



**PREZES  
URZĘDU OCHRONY  
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

DOK2- 430/1/05/AI

Warszawa, 2006.08.18

**DECYZJA Nr DOK - 94/2006**

Na podstawie art. 105 § 1 kpa w związku z art. 80 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz.U. z 2005 r., Nr 244, poz. 2080) Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **umarza** postępowanie administracyjne wszczęte z urzędu w sprawie nałożenia na Vivendi Universal S.A. z siedzibą w Paryżu kary pieniężnej za niewykonanie obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji, polegającej na przejęciu przez Vivendi Universal SA /pośredniej/ kontroli nad spółką Elektrim Telekomunikacja Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, z naruszeniem obowiązku o którym mowa w art. 12 ust. 1 i 2 pkt 2 ww. ustawy.

**UZASADNIENIE**

W dniu 20 stycznia 2004 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zwany dalej Prezesem Urzędu bądź organem antymonopolowym wszczął postępowanie wyjaśniające w sprawie wstępnego ustalenia, czy nastąpiło naruszenie przepisów ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz.U. z 2005 r., Nr 244, poz. 2080), zwanej dalej Ustawa, w wyniku niewykonania obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji, polegającej na przejęciu przez Vivendi Universal S.A. z siedzibą w Paryżu, zwaną dalej VU, kontroli nad spółką Elektrim Telekomunikacja Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwaną dalej Telco<sup>1</sup>. Podstawą wszczęcia przedmiotowego postępowania były informacje uzyskane przez organ antymonopolowy o dokonanej transakcji, polegającej na nabyciu przez VU kolejnych 2% udziałów w kapitale Telco (za pośrednictwem Ymer), co spowodowało przejęcie przez VU kontroli nad tą spółką.

Ponieważ zebrane w postępowaniu informacje wskazywały, iż VU nie nabył dodatkowego pakietu 2% udziałów i głosów Telco, co spowodowałoby przejęcie przez VU kontroli nad tą spółką, a tym samym, że VU nie naruszył przepisów Ustawy, Prezes Urzędu.

---

<sup>1</sup> Przejęcie kontroli nad spółką Telco dawało również pośrednią kontrolę nad Polską Telefonią Cyfrową Sp. z o.o., jednym z trzech operatorów telefonii komórkowej w Polsce.

postanowieniem z dnia 22 lipca 2004 r., zamkną postępowanie wyjaśniające w przedmiotowej sprawie.

Po zakończeniu postępowania organ antymonopolowy uzyskał informację, iż od 1 stycznia 2004 r., VU zastosował nowe standardy księgowości, które zostały wprowadzone we Francji nakazujące konsolidować podmioty faktycznie kontrolowane niezależnie, od tego czy posiada się w nich udziały. W świetle tychże zasad nastąpiła konsolidacja Ymer z VU<sup>2</sup>. Z dokumentu *HALF YEAR ENDED JUNE 30, 2004 OPERATING AND FINANCIAL REVIEW AND PROSPECTS & UNAUDITED INTERIM FINANCIAL STATEMENTS AT JUNE 30, 2004* wynika, iż VU ponosi ryzyko ekonomiczne związane z aktywami posiadanymi przez Ymer, a także, że udziały Ymer w Telco księguje metodą *equity* (posiadanych udziałów w kapitale).

Ponieważ nowe standardy księgowania, poprzez wprowadzenie obowiązku konsolidowania podmiotów faktycznie kontrolowanych, pozwalały przyjąć, że istnieje kontrola VU nad Telco, Prezes Urzędu postanowił, w dniu 23 listopada 2004 r., wszcząć ponownie postępowanie wyjaśniające w sprawie wstępnego ustalenia, czy nie nastąpiło naruszenie przepisów Ustawy w wyniku niewykonania obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji, polegającej na przejęciu przez VU kontroli nad spółką Telco. Ponieważ ustalenia poczynione w trakcie tego postępowania wyjaśniającego, wskazywały na możliwość naruszenia przez VU przepisów Ustawy, Prezes Urzędu, w dniu 7 kwietnia 2005 r., wszczął z urzędu postępowanie antymonopolowe w przedmiotowej sprawie.

### **Prezes Urzędu ustalił, co następuje:**

- W dniu 27 czerwca 2001 r. Elektrim S.A. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej Elektrim)<sup>3</sup> i VU podpisały list intencyjny określający warunki nabycia przez VU pakietu kontrolnego w spółkach zależnych od Elektrimu posiadających aktywa telefonii stacjonarnej i ruchomej. Ustalenia objęte listem intencyjnym przewidywały m.in., iż VU nabędzie dodatkowy pakiet 2% udziałów w spółce Telco oraz 1% udziałów w Carcom Sp. z o.o. Wolą stron realizacja przedmiotowej transakcji miała nastąpić do 30 lipca 2001 r., pod warunkiem spełnienia określonych warunków, w tym uzyskania zgody Prezesa Urzędu na przeprowadzenie planowanej koncentracji, oraz sporządzenia ostatecznych i wiążących prawnie dokumentów. Strony ustaliły również, że dokonają uzupełnienia i ujednoczenia wiążącej je Drugiej Umowy Inwestycyjnej z dnia 7 grudnia 1999 r., tak aby odzwierciedlić nabycie przez VU pakietu kontrolnego Telco poprzez podpisanie nowej umowy inwestycyjnej (Trzecia Umowa Inwestycyjna),
- Trzecia Umowa Inwestycyjna między Elektrimem, VU, Telco, Vivendi Telecom International S.A. oraz Carcom Sp. z o.o. została podpisana w dniu 3 września 2001 r.
- Art. 1.3 Trzeciej Umowy Inwestycyjnej wskazuje, iż po przeprowadzeniu transakcji oraz transakcji zawieranych w ich wyniku, Elektrim znajdzie się w posiadaniu 49% ogólnej liczby udziałów i głosów w spółce Telco, VU będzie posiadał 49% ogólnej liczby

<sup>2</sup> Przejęcie przez UV kontroli nad Ymer, dawałoby jej wówczas kontrolę nad Telco (a w konsekwencji nad Polską Telefonią Cyfrową Sp. z o.o.)

<sup>3</sup> Elektrim był drugim (większościowym) udziałowcem Telco, co dawało mu kontrolę nad PTC sp. z o.o.

udziałów i głosów w spółce Telco, zaś Ymer będzie posiadał 2% ogólnej liczby udziałów i głosów w spółce Telco.

- Ymer zawarł z Elektrimem w dniu 3 września 2001 r. dwie umowy sprzedaży udziałów Telco. Jedna umowa dotyczyła sprzedaży udziałów w liczbie stanowiącej 1,1% kapitału zakładowego, a druga sprzedaży udziałów w liczbie stanowiącej 0,9% kapitału zakładowego. W wyniku przeprowadzonych transakcji Struktura własnościowa Telco przedstawiała się następująco:

|                 |                                |                    |
|-----------------|--------------------------------|--------------------|
| <b>Elektrim</b> | - 49.039.638 udziałów dających | <b>49%</b> głosów, |
| <b>VU</b>       | - 49.039.640 udziałów dających | <b>49%</b> głosów  |
| <b>Ymer</b>     | - 2.001.619 udziałów dających  | <b>2%</b> głosów   |

- W dniu 21 sierpnia 2001 r. VU objął 525 udziałów w kapitale spółki inwestycyjnej - LB International Fonds Ltd (otwarty fundusz powierniczy zarządzany przez Société Générale Bank and Trust SA. z siedzibą w Luksemburgu), zwanej dalej Funduszem. VU jest jednym z kilku współników Funduszu, nie ma prawa do inwestycji kapitałowych Funduszu lub samego Funduszu. Udziały objęte przez VU w Funduszu nie mają prawa głosu. Pozyskane od VU aktywa powiernicze Fundusz przekazał, na podstawie Umowy Zlecenia, Société Générale Bank and Trust SA, zwanemu dalej SGB&T, który stał się wyłącznym posiadaczem przedmiotu zlecenia.
- Fundusz podpisał umowę powierniczą /zlecenia<sup>4</sup> z SGB&T w celu finansowania nabycia przez SGB&T spółki Ymer i udzielenia niezbędnych kredytów powalających spółce Ymer na nabycie 2% udziałów w kapitale zakładowym Telco.
- W okresie od września 2001 r. do listopada 2005 r. zgromadzenie współników Telco głosowało nad podjęciem 201 uchwał. 158 uchwał zostało podjętych jednogłośnie.

Odnosząc się do postawionego zarzutu VU wskazał co następuje:

- VU nie nabył dodatkowego pakietu 2% udziałów i głosów Telco, co spowodowałoby przejęcie kontroli nad tą spółką,
- VU starał się przyciągnąć do Telco inwestora finansowego, ponieważ nie dążył już do przejęcia kontroli nad tą Spółką, a dofinansowanie miało na celu ochronę wartości wcześniejszych inwestycji VU w Telco,
- nie istniała i nie istnieje umowa, na mocy której VU mógłby nabyć jakiegokolwiek prawa do 2% udziałów w Telco nabytych przez Ymer. W szczególności VU ani żaden z jego

---

<sup>4</sup> zgodnie z przepisami rozporządzenia Wielkiego Księstwa Luksemburg z dnia 19 lipca 1983 r. w sprawie umów powierniczych instytucji kredytowych. Rozporządzenie to wskazuje m.in., iż umowa powiernicza jest umową, w której jedna osoba, powierający, uzgadnia z instytucją kredytową, powiernikiem, że powiernik będzie mianowany właścicielem praw majątkowych, aktywów powierniczych, ale wykonywanie tych praw majątkowych będzie ograniczone przez zobowiązania, pasywa powiernicze, określone w umowie powierniczej. W czasie wygaśnięcia umowy powierniczej, powiernik ma prawo i przywilej zatrzymania wszystkich elementów aktywów powierniczych do momentu wypłacenia wszystkich należnych mu kwot przez powierającego, za wykonanie umowy powierniczej. Umowa powiernicza nie może nadawać powiernikowi mocy reprezentowania powierającego. Ww. rozporządzenie zostało uchylone ustawą z dnia 27 lipca 2003 r. o trustach i umowach powierniczych.

podmiotów stowarzyszonych nie mają możliwości kontrolowania sposobu wykonywania prawa głosu z tych udziałów na zgromadzeniu wspólników, ani też sposobu wykonywania praw głosu w podmiotach bezpośrednio lub pośrednio kontrolujących Ymer. Nie istnieje także żadna umowa, czy to pisemna czy ustna, pomiędzy grupą SGB&T a grupą VU w sprawie sprzedaży Ymer lub pakietu udziałów Telco znajdujących się w posiadaniu Ymer,

- nie ma żadnych pisemnych uzgodnień między VU a Funduszem, związanych z objęciem przez VU udziałów jego kapitale, poza Niepublicznym Memorandum Informacyjnym. Standardowy tekst Memorandum rzeczywiście daje posiadaczowi Udziałów Uczestnictwa możliwość pisemnego uzgodnienia celów Funduszu, jednakże VU nie skorzystał z tej możliwości, gdyż nie miał ani zamiaru ani potrzeby kontrolowania Funduszu w jakikolwiek sposób,
- objęcie udziałów w kapitale Funduszu, bez prawa głosu, było czysto finansową inwestycją w produkt finansowy oferowany przez SGB&T, którego skutek gospodarczy jest podobny do pożyczki albo lokaty bankowej. VU jest jednym z kilku wspólników Funduszu, nie ma prawa do inwestycji kapitałowych Funduszu lub samego Funduszu. Wyłączną kontrolę nad Funduszem i jego inwestycjami kapitałowymi sprawuje SGB&T. Pośrednie finansowanie przez VU przedmiotowej transakcji nie daje VU w żadnym przypadku prawa wglądu na zarządzanie ani Ymer, ani udziałem w Telco,
- jedyną podstawą prawną, w oparciu o którą VU dokonał inwestycji finansowej, która skłoniła SGB&T do nabycia udziałów Telco w charakterze inwestora finansowego, było objęcie przez VU, bez prawa głosu, 525 udziałów w kapitale Funduszu,
- VU dokonał z dniem 1 stycznia 2004 r. konsolidacji Ymer ponieważ z tą datą weszła w życie zmiana francuskich przepisów rachunkowych. W świetle nowych zasad, spółki muszą konsolidować wszystkie swoje podmioty typu ad hoc jeśli spełnione są którekolwiek dwa kryteria z trzech (wskazanych poniżej) nawet jeśli spółka nie posiada udziałów w takim podmiocie:
  1. spółka ma uprawnienia decyzyjne, np. posiada zdolność rozwiązania jednostki, zmiany jej statutu - *kryterium to nie jest spełnione przez VU, nie ma żadnych uprawnień decyzyjnych,*
  2. jest faktycznym beneficjentem większości korzyści ekonomicznych podmiotu czy to w formie środków płynnych czy też praw do części udziału w zysku netto, praw dysponowania jednym lub kilkoma aktywami bądź prawa do większości pozostałych aktywów w przypadku likwidacji spółki - *kryterium to należy uznać za spełnione przez VU - VU korzysta ze zwrotu wartości, aż do powrotu do pierwotnej wartości inwestycji, gdyby VU miała wykonać prawo żądania umorzenia swoich udziałów w Funduszu ostatecznie mogłaby odzyskać pierwotną inwestycję,*
  3. ponosi większość ryzyk związanych z podmiotem, przypadek taki zachodzi np. jeżeli inwestorzy zewnętrzni korzystają z gwarancji udzielonej przez podmiot lub przez spółkę, umożliwiającej im znaczne ograniczenie podejmowanego ryzyka nawet jeśli spółka nie posiada udziałów w takim podmiocie typu ad hoc - *kryterium to należy uznać za spełnione przez VU ponieważ ponosi całe ryzyko związane z wartością inwestycji w Ymer. Wartość udziałów w Ymer mogłaby stracić na wartości, a zatem w rezultacie umorzenia udziałów w Funduszu VU mógłby ponieść straty.*

Ponieważ kryterium 2 i 3 było spełnione, Ymer został uznany za spółkę ad hoc kontrolowaną przez VU w rachunkowym sensie i musi być od 1 stycznia 2004 r. konsolidowana przez VU mimo braku kontroli ze strony VU z prawnego punktu widzenia (VU ponosi ryzyko ekonomiczne związane z aktywami posiadanymi przez Ymer, a jednocześnie nie wykonuje prawa głosu z udziałów nabytych przez Ymer z tych względów VU księguje udziały Ymer w ET metodą *equity* - posiadanych udziałów w kapitale).

*Zasady rachunkowości nakładają na spółki zobowiązanie do konsolidacji pewnych inwestycji, tak aby akcjonariusze, wierzyciele i inwestorzy otrzymali najpełniejszy możliwy obraz ryzyka finansowego ponoszonego przez spółkę. Skutek gospodarczy finansowej inwestycji VU w Funduszu jest podobny do pożyczki lub lokaty bankowej. Ponieważ przedmiotowa inwestycja przybrała formę nabycia udziałów w funduszu Sicav, podlega ona ujawnieniu jako skonsolidowany podmiot ad hoc.*

- W dniu 27 października 2005 r. VU zawarła z Ymer umowę sprzedaży udziałów, na mocy której zobowiązał się do nabycia od Ymer 2% udziałów w kapitale zakładowym Telco, jak również 1% udziałów w kapitale zakładowym Carcom Warszawa Sp. z o.o. (Telco i Carcom nie prowadzą własnej działalności gospodarczej, a jedynie posiadają odpowiednio 47,998% i 3% udziałów w kapitale zakładowym Polskiej Telefonii Cyfrowej Sp. z o.o., dalej PTC),
- Przed zawarciem ww. umowy transakcja była konsultowana z Komisją Europejską (Komisja, jak wskazuje VU, została poinformowana o charakterze, przedmiocie i aktualnym stanie postępowania prowadzonego przed polskim organem antymonopolowym).

Stanowisko Komisji, Głównej Dyrekcji ds. Koncentracji, w przedmiotowej sprawie zostało podsumowane w piśmie do VU z dnia 15 listopada 2005 r. W piśmie tym Komisja stwierdza m.in., iż:

- ✓ po przeanalizowaniu kwestii, czy operacja nabycia przez VU od Ymer 2% udziałów w kapitale Telco oraz 1% w kapitale Carcom stanowi koncentrację w rozumieniu 1 Rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r., Komisja doszła do wniosku, że na tym etapie, przedmiotowa transakcja nie stanowi koncentracji w rozumieniu powołanego Rozporządzenia. Telco nie ma na razie możliwości wykorzystania uprawnień z tytułu własności akcji będących uprzednio w posiadaniu Elektrimu. Tak naprawdę prawa te są obecnie wykonywane przez Elektrim, nawet jeśli wykonywanie tych praw, jak również własności akcji są przedmiotem sporów sądowych. W tych warunkach nabycie udziałów od spółki Ymer nie daje VU możliwości wywierania decydującego wpływu na PTC,
- ✓ wszelki rozwój wypadków w toczących się sporach sądowych, który dałby pewność, z prawnego punktu widzenia, co do praw własności Telco do akcji PTC, mógłby stanowić koncentrację w rozumieniu Rozporządzenia,
- ✓ Komisja zwróciła się do VU z prośbą o dalsze regularne informowanie zespołu prowadzącego sprawę o jej przebiegu przed różnymi sądami,
- ✓ opinia wyrażona w niniejszym piśmie stanowi punkt widzenia Głównej Dyrekcji ds. Konkurencji i nie stanowi zobowiązania ze strony Komisji.

- W dniu 12 grudnia 2005 r. VU nabył od Ymer 2% udziałów w kapitale zakładowym Telco i 1% udziałów w kapitale zakładowym Carcom, o czym Prezes Urzędu został poinformowany pismem z dnia 12 grudnia 2005 r.

### **Prezes Urzędu zważył co następuje.**

Do dnia akcesji Polski do struktur Unii Europejskiej planowane przez przedsiębiorców koncentracje mogły podlegać notyfikacji zarówno Komisji Europejskiej (na podstawie przepisów wspólnotowych), jak też polskiemu organowi antymonopolowemu, jeżeli spełnione były przesłanki zgłoszenia zamiaru koncentracji zawarte w krajowej regulacji (ustawa o *ochronie konkurencji i konsumentów*). Do 1 maja 2004 r. nie obowiązywała zatem w Polsce tzw. „zasada jednego okienka”, zgodnie z którą jeżeli zamiar koncentracji podlega zgłoszeniu Komisji Europejskiej, to nie podlega już zgłoszeniu organom krajowym do spraw ochrony konkurencji.

Niniejsze postępowanie zostało wszczęte w związku z podejrzeniem naruszenia polskich przepisów dotyczących kontroli koncentracji. Organ antymonopolowy uznał, że zostało uprawdopodobnione, iż VU przejął kontrolę nad Telco, a tym samym nad PTC poprzez rozpoczęcie faktycznego wykonywania praw głosu z 2% aktywów Telco będących własnością Ymer (VU posiada 49% aktywów Telco). W przypadku gdyby taka koncentracja została dokonana, zamiar jej dokonania powinien zostać uprzednio notyfikowany Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na podstawie art. 12 ust. 2 pkt 2 ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów*, jako zamiar przejęcia kontroli przez jednego przedsiębiorcę nad innym przedsiębiorcą. Definicja pojęcia „przejęcie kontroli” jest bardzo szeroka i obejmuje, zgodnie z art. 4 pkt 13 ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów*, wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na określonego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców. Uprawnienia takie tworzą w szczególności prawo do całego albo części mienia przedsiębiorcy, prawa lub umowy przyznające decydujący wpływ na skład, wynik głosowania lub decyzję organów przedsiębiorcy.

Z zebranego w sprawie materiału dowodowego nie wynika jednoznacznie, aby przesłanki art. 4 pkt 13 ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów* zostały spełnione. W szczególności nie można stwierdzić, że VU wywierał decydujący wpływ na Telco. Z wyjaśnień VU wynika przeciwnie, że pomimo iż VU sfinansował de facto zakup aktywów Telco przez Ymer, to nie miał żadnych uprawnień decyzyjnych wobec Telco. VU dokonał konsolidacji Ymer z uwagi na wejście w życie nowych francuskich przepisów rachunkowych. Fakt skonsolidowania VU z Ymer w rozumieniu tych przepisów nie jest jednoznaczne z przejęciem kontroli nad tym przedsiębiorcą w rozumieniu przepisów ustawy o *ochronie konkurencji i konsumentów*.

Dodatkowo w trakcie postępowania w sprawie nałożenia kary pieniężnej za nie zgłoszenie zamiaru koncentracji, organ antymonopolowy dokonał analizy protokołów z głosowania na zgromadzeniach wspólników Telco. Również z tych protokołów nie wynika szczególna zbieżność sposobu głosowania przez VU i Ymer. Większość uchwał podejmowana była bowiem jednogłośnie przez wszystkich wspólników spółki.

W dniu 27 października 2005 r. VU zawarła z Ymer umowę sprzedaży udziałów Telco na rzecz VU. Przed zawarciem tej umowy transakcja była konsultowana z Komisją Europejską. Komisja została poinformowana o toczącym się przed polskim organem antymonopolowym postępowaniu w sprawie nałożenia kary za niezgłoszenie zamiaru tożsamej do zgłaszanej do Komisji koncentracji. Komisja pomimo posiadanej wiedzy na temat postępowania przed polskim organem antymonopolowym potraktowała zgłaszaną w 2005 r. koncentrację jako prawidłowo zgłoszoną, odnosząc się do niej w sposób opisany w części ustalającej niniejszej decyzji. Jest to dodatkowy argument świadczący o prawidłowym „usytuowaniu” w czasie zgłoszenia zamiaru koncentracji przez VU do wyłącznie właściwego (po wejściu Polski do UE) organu ochrony konkurencji – Komisji Europejskiej.

Jak wspomniano powyżej, do dnia wstąpienia Polski do Unii Europejskiej kompetencje w zakresie prewencyjnej kontroli koncentracji przedsiębiorców, grożących istotnym ograniczeniem konkurencji na rynku polskim, należały w całości do Prezesa Urzędu. Od 1 maja 2004 r. obowiązują w Polsce także akty wspólnotowe, które rozdzielają kompetencje w tym zakresie pomiędzy organy ochrony konkurencji państw członkowskich, a więc także Prezesa Urzędu, oraz Komisję Europejską. Polska stając się członkiem Unii Europejskiej, przyjęła bowiem wspólnotowy dorobek prawny, a wraz z nim regulacje dotyczące kontroli koncentracji przedsiębiorców. Od tej pory dla stanów faktycznych związanych z koncentracją przedsiębiorców zastosowanie może mieć nie tylko Ustawa, ale także odpowiednie regulacje wspólnotowe. Szczegółowo kwestie te reguluje Rozporządzenie Rady 139/2004 WE z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, zwanego dalej rozporządzeniem.

Rozporządzenie ustanawia generalną zasadę, zgodnie z którą Komisja Europejska ma wyłączną kompetencje w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorców mającej wymiar wspólnotowy, mierzony za pomocą wysokości obrotów osiągniętych przez uczestniczących w koncentracji przedsiębiorców. Zasadnicze progi obrotu, od osiągnięcia których koncentrację uznaje się za mającą wymiar wspólnotowy, określone są w art. 1 ust. 2 Rozporządzenia. Jest to jedyny wyznacznik wspólnotowego wymiaru koncentracji. Na określenie, czy dana koncentracja ma wymiar wspólnotowy nie ma wpływu ani działanie danego przedsiębiorcy w określonej liczbie Państw Członkowskich, ani udział w rynku przedsiębiorców czy też geograficzne określenie obszaru ich działania.

Stwierdzenie zatem, że dana koncentracja ma wymiar wspólnotowy oznacza, iż choćby kwalifikowała się ona do rozpatrzenia przez organy ochrony konkurencji Państw Członkowskich, nie może być przez nie rozstrzygana (wyjątkiem od tej zasady jest system przekazywań spraw pomiędzy Komisją a krajowymi organami ochrony konkurencji). Jest to nie tylko konsekwencja obowiązywania zasady nadrzędności stosowania prawa wspólnotowego nad prawem krajowym, ale także wyraźnego zapisu Rozporządzenia (art. 21 ust. 3), który stanowi, iż żadne państwo Członkowskie nie może stosować krajowego

ustawodawstwa dotyczącego ochrony konkurencji w stosunku do koncentracji mającej wymiar wspólnotowy.

Dodać należy, iż Rozporządzenie zawiera nie tylko przepisy materialne, wyznaczające przesłanki oceny przez Komisję zgłoszonej koncentracji pod kątem zgodności ze wspólnym rynkiem, ale także szereg przepisów proceduralnych. Dotyczą one formy zgłoszenia, sposobu obliczania obrotu przedsiębiorców, faz postępowania, zakresu kompetencji decyzyjnych Komisji oraz przysługujących jej instrumentów dochodzeniowych. I tak zgodnie z art. 11 ust. 1 Rozporządzenia, Komisja w celu wykonania powierzonych jej zadań może za pośrednictwem prostego wniosku lub decyzji, uzyskać od określonych przedsiębiorców, związków przedsiębiorców, osób lub właściwych władz Państw Członkowskich, wszystkie konieczne informacje. Jednocześnie Komisja, w przypadku określonych naruszeń Rozporządzenia, została uprawniona do nakładania na osoby, przedsiębiorstwa lub związki przedsiębiorstw kar pieniężnych za formalne i materialne naruszenie przepisów Rozporządzenia (art. 14) oraz okresowych płatności karnych, będących szczególnym rodzajem kar pieniężnych, za niewykonanie lub niewłaściwe wykonanie decyzji Komisji (art. 15).

Jak wynika ze zgromadzonego w toku postępowania materiału dowodowego w dniu 27 października 2005 r. VU zawarła z Ymer umowę sprzedaży udziałów, na mocy której zobowiązał się do nabycia od Ymer 2% udziałów w kapitale zakładowym Telco. Przed zawarciem ww. umowy transakcja była konsultowana z Komisją Europejską. Komisja ustaliła, iż jest właściwa dla dokonania kontroli koncentracji w stosunku do transakcji, gdyż osiągnięte zostały progi przewidziane w art. 1 Rozporządzenia, jednocześnie Komisja doszła do wniosku, że na tym etapie, przedmiotowa transakcja nie stanowi koncentracji w rozumieniu Rozporządzenia, bowiem Telco nie ma na razie możliwości wykorzystania uprawnień z tytułu własności akcji będących uprzednio w posiadaniu Elektrimu. Komisja zastrzegła, że wszelki rozwój wypadków w toczących się sporach sadowych, który dałby pewność, z prawnego punktu widzenia, co do praw własności Telco do akcji PTC, mógłby stanowić koncentrację w rozumieniu Rozporządzenia. Komisja zwróciła się do VU z prośbą o dalsze regularne informowanie o przebiegu spraw przed różnymi sądami.

Zaznaczyć jednocześnie należy, iż brak jest przepisów przejściowych regulujących uprawnienia Komisji i Prezesa Urzędu w zakresie prowadzenia postępowań w sprawach koncentracji przedsiębiorstw po 1 maja 2004 r., oraz że w przedmiotowej sprawie nie zachodzą przesłanki pozwalające na przekazanie przez Komisję sprawy do rozpatrzenia przez Prezesa Urzędu, zgodnie z art. 9 Rozporządzenia, zatem Prezes Urzędu nie jest właściwy do oceny zamiaru koncentracji zgłoszonej do Komisji Europejskiej w 2005 r.

Ponownego podkreślenia wymaga, że postępowanie w sprawie nałożenia kary pieniężnej prowadzone przez polski organ antymonopolowy i postępowanie w sprawie

zgłoszenia zamiaru koncentracji prowadzone przez Komisję Europejską dotyczyły de facto tej samej koncentracji. Organ antymonopolowy wszczął postępowanie w związku z podejrzeniem, że zamiar koncentracji powinien zostać zgłoszony w 2001 r., natomiast VU zgłosił zamiar dokonania tożsamej koncentracji w 2005 r. Komisja Europejska, jako jedynie właściwa do oceny przedmiotowej koncentracji po wejściu polski do UE nie zakwestionowała faktu jej zgłoszenia dopiero w 2005 r.



Biorąc pod uwagę, że materiał dowodowy nie wskazuje na spełnienie przesłanek z art. 4 pkt 13 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a orzeczenie w sprawie nałożenia kary pieniężnej nie może opierać się jedynie na nie mających oparcia w materiale dowodowych domniemaniach oraz biorąc pod uwagę fakt dokonania zgłoszenia zamiaru koncentracji do Komisji Europejskiej w 2005 r. oraz niekwestionowanie przez ten organ momentu zgłoszenia, orzeka się jak w sentencji.

Wszczęte postępowanie administracyjne musi być zakończone załatwieniem sprawy (art. 104 § 1 kpa). Jeśli postępowanie z jakichkolwiek przyczyn stało się bezprzedmiotowe, organ administracji państwowej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania (art. 105 § 1 kpa). Umorzenie z powodu bezprzedmiotowości jest obowiązkiem a nie uprawnieniem organu administracji. Przesłanką umorzenia postępowania jest bezprzedmiotowość postępowania „z jakichkolwiek przyczyn”, czyli z każdej przyczyny powodującej brak jednego z elementów materialnego stosunku prawnego, w odniesieniu do strony podmiotowej lub przedmiotowej. Z bezprzedmiotowością postępowania mamy do czynienia wówczas, gdy w sposób oczywisty organ stwierdzi brak podstaw prawnych i faktycznych do merytorycznego rozpatrzenia sprawy (wyrok NSA z dnia 18 kwietnia 1995 r., S.A./Łd 2424/94, ONSA 1996/2/80). Bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego to brak przedmiotu postępowania. Tym przedmiotem jest konkretna sprawa, w której organ administracji państwowej jest władny i jednocześnie zobowiązany rozstrzygnąć na podstawie przepisów prawa materialnego o uprawnieniach lub obowiązkach indywidualnego podmiotu. W orzecznictwie podkreśla się przy tym, że przepisy postępowania nakładają na organ administracji publicznej obowiązek przestrzegania z urzędu swojej właściwości rzeczowej i miejscowej. Ten obowiązek spoczywa na nich w każdym stadium postępowania, aż do jego zakończenia decyzja ostateczną. Jeżeli więc w toku postępowania administracyjnego wejdą w życie nowe przepisy, to organ prowadzący postępowanie obowiązany jest się do nich zastosować, także wówczas gdy regulują one odmiennie właściwości organu (wyrok NSA z dnia 24 kwietnia 2003 r., III SA 2225/01). Dalsze prowadzenie postępowania w takim przypadku stanowiłoby o jego wadliwości.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Stosownie do treści art. 78 ust 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, w związku z art. 479<sup>28</sup> § 2 k.p.c. - od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – za pośrednictwem Prezesa Urzędu, w terminie dwóch tygodni od dnia jej doręczenia.

*Z upoważnienia  
Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji  
i Konsumentów*

DYREKTOR  
Departamentu Ochrony Konkurencji  
Monika Bychowska

Otrzymuje:

Pani

Agnieszka Stefanowicz-Barańska

*pełnomocnik*

Vivendi Universal S.A.

Salans D. Oleszczuk  
Kancelaria Prawnicza Sp. k.  
Warsaw Financial Center  
ul. Emilii Plater 53, 22 piętro  
00-113 Warszawa