

**URZĄD
OCHRONY KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA W KATOWICACH**

40-024 Katowice, ul. Powstańców 41a
Tel./Fax (0-32) 256-46-96, Tel/Fax (0-32) 255-26-47, Tel. /Fax (0-32) 255-44-04
E-mail: katowice@uokik.gov.pl

Katowice, dn.03.03.2000r.

RKT-411/46/99/K/MK

DECYZJA nr RKT- 07/2000

Na podstawie art. 104 k.p.a. i art. 15a ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 24 lutego 1990r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów (Dz.U. z 1999r. Nr 52 poz.547), po przeprowadzeniu postępowania wszczętego z urzędu, **nakłada się** na „MIKAMA” S.A. w Sosnowcu z tytułu niewykonania w terminie, obowiązku wynikającego z art.11 ust.1 w związku z art.11 ust.2 pkt 3 ustawy, polegającego na nabyciu akcji „PREFBET” S.A. w Katowicach powodujących przekroczenie 50% głosów na walnym zgromadzeniu akcjonariuszy, karę pieniężną w wysokości 8.700 PLN (słownie: osiem tysięcy siedemset złotych) płaćną do budżetu państwa.

Uzasadnienie

Do Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Katowicach (zwany dalej Urzędem), w dniu 29.07.1999r. wpłynął wraz ze wszelkimi informacjami i dokumentami wymaganymi zgodnie z zał. nr 1 do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 lipca 1995r. w sprawie określenia szczegółowych warunków jakim powinno odpowiadać zgłoszenie zamiaru łączenia i przekształcenia podmiotów gospodarczych oraz określenia podmiotów zobowiązanych do dokonania tego zgłoszenia (Dz.U. Nr 87 poz.438), wydanego na podstawie art.11e ustawy z dnia 24 lutego 1990r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów (t.j. Dz.U. z 1999r. Nr 52 poz.547), wniosek „MIKAMA” S.A. w Sosnowcu dotyczący zgłoszenia zamiaru nabycia przez tego przedsiębiorcę akcji spółki „PREFBET” S.A. w Katowicach.

Z informacji zamieszczonych w zgłoszeniu „PREFBET” S.A. wynikało, iż „MIKAMA” S.A. ma zamiar nabyć nie mniej niż 60% akcji w „PREFBET” S.A. Natomiast wartość sprzedaży towarów uczestników łączenia w roku poprzedzającym rok dokonania zgłoszenia wynosiła 47 mln. EURO wobec czego zgodnie z przepisami art.11 ust.2 pkt 3 ustawy antymonopolowej powyższy zamiar łączenia podlegał obowiązkowi zgłoszenia do Urzędu.

Jako dokument obrazujący zamiar połączenia „MIKAMA” S.A. dołączyła do wniosku kopię listu intencyjnego z dnia 07.06.1999r. dotyczącego zamiaru nabycia przez „MIKAMA” S.A. od NFI „PROGRESS” S.A., 33% akcji „PREFBET” S.A. Powyższy list intencyjny został podpisany przez przedstawicieli obu stron umowy. Zgodnie z terminem określonym w art.11 ust.1 ustawy antymonopolowej zgłoszenia zamiaru nabycia 33% akcji powinno być dokonane w terminie 14 dni od daty podpisania tego listu czyli do dnia 21.06.1999r. czego jednakże nie dokonano. Zgłoszenie dokonane w dniu 29.07.1999r. wpłynęło do Urzędu z ponad miesięcznym opóźnieniem.

Z treści w/w listu intencyjnego wynikało, iż „MIKAMA” S.A. ma zamiar nabyć również pozostałe akcje „PREFBET” S.A. będące własnością pozostałych Narodowych Funduszy Inwestycyjnych i Skarbu Państwa. Wobec czego tutejsza Delegatura w dniu 18.08.1999r. przesłała do „MIKAMA” S.A. w Sosnowcu pismo informujące, iż z treści wspomnianego listu intencyjnego nie wynika zamiar sprzedaży przez pozostałe fundusze oraz Skarb Państwa posiadanych przez siebie akcji a także posiadanej ilości akcji „PREFBET” S.A. Wobec czego Urząd stanął na stanowisku, iż na tym etapie postępowania jako udokumentowany można przyjąć tylko zamiar nabycia przez „MIKAMA” S.A. w Sosnowcu 33% akcji „PREFBET” S.A. O czym to Urząd poinformował w piśmie z dnia 18.08.1999r.

Ponadto w w/w piśmie Urząd informował, iż na tym etapie postępowania uważa za udokumentowany zamiar nabycia przez „MIKAMA” S.A. 33% akcji „PREFBET” S.A. Natomiast w przypadku udokumentowania zamiaru zbycia przez pozostałe NFI oraz Skarb Państwa akcji „PREFBET” S.A. , jeśli będzie się to wiązało z przekroczeniem kolejnych progów określonych w art.11 ust.2 pkt 3 ustawy antymonopolowej Urząd może zgodnie z pkt.5 objaśnień do zał nr 1 do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 lipca 1995r. w sprawie określenia szczegółowych warunków jakim powinno odpowiadać zgłoszenie zamiaru łączenia oraz przekształcenia podmiotów gospodarczych oraz określenia organów podmiotów zobowiązanych do dokonania tego zgłoszenia (Dz.U. z 1995r. Nr 87 poz.438), prowadzić ponownie postępowanie w sprawie nabycia akcji tej spółki.

Dlatego też w dniu 30.08.1999r. tutejsza Delegatura Urzędu na podstawie art.11a ust.3 ustawy z dnia 24 lutego 1990r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów wydała zawiadomienie iż nie zgłasza zastrzeżeń do zamiaru nabycia przez „MIKAMA” S.A. akcji „PREFBET” S.A. dających 33% głosów na walnym zgromadzeniu akcjonariuszy tej spółki.

W dniu 04.11.1999r. do tutejszej Delegatury wpłynęło zgłoszenie „MIKAMA” S.A. dotyczące zamiaru nabycia przez ten podmiot 27% akcji „PREFBET” S.A. powodujących przekroczenie 50% głosów w organach tej spółki. Jako dokument obrazujący zamiar połączenia „MIKAMA” S.A. dołączyła uchwałę zarządu tej spółki z dnia 29.07.1999r. nr 19.1/99 dotyczącą decyzji zarządu o zakupie 27% akcji „PREFBET” S.A. od NFI i Skarbu Państwa. Tak więc zamiar nabycia pozostałych

27% akcji powstał w dniu 29.07.1999r. tj. w dniu podjęcia przez zarząd spółki decyzji o nabyciu kolejnych akcji oraz w dniu dokonania pierwszego zgłoszenia do Urzędu. Wobec czego „MIKAMA” S.A. powinna w terminie wynikającym z art.11 ust.1 ustawy antymonopolowej tj. w okresie 14 dni od dnia podjęcia tej uchwały dokonać kolejnego zgłoszenia do Urzędu, czego jednakże w ustawowym terminie nie dokonała. Zgłoszenie z dnia 04.11.1999r. zostało dokonane z naruszeniem 14 dniowego terminu i z ponad dwumiesięcznym opóźnieniem.

Wobec ustalenia przez Urząd naruszenia przez „MIKAMA” S.A. przepisów art.11 ust.1 ustawy, Urząd w dniu 15.12.1999r. wszczął przeciwko temu przedsiębiorcy z urzędu postępowanie administracyjne dotyczące nałożenia kary pieniężnej w sprawie niezgłoszenia w terminie o jakim mowa w art.11 ust.1 w/w ustawy, zamiaru łączenia polegającego na nabyciu 27% akcji „PREFBET” S.A. Natomiast w dniu 10.01.2000r. tutejsza Delegatura Urzędu do obu uczestników łączenia przesłała zawiadomienie o niezgłaszaniu zastrzeżeń co do zamiaru nabycia przez „MIKAMA” S.A. akcji „PREFBET” S.A. dających ponad 50% głosów na walnym zgromadzeniu akcjonariuszy tej spółki.

W odpowiedzi na wszczęcie postępowania „MIKAMA” S.A. w piśmie z dnia 22.12.1999r. wskazała, iż nie uchybiła terminowi określonymu w art.11 ust.1 ustawy antymonopolowej, a nawet nie mając pewności co do dojścia do skutku umowy nabycia akcji, wystąpiła w dniu 02.11.1999r. ze zgłoszeniem zamiaru łączenia spółek.

W szczególności „MIKAMA” S.A. podnosi w tym piśmie, iż w dniu 29.07.1999r. dokonała zgłoszenia zamiaru 60% akcji „PREFBET” S.A. Ostatecznie w dniu 27.07.1999r. doszło do zawarcia umowy nabycia przez „MIKAMA” S.A. 33% akcji „PREFBET” S.A. W umowie tej „MIKAMA” S.A. zobowiązała się do złożenia oferty pozostałym NFI oraz Skarbowi Państwa oferty zakupu akcji „PREFBET” S.A. Po otrzymaniu przez „MIKAMA” S.A. zawiadomienia Urzędu o braku zastrzeżeń co do zamiaru nabycia 33% akcji w „PREFBET” S.A. toczyły się dalsze negocjacje w sprawie zakupu 27% akcji tej spółki zakończone ostatecznie podpisaniem umowy w dniu 07.12.1999r. Jednocześnie zgodnie z sugestiami Urzędu zawartymi w piśmie z dnia 18.08.1999r. „MIKAMA” S.A. dokonała zgłoszenia nabycia kolejnych 27% akcji „PREFBET” S.A. W piśmie będącym ustosunkowaniem się do wszczęcia postępowania „MIKAMA” S.A. uważa iż nie posiadała na tym etapie łączenia żadnych innych dokumentów na okoliczność faktycznego dokonania czynności związanych z nabyciem kolejnych 27% akcji „PREFBETU” S.A. Faktyczne dokonanie czynności nastąpiło dopiero w dniu 07.12.1999r. tj. w dniu podpisania umowy nabycia akcji. Z treści tej umowy wynika jednoznacznie obowiązek „MIKAMY” S.A. przedstawienia w terminie do dnia 15.01.2000r. zawiadomienia Urzędu o braku zastrzeżeń co do zamiaru łączenia. Otrzymanie takiego zawiadomienia spowoduje dopiero faktyczne wydanie akcji.

Organ antymonopolowy zważył, co następuje:

Wprowadzona dnia 03.02.1995r. nowelizacja ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i obowiązująca od dnia 19.05.1995r. (Dz.U. z dnia 18.04.1995r. nr 41 poz.208), a w szczególności przepisy art.11 tej ustawy, zobowiązują podmioty gospodarcze do dokonania zgłoszenia zamiaru łączenia

przedsiębiorców w terminie 14 dni od dokonania czynności, z którą ustawa wiąże ten obowiązek. Uregulowania takie zawiera również i ustawa antymonopolowa obowiązująca w aktualnym kształcie od dnia 02.01.1999r. Powyższe oznacza, że zgłoszenie zamiaru łączenia podmiotu powinno być dokonane *ex ante*, czyli przed faktycznym dokonaniem danej operacji kapitałowej i tym samym urzeczywistnieniem zamiaru łączenia.

Notyfikacji podlega każdy przypadek objęcia lub nabycia udziałów (akcji), jeśli wiąże się to z przekroczeniem kolejnych progów ilościowych i wartościowych określonych w ustawie.

Zgodnie z wydanym na podstawie art.11e w/w ustawy rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 13 lipca 1995r, w sprawie określenia szczegółowych warunków jakim powinno odpowiadać zgłoszenie zamiaru łączenia i przekształcenia podmiotów gospodarczych oraz określenia organów podmiotów zobowiązanych do dokonania tego zgłoszenia (Dz.U. z dnia 28.07.1995r. Nr 87 poz. 438), obowiązującym do dnia 28.12.1999r., a w szczególności zgodnie z § 1.1 tego rozporządzenia, obowiązek zgłoszenia zamiaru łączenia podmiotów gospodarczych spoczywał na organie zarządzającym każdego z podmiotów uczestniczących w łączeniu. Czyli zarówno na organie zarządzającym podmiotu nabywającego akcje lub udziały jak i organie zarządzającym spółki, której akcje są nabywane. W przypadku gdy podmioty te miały dominantów w rozumieniu § 1 ust. 3 w/w rozporządzenia, obowiązek ten ciążył na organie zarządzającym podmiotów dominujących w stosunku do bezpośrednich uczestników łączenia.

Artykuł 11 ust.1 wspomnianej ustawy, określa iż zgłoszenie zamiaru łączenia podmiotów, w przypadku spełnienia przez łączące się podmioty kryteriów ilościowych i wartościowych określonych w ustawie podlega zgłoszeniu do Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w terminie 14 dni od dokonania czynności, z którą ustawa wiąże ten obowiązek. Zakreślenie przez ustawodawcę terminu 14 dniowego na dokonanie łączenia zostało dokonane z myślą o wynikających z tego korzyściach dla przedsiębiorców. Sztynne ograniczenie terminu zgłoszenia do 14 dni ma umożliwić Urzędowi obiektywne i szczegółowe rozpatrzenie sprawy a także pozwolić w przypadku występowania ewentualnego podejrzenia o umocnienie w wyniku łączenia pozycji przedsiębiorców na rynku, do wydania warunków na jakich to łączenie może nastąpić i ich zaakceptowanie lub odrzucenie przez przedsiębiorców. Ustosunkowanie się do takich warunków przedstawionych przez Urząd wymaga dłuższego okresu czasu i wielokrotnie zmiany podejmowanych uchwał, projektów umów lub też zmiany umów którymi przedsiębiorca jest już związany. Określenie takiego terminu jest również korzystne dla przedsiębiorców gdyż do czasu otrzymania zgody Urzędu przedsiębiorca może uniknąć zarówno pracy organizacyjnej jak i środków finansowych, które mogą być zmarnowane w przypadku wydania przez Urząd zakazu łączenia. Dlatego też ustawa wymaga aby zgłaszany zamiar był skonkretyzowany i udokumentowany, nie zaawansowany na tyle aby nie narażać strony na niepotrzebne koszty, a także ma umożliwić Urzędowi wnikliwe rozpatrzenie sprawy.

Tak więc określenie przez ustawodawcę sztywnego i nieprzekraczalnego terminu jest w pełni uzasadnione i musi być przez przedsiębiorców przestrzegane.

Przepisy art.11 ustawy wskazują, iż zgłoszeniu do Urzędu podlega zamiar łączenia przedsiębiorców, co oznacza jak wskazano to powyżej, iż zgłoszenie powinno być wykonane przed dokonaniem danej operacji kapitałowej. Czyli w przypadku

nabycia akcji zgłoszenie powinno nastąpić przed wręczeniem akcji imiennych lub wydaniem akcji na okaziciela. Zgłoszenie zamiaru nabycia akcji dokonane chociażby bezpośrednio po ich nabyciu nie może być uznane za wywiązanie się w terminie z ustawowego obowiązku zgłoszenia. Zgłoszenie łączenia nie może być nie tylko dokonane po nabyciu akcji ale również musi być dokonane w terminie wynikającym z art.11 ust.1 ustawy.

Aby ustalić datę podjęcia zamiaru należy najpierw ustalić jakie organy przedsiębiorcy zobowiązane są do podejmowania wiążących decyzji w tym podmiocie tzn. jaki organ jest uprawniony do podjęcia decyzji o nabyciu akcji. Ze względu na określony przez ustawodawcę szeroki katalog rodzajów łączeń kapitałowych nie możliwe było określenie w ustawie dokładnego momentu kiedy powstaje zamiar łączenia. Jest to również i umotywowane różnymi kompetencjami władz spółek do podejmowania decyzji co do zamiaru łączenia. Tak więc aby ustalić dokładny termin powstania obowiązku należy w każdym przypadku sprawdzić kompetencje poszczególnych organów spółki do podejmowania decyzji w takich sprawach oraz daty podjęcia stosownych aktów przez te organy, dokumentujących powstanie zamiaru łączenia.

Podjęcie stosowanej uchwały przez upoważniony do tego organ jest przyjmowane jako powstanie zamiaru łączenia i od dnia podjęcia takiej uchwały w terminie wynikającym z art.11 ust.1 przedsiębiorca taki jest zobowiązany do dokonania zgłoszenia łączenia.

W rozważanej sprawie do wniosku „MIKAMA” S.A. z dnia 02.11.1999r. została dołączona uchwała zarządu tej spółki z dnia 29.07.1999r. nr 19.1/99 w sprawie podjęcia decyzji o zakupie 27% akcji przedsiębiorstwa „PREFBET” S.A. od NFI i Skarbu Państwa. W uchwale tej zarząd spółki wyraził zamiar nabycia przez „MIKAMA” S.A. akcji spółki „PREFBET” powodujących przekroczenie 50% głosów na walnym zgromadzeniu akcjonariuszy tej spółki. Wobec czego w terminie 14 dni od dnia podjęcia tej uchwały zarząd „MIKAMA” S.A. miał obowiązek dokonania zgłoszenia do Urzędu czego w rzeczywistości w tym terminie nie dokonał. W ustosunkowaniu się do wszczęcia zarząd spółki wskazuje iż zgłoszenia dokonano przez nabyciem akcji, gdyż zgłoszenie nabycia 27% akcji „PREFBET” S.A. dokonano przed 07.12.1999r. tj. przed podpisaniem umowy spółki. Stanowisko takie jest w części słuszne, gdyż rzeczywiście zgłoszenie wpłynęło przed podpisaniem w dn.07.12.1999r. umowy nabycia akcji, jednakże zgłoszenie nastąpiło z przekroczeniem ustawowego terminu wynikającego z art.11 ust.1 ustawy antymonopolowej. Wobec czego zgłoszenie, które wpłynęło do Urzędu w dniu 04.11.1999r. zostało dokonane z przekroczeniem ustawowego terminu.

Urząd pragnie również wskazać, iż w piśmie z dnia 18.08.1999r. poinformował „MIKAMA” S.A. iż postępowanie dotyczące zamiaru nabycia kolejnej ilości akcji „PREFBET” S.A. może być prowadzone przez Urząd w przypadku udokumentowania zamiaru nabycia przez tę spółkę akcji „PREFBET” S.A. od pozostałych NFI oraz Skarbu Państwa. Dokumenty, które mogą być dołączone do wniosku były wymienione w rozporządzeniu wykonawczym. W dniu 29.07.1999r. czyli w dniu dokonania pierwszego zgłoszenia „MIKAMA” S.A. była w posiadaniu uchwały zarządu z dnia 29.07.1999r. nr 19.1/99, w której wyraził on zamiar nabycia kolejnych akcji „PREFBET” S.A. Wobec czego będąc w posiadaniu takiego dokumentu, bezpośrednio po otrzymaniu pisma Urzędu z dnia 18.08.1999r. „MIKAMA” S.A. mogła dokonać zgłoszenia nabycia ponad 50% akcji „PREFBET” S.A. czego jednakże wtedy nie

dokonała. Wpłynięcie zgłoszenia w terminie wcześniejszym miałyby z pewnością wpływ na wymiar nałożonej niniejszą decyzją kary lub na odstąpienie przez Urząd od jej nałożenia.

Przepis art.15a ust.1 pkt 1 ustawy antymonopolowej, przewiduje możliwość nałożenia na podmiot gospodarczy kary pieniężnej w wysokości do 1% przychodu za każdy rozpoczęty miesiąc niewykonania obowiązku, o którym mowa w art.11 w/w ustawy. Określone w tym przepisie stawki mają charakter maksymalny, w rzeczywistości o wysokości kary decyduje organ antymonopolowy, który ustalając faktyczną jej wysokość powinien przy jej ustaleniu kierować się jej funkcją represyjną i prewencyjną (dyscyplinującą). Przy czym w zależności od okoliczności sprawy jedna lub druga funkcja może być uznana za wiodącą. Natomiast aby kara odniosła zamierzony skutek powinna być określona w odpowiedni sposób do potencjału, przychodu i zysku ukaranego podmiotu gospodarczego. Ponadto jak wynika z postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 1999r. (sygn. akt I CKN 184/99), nałożenie kary pieniężnej nie jest uzależnione od oceny skutków wpływu łączenia przedsiębiorców na konkurencję.

W rozpatrywanej sprawie zgłoszenie przez „MIKAMA” S.A. zamiaru łączenia powinno wpłynąć do Urzędu w terminie 14 dni od dnia podjęcia przez „MIKAMA” S.A. uchwały o nabyciu akcji czyli do 12.08.1999r. Tymczasem zgłoszenie „MIKAMA” S.A. do Urzędu wpłynęło w dniu 04.11.1999r. czyli z ponad dwu miesięcznym opóźnieniem.

Jak wynika z danych uzyskanych od Spółki, przychód liczony na podstawie zasad określonych w art.2 pkt.10 ustawy antymonopolowej wyniósł dla „MIKAMA” S.A. za 1999r. – (...) PLN.

Maksymalna wysokość kary, o której mowa w art.15a ust.1 pkt 1 ustawy, wynosi 1% przychodu, tj. (...) PLN za każdy rozpoczęty miesiąc niewykonania obowiązku zgłoszenia, o którym mowa w art.11 ustawy antymonopolowej. Biorąc pod uwagę ponad 2-miesięczne opóźnienie w zgłoszeniu do Urzędu zamiaru nabycia akcji „PREFBET” S.A. , maksymalny wymiar kary w tym przypadku mógł wynosić (...) PLN.

Natomiast organ antymonopolowy nałożył karę w wysokości 8.700 PLN tj. w wysokości (...) % kary maksymalnej.

Określając karę w takiej wysokości Urząd kierował się następującymi przesłankami:

- „MIKAMA” S.A. dokonała zgłoszenia zamiaru łączenia samodzielnie, aczkolwiek z przekroczeniem terminu o jakim mowa w art.11 ust.1 ustawy,
- niezgłoszenie w terminie zamiaru łączenia zostało przez „MIKAMA” S.A. dokonane po raz drugi, gdyż zgłoszenie nabycia 33% akcji w „PREFBET” dokonane w dniu 29.07.1999r. zostało dokonane z ponad miesięcznym opóźnieniem,
- dokonanie zamierzonego łączenia nie spowodowało uzyskania ani umocnienia pozycji dominującej na rynku,
- nie wpłynęło również negatywnie na poziom konkurencji na rynku działalności obu firm.

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów korzystając z prawa nałożenia kary uznał, że kara powinna mieć przede wszystkim charakter prewencyjny nie tracąc przy tym celu represyjnego kary, z uwagi na dokonanie po raz drugi zgłoszenia zamiaru łączenia z naruszeniem ustawowego terminu.

Dlatego też biorąc pod uwagę powyższe przesłanki, kwota kary została ustalona w wyżej określonej wysokości znacznie, poniżej maksymalnego wymiaru kary.

Stąd orzeka się jak w sentencji.

Od niniejszej decyzji służy odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Antymonopolowego za pośrednictwem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatura w Katowicach, w terminie dwutygodniowym od dnia doręczenia decyzji.

Karę należy wpłacić na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie w NBP o/o Warszawa 1010 1010-7878-223-1.

WICEDYREKTOR DELEGATURY

Janina Nabiałek