z uzupełnieniem (uzupełnieniami). Dopiero bowiem kompletne i zgodne ze stanem faktycznym informacje mogą być podstawą oceny przez Prezesa Urzędu zamiaru koncentracji i jej wpływu na dany rynek właściwy. Oznacza to, że zarówno samo zgłoszenie, jak i jego późniejsze uzupełnienie stanowią kompletną całość, zgodnie z § 4 Rozporządzenia.

Powyższe znajduje potwierdzenie w uzasadnieniu wyroku Sądu Ochrony Konkurencji Konsumentów z dnia 21 czerwca 2010 r. (sygn. akt XVII AmA 81/09), w którym Sąd wskazał, iż nie ma znaczenia, czy nieprawdziwe dane zostały podane bezpośrednio we wniosku w trakcie jego pierwotnego zgłoszenia, czy też w jego uzupełnieniu, po wezwaniu w

² Wykaz informacji i dokumentów, które powinno zawierać zgłoszenie zamiaru koncentracji przedsiębiorców, stanowiący załącznik do Rozporządzenia.

³ Kohutek K., Komentarz do art. 94 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U.07.50.331), [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, LEX, 2008.

trybie art. 95 ust. 1 pkt 3 ustawy antymonopolowej. Uzupełnienie wniosku zmierza do usunięcia jego wad lub braków dla umożliwienia dalszego postępowania. Działania uzupełniające wniosek podlegają zatem takim samym rygorom jak jego pierwotne zgłoszenie, gdyż dalsze postępowanie prowadzone jest w oparciu o uzupełniony wniosek, jako czynność wszechynająca postępowanie administracyjne.

Nie sposób zatem zgodzić się z interpretacją strony, według której uzupełnienie zgłoszenia zamiaru koncentracji składane przez przedsiębiorcę w związku z wezwaniem organu antymonopolowego nie stanowi zgłoszenia. W świetle obowiązujących przepisów wykładnia taka jest niedopuszczalna. Należy podkreślić, że Prezes Urzędu wielokrotnie wzywał stronę do uzupełnienia zgłoszenia zamiaru koncentracji i dopiero po otrzymaniu odpowiedzi na ostatnie wezwanie, organ antymonopolowy uznał, że wniosek spełnia wymagania określone w § 4 Rozporządzenia.

W ocenie organu antymonopolowego podanie nieprawdziwych danych przez UPC, tj. danych niezgodnych z prawdą, a tym samym ze stanem faktycznym, polegało na niewskazaniu, iż Aster jest w posiadaniu Raportu Solona. Raport ten w ocenie organu antymonopolowego powinien zostać przekazany przez UPC wraz z pierwotnym wnioskiem zgłoszeniowym. Zgodnie bowiem z pkt 6.8 WID zgłaszający zamiar koncentracji jest zobowiązany przedstawić kopie analiz, raportów, studiów i badań przygotowanych dla członków lub na posiedzenie zarządu, rady nadzorczej lub walnego zgromadzenia lub zgromadzenia wspólników w celu oceny lub analizy koncentracji pod względem warunków konkurencji, konkurentów aktualnych i potencjalnych, a także warunków panujących na rynku. Bez wątplenia Raport Solona spełniał ww. wymogi, co zostanie wykazane poniżej. Pomimo tego UPC nie przedstawiła tego raportu ani w pierwotnym wniosku zgłoszeniowym ani też w odpowiedzi na pismo Prezesa Urzędu z dnia 30 marca 2011 r.

Sankcją za podanie nieprawdziwych informacji, zgodnie z art. 106 ust. 2 pkt 1 ustawy antymonopolowej, jest kara pieniężna.

Strona podnosi, że w przedmiotowej sprawie sankcja ta nie znajduje zastosowania, gdyż Raport Solona nie był objęty zakresem pytania nr 3. W pytaniu tym Prezes Urzędu nie skierował bowiem do UPC żądania przedstawienia Raportu Solona. Ponadto w ocenie UPC pytanie nr 3 zawarte w piśmie Prezesa Urzędu z dnia 30 marca 2011 r. dotyczyło tylko UPC

lub podmiotów z jej grupy kapitałowej, a nie Aster. Zdaniem UPC nie można również uznać, że raport ten stanowi „*badanie marketingowe/raport/analizę dotyczącą rynku dostępu do płatnej telewizji*”.

W ocenie organu antymonopolowego nie można się zgodzić z powyższym stanowiskiem UPC. Pytaniem nr 3 organ antymonopolowy zwrócił się o wskazanie, oddzielnie dla sieci Aster i UPC, nabytych lub zleconych badań marketingowych/raportów/analiz dotyczących rynku dostępu do płatnej telewizji, a także podanie nazw badań, firm które je wykonały oraz opisanie czego te badania dotyczyły. Organ antymonopolowy wyraźnie zatem określił zarówno rodzaj i tematykę dokumentów, o których należało przedstawić informacje, jak i wskazał sieci Aster i UPC, dla których dokumenty te powinny być przedstawione.

Podkreślić także należy, iż w załączniku nr 2 do pisma UPC z dnia 1 kwietnia 2011 r. (zawierającego odpowiedź na pytanie nr 3 z pisma Prezesa Urzędu z dnia 30 marca 2011 r.) strona przedstawiła listę badań wykonanych/zleconych przez Aster w okresie 2008-2011 i dotyczących rynku płatnej telewizji. W tym kontekście twierdzenie strony, iż pytanie nr 3 dotyczyło tylko UPC lub podmiotów z jej grupy kapitałowej, a nie Aster wydaje się co najmniej dziwne.

Podnieść w tym miejscu należy również, iż Raport Solona opatrzony jest logo Aster. Także „Nota prawna” zawarta na 2 stronie tego raportu wskazuje między innymi, że „Niniejszy dokument został przygotowany na wewnętrzne potrzeby Aster” oraz że „Zlecono spółce Solon opracowanie niniejszej oceny na podstawie informacji przekazanych przez Aster, uzyskanych w drodze konsultacji z kadrami kierowniczą, jak również informacji publicznie dostępnych oraz badań przeprowadzonych przez spółkę Solon, dokonanych przez nią analiz oraz przeprowadzonych konsultacji”. Strona wskazuje, że przygotowanie Raportu Solona zlecieli sprzedający Aster. W ocenie organu antymonopolowego nie zmienia to jednak faktu, że raport ten został przygotowany na wewnętrzne potrzeby Aster oraz w ścisłej współpracy z Aster.

Ponadto jak wynika z „Noty prawnej” (strona 2 Raportu Solona) raport ten został rozesłany do potencjalnych inwestorów uczestniczących w procesie sprzedaży Aster, w tym także do UPC. Strona, co przyznaje w piśmie z dnia 27 maja 2011 r., była zatem w jego posiadaniu. UPC, jako zgłaszający, na którym spoczywał obowiązek przedstawienia informacji zarówno w odniesieniu do sieci UPC, jak i Aster, posiadając Raport Solona

powinien przedstawić więc organowi antymonopolowemu informację, że taki raport został sporządzony.

W ocenie organu antymonopolowego bezsprzecznym jest również fakt, iż Raport Solona spełniał wszystkie wymogi aby uznać go za dokument będący badaniem marketingowym/raportem/analizą dotyczący rynku dostępu do płatnej telewizji. Raport ten zawiera bowiem ocenę oraz analizę stanu konkurencji na rynku usług płatnej telewizji. Potwierdza to już sam spis treści tego dokumentu, na który składa się:

1. *Ocena rynku (Informacje podstawowe o kraju i rynku, Telewizja, Internet Szerokopasmowy, Telefonii, Rynek Biznesowy)*
2. *Krajobraz konkurencyjny (Infrastruktura, Telewizja, Internet Szerokopasmowy, Telefonii, Oferty pakietowe, Biznes)*
3. *Charakterystyka firmy*
4. *Ocena biznes planu*
5. *Załącznik*

Należy podkreślić, iż na rozdziały *Ocena rynku* oraz *Krajobraz konkurencyjny*, a więc części raportu dotyczących kwestii *stricte* rynkowych składa się ponad 150 stron (w wersji przetłumaczonej). Celowe w tym miejscu wydaje się również wskazanie, iż pozostałe rozdziały także zawierają informacje dotyczące sytuacji na rynku usług płatnej telewizji (w szczególności *Ocena biznes planu*). W końcu fakt, iż Raport Solona jest dokumentem spełniającym wymogi do uznania go za badaniem marketingowe/raport/analizę dotyczącą rynku dostępu do płatnej telewizji zdaje się potwierdzać także strona, podnosząc w punkcie 1 pisma z dnia 7 listopada 2011 r., że „ (...) Raport Solona przedstawiał sytuację prawną i ekonomiczną Aster poprzez, między innymi, nawiązanie do sektora, w którym działał Aster”.

Podkreślić w tym miejscu należy, iż w Raporcie Solona zawarte były argumenty, które uzasadniały określenie rynków właściwych w aspekcie geograficznym dla działalności świadczonej przez operatorów telewizji kablowych jako rynków lokalnych (poszczególnych miast)⁴. Przykładowo na stronie 58 tłumaczenia tego raportu stwierdzono, iż *[tajemnica przedsiębiorstwa pkt 2 załącznika do decyzji]*. Na stronach 94 - 98 tego raportu wskazano między innymi, iż *[tajemnica przedsiębiorstwa pkt 3 załącznika do decyzji]*. Z Raportu Solona (strony 101-102) wynika ponadto, iż *[tajemnica przedsiębiorstwa pkt 4 załącznika do*

⁴ Zobacz str. 17 i 18 decyzji Prezesa Urzędu z dnia 5 września 2011 r. nr DKK – 101/11

decyzji]. Ponadto w raporcie zamieszczona była także informacja, iż Aster [*tajemnica przedsiębiorstwa pkt 5 załącznika do decyzji*] (str. 115).

Podkreślić należy, iż argumenty zawarte w Raporcie Solona przemawiające za określeniem rynku w aspekcie geograficznym dla działalności świadczonej przez operatorów telewizji kablowych jako rynku lokalnego (poszczególnych miast) sprzeczne były ze stanowiskiem strony, która konsekwentnie utrzymywała, że rynek płatnej telewizji ma wymiar krajowy⁵. Właściwe zdefiniowanie rynku dla działalności świadczonej przez operatorów telewizji kablowych w aspekcie geograficznym miało natomiast zasadnicze znaczenie dla oceny przedmiotowej koncentracji, bowiem to właśnie analiza lokalnych aspektów rywalizacji na rynku usług płatnej telewizji doprowadziła Prezesa Urzędu do wniosku, iż rozpatrywana koncentracja prowadzić będzie do istotnego ograniczenia konkurencji (na obszarze Warszawy i obszarze Krakowa). Skutkowało to z kolei nałożeniem na strony warunku niwelującego to ograniczenie przedstawionego w decyzji Prezesa Urzędu z dnia 5 września 2011 r. nr DKK -101/11. W przypadku natomiast określenia rynku w aspekcie geograficznym zaproponowanego przez UPC, tj. jako mającego wymiar krajowy, najbardziej prawdopodobną konkluzją postępowania byłoby stwierdzenie, iż koncentracja nie prowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji (za takim stanowiskiem przemawiał zarówno fakt, iż na tak określonym rynku łączne udziały uczestników koncentracji były dalekie od 40 % progu z którym ustawa antymonopolowa wiąże domniemanie posiadania pozycji dominującej, jak też fakt, iż uczestnicy koncentracji spotykali się z istotną konkurencją ze strony innych podmiotów⁶) i w konsekwencji wydanie decyzji wyrażającej zgodę bezwarunkową. Powyższe wskazuje zatem, iż określenie rynku jako krajowego było korzystne dla UPC.

Jak wskazano powyżej z Raportu Solona wynika, iż Aster [*tajemnica przedsiębiorstwa pkt 6 załącznika do decyzji*], co z kolei stanowi istotną przesłankę dla uznania, iż konkurencja na rynku ma charakter lokalny nie zaś krajowy. Dane zawarte w tym raporcie dotyczące polityki cenowej stosowanej przez Aster były ponadto sprzeczne z tymi przedstawionym przez UPC w zgłoszeniu zamiaru koncentracji. Załączony przez UPC do zgłoszenia zamiaru koncentracji raport RBB wprost bowiem stwierdza, iż „[*tajemnica przedsiębiorstwa pkt 7 załącznika do decyzji*]” (str. 23), jak również: „[*tajemnica*

⁵ Zobacz str. 17 decyzji Prezesa Urzędu z dnia 5 września 2011 r. nr DKK – 101/11

⁶ Porów. str. 21-27 WID

przedsiębiorstwa pkt 8 załącznika do decyzji” (str. 24). Powyższe stwierdzenia stanowiły zasadniczą podstawę do przyjęcia wniosku, iż rozpatrywana koncentracja nie wpłynie negatywnie na sytuację na obszarach, na których działalność Aster i UPC się pokrywa. UPC pozostawiła powyższe stwierdzenia bez żadnego komentarza, mimo iż – znając treść Raportu Solona – nie mogła nie wiedzieć, że informacje o niestosowaniu przez Aster „*[tajemnica przedsiębiorstwa pkt 9 załącznika do decyzji]*” były niezgodne z prawdą. Nieprzedstawienie tej informacji przez UPC w toku postępowania antymonopolowego świadczyć zatem może o dążeniu do wprowadzenia Prezesa Urzędu w błąd, co do geograficznego zakresu rynku właściwego, a zatem kwestii o zasadniczej wadze z punktu widzenia oceny wpływu koncentracji na rynek i przyjęcia przez organ antymonopolowy definicji tego rynku korzystnej dla UPC.

W tym miejscu celowe jest wyjaśnienie, iż podstawowym celem postępowania antymonopolowego w sprawach koncentracji jest ustalenie, czy w wyniku zrealizowania zamierzonej transakcji dojdzie do istotnego ograniczenia konkurencji na rynku właściwym (dokonanie oceny koncentracji). W opinii organu antymonopolowego informacje zawarte w Raporcie Solona posiadały istotne znaczenie dla prawidłowej identyfikacji właściwych rynków geograficznych, a tym samym dla oceny koncentracji.

Reasumując Raport Solona spełniał zatem wszelkie przesłanki, aby zaliczyć go w poczet dokumentów objętych pytaniem nr 3 pisma Prezesa Urzędu z dnia 30 marca 2011 r., tj. nabytych lub zleconych badań marketingowych/raportów/analiz dotyczących rynku dostępu do płatnej telewizji przygotowanych dla sieci Aster i informacja o nim powinna znaleźć się w wykazie stanowiącym odpowiedź na to pytanie. Co więcej informacje zawarte w tym raporcie miały po pierwsze istotny wpływ na definicję rynków właściwych zarówno w aspekcie produktowym i geograficznym oraz ocenę skutków tej koncentracji a po drugie podważały stanowisko UPC odnośnie do definicji rynku właściwego (co więcej, przemawiały za przyjęciem definicji rynku niekorzystnej dla UPC).

Faktem jest, że strona przy piśmie z dnia 19 maja 2011 r. przedstawiła wersję anglojęzyczną Raportu Solona, a następnie przy piśmie z dnia 27 maja 2011 r. przedstawiła tłumaczenie przysięgłe tego raportu. Wskazać jednakże należy, iż od pisma Prezesa Urzędu z dnia 30 marca 2011 r., w którym Prezes Urzędu wezwał UPC do wskazania, oddzielnie dla sieci Aster i UPC, nabytych lub zleconych badań marketingowych/raportów/analiz

dotyczących rynku dostępu do płatnej telewizji, a także podania nazw badań, firm które je wykonały oraz opisanie czego te badania dotyczyły minęło ponad półtora miesiąca. Co więcej UPC przedstawiła Raport Solona dopiero po wezwaniu organu antymonopolowego z dnia 17 maja 2011 r. wystosowanym do UPC po powzięciu przez organ antymonopolowy informacji o istnieniu Raportu Solona z niezależnego źródła. Należy zatem uznać, iż gdyby organ antymonopolowy nie powziął informacji od Vectra S.A. o istnieniu tego raportu, nie znalazłby się on w aktach sprawy.

Ustawa antymonopolowa odrębnie reguluje sankcję w postaci kary pieniężnej nakładanej na przedsiębiorcę w związku z podaniem w zgłoszeniu nieprawdziwych danych (art. 106 ust. 2 pkt 1 ustawy antymonopolowej) i odrębnie za nieudzielenie żądanych informacji bądź udzielenie informacji nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd (art. 106 ust. 2 pkt 2 ustawy antymonopolowej). UPC było wzywane do uzupełnienia zgłoszenia na podstawie art. 95 ust. 1 pkt 3 ustawy antymonopolowej, stąd sankcja z art. 106 ust. 2 pkt 2 ustawy antymonopolowej nie ma zastosowania. Faktem jest, że Prezes Urzędu może zastosować sankcję w postaci zwrotu zgłoszenia, jeżeli pomimo wezwania na podstawie art. 95 ust. 1 pkt 3 ustawy antymonopolowej zgłaszający nie usuwa wskazanych braków lub nie uzupełnia informacji w wyznaczonym terminie. Odnosząc tę sankcję do stanu faktycznego w przedmiotowej sprawie należy stwierdzić, że nie znajduje ona zastosowania, ponieważ strona formalnie uzupełniała zgłoszenie w wyznaczonym przez organ antymonopolowy terminie. Jednocześnie strona podała nieprawdziwe informacje, co sankcjonowane jest karą pieniężną z art. 106 ust. 2 pkt 1 ustawy antymonopolowej. Jak wyżej wskazano wykładnia literalna przepisów ustawy antymonopolowej i jej przepisów wykonawczych wyraźnie wskazuje, że wniosek o wszczęcie postępowania w sprawie koncentracji musi być kompletny i zgodny ze stanem faktycznym.

Należy podkreślić, że Prezes Urzędu na podstawie art. 95 ust. 1 pkt 4 ustawy antymonopolowej może zwrócić zgłoszenie zamiaru koncentracji przedsiębiorców, jeżeli pomimo wezwania zgłaszającego zamiar koncentracji do usunięcia wskazanych braków w zgłoszeniu lub uzupełnienia w nim niezbędnych informacji w wyznaczonym terminie, nie usuwa on wskazanych braków lub nie uzupełnia informacji w wyznaczonym terminie. Zatem tylko kompletny wniosek, tj. spełniający wszystkie określone prawem antymonopolowym warunki formalne i merytoryczne pozwala na zajęcie przez organ antymonopolowy ostatecznego stanowiska, wyrażonego w formie decyzji, w sprawie danej koncentracji.

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.

W celu efektywnego sprawowania tej kontroli Prezesowi Urzędu zostały przyznane przez ustawodawcę uprawnienia umożliwiające dyscyplinowanie przedsiębiorców w zakresie wykonywania przepisów obowiązującego prawa. Mają one umożliwić egzekwowanie obowiązków, jakie spoczywają na przedsiębiorcach w zakresie wynikającym z ustawy antymonopolowej. Takim uprawnieniem jest między innymi art. 106 ust. 2 pkt 1 tej ustawy, który przewiduje możliwość nałożenia w drodze decyzji kary pieniężnej, jeżeli przedsiębiorca w zgłoszeniu, o którym mowa w art. 94 ust.2 ustawy antymonopolowej podał nieprawdziwe dane. Organ antymonopolowy na podstawie tego przepisu może wymierzyć karę pieniężną w wysokości stanowiącej równowartość do 50 000 000 euro, przy czym zgodnie z art. 5 ww. ustawy 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 30 grudnia 2011 r., wyniósł 4,4168 zł. Maksymalna wysokość kary jaką mógł zatem nałożyć Prezes Urzędu na UPC wyniosła 220 840 000 złotych.

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 uprzedniego naruszenia przepisów ustawy. Należy jednak podkreślić, że katalog przesłanek wskazanych w tym artykule, którymi powinien kierować się Prezes Urzędu przy ustalaniu wymiaru kary, jest przykładowy.

Kara pieniężna za podanie nieprawdziwych danych określona w art. 106 ust. 2 pkt 1 ustawy antymonopolowej ma charakter:

(a) represyjny – nakładana jest za naruszenie obowiązku udzielania informacji zgodnych z prawdą;

(b) prewencyjny – ma zapobiegać podobnym naruszeniom w przyszłości i zniechęcać do naruszania prawa;

(c) dyscyplinujący – zagrożenie nią, czyli potencjalna możliwość nałożenia kary pieniężnej przez Prezesa Urzędu, ma skłaniać przedsiębiorców do udzielania informacji zgodnych z prawdą.

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 podania nieprawdziwych danych.

Należy również wskazać, iż podane przez UPC niezgodne z prawdą dane dotyczyły materii mającej zasadniczy wpływ na ocenę zgłoszonej koncentracji, a mianowicie kwestii określenia rynku właściwego w przedmiotowej sprawie. Co więcej dane te, przemawiały za przyjęciem definicji rynku niekorzystnej dla UPC.

W tym miejscu celowe wydaje się również wskazanie, iż o istnieniu Raportu Solona organ antymonopolowy dowiedział się z niezależnego źródła, a okres, po którym UPC przesłała Prezesowi Urzędu ten raport, a zatem okres, w którym UPC utrzymywała organ antymonopolowy w błędzie co do kwestii posiadanych przez Aster badań marketingowych/raportów/analiz dotyczących rynku dostępu do płatnej telewizji był stosunkowo długi, bowiem wyniósł blisko dwa miesiące.

Biorąc powyższe pod uwagę w żaden sposób nie można uznać wskazanego naruszenia za nieistotne tym bardziej, że ustawa antymonopolowa sankcjonuje tego typu uchybienia przepisom prawa nawet w przypadku nieumyślności działania przedsiębiorcy.

Ustalając wymiar kary pieniężnej organ antymonopolowy uwzględnił również fakt, iż było to pierwsze naruszenie przepisów antymonopolowych przez UPC. Należy uznać to za okoliczność łagodzącą.

Biorąc pod uwagę wszystkie ww. okoliczności Prezes Urzędu uznał za uzasadnione nałożenie na UPC kary pieniężnej. Prezes Urzędu zdecydował się nałożyć karę pieniężną w wysokości 775 000 złotych, co stanowi równowartość 175 466,4 euro. Nałożona na UPC kara pieniężna stanowi zatem ok. 0,35% maksymalnego wymiaru kary pieniężnej.

Zdaniem Prezesa Urzędu wymierzona kara pieniężna jest adekwatna do stopnia zawinienia UPC i powinna skutecznie zapobiec naruszeniom ustawy antymonopolowej przez

tę Spółkę w przyszłości. Spełnia ona również swoją rolę ogólnoprewencyjną, zniechęcającą do naruszenia prawa przez przedsiębiorców. Organ antymonopolowy uznał również, iż nałożenie kary w niższej wysokości - biorąc w szczególności pod uwagę skalę działalności i uzyskane przychody przez UPC (nałożona kara stanowi ok. *[tajemnica przedsiębiorstwa pkt 10 załącznika do decyzji]* % przychodu uzyskanego przez UPC w 2010 r.) - nie byłoby wystarczająco dolegliwe w stosunku do tego przedsiębiorcy i mogłoby nie powstrzymać UPC w przyszłości przed stosowaniem podobnych działań.

Mając na uwadze powyżej wskazane okoliczności 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

DYREKTOR
Departamentu Kontroli Koncentracji
Robert Kamiński

Otrzymuje:

UPC Polska Sp. z o.o.

za pośrednictwem pełnomocnika:

Pani Marty Sendrowicz
Allen & Overy, A. Pędzich Sp.k.
Rondo ONZ 1
00-124 Warszawa

(decyzja wraz z załącznikiem)