



**PREZES  
URZĘDU OCHRONY  
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

Warszawa, dnia 9 sierpnia 2012 r.

DKK1-430/01/12/MAB

**DECYZJA nr DKK - 78/2012**

- I.** Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 94 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów po przeprowadzeniu wszczętego z urzędu postępowania, **nakłada na** Kopalnię Węgla Brunatnego „Konin” w Kleczewie S.A. z siedzibą w Kleczewie **karę pieniężną** w wysokości 75 000 zł (*słownie: siedemdziesiąt pięć tysięcy złotych*) płatną do budżetu państwa z tytułu dokonania bez uzyskania zgody Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów koncentracji, polegającej na utworzeniu przez Kopalnię Węgla Brunatnego „Konin” w Kleczewie S.A. z siedzibą w Kleczewie oraz Global Wind Energy Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wspólnego przedsiębiorcy KWE Sp. z o.o. z siedzibą w Kleczewie.
- II.** Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 94 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów po przeprowadzeniu wszczętego z urzędu postępowania, **nakłada na** Global Wind Energy Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie **karę pieniężną** w wysokości 9 000 zł (*słownie: dziewięć tysięcy złotych*) płatną do budżetu państwa z tytułu dokonania bez uzyskania zgody Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów koncentracji, polegającej na utworzeniu przez Kopalnię Węgla Brunatnego „Konin” w Kleczewie S.A. z siedzibą w Kleczewie oraz Global Wind Energy Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wspólnego przedsiębiorcy KWE Sp. z o.o. z siedzibą w Kleczewie.

## UZASADNIENIE

W dniu 18 czerwca 2012 r. do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej „Prezes Urzędu” lub „organ antymonopolowy”) wpłynęło zgłoszenie koncentracji przedsiębiorców, polegającej na utworzeniu przez Kopalnię Węgla Brunatnego „Konin” w Kleczewie S.A. z siedzibą w Kleczewie oraz Global Wind Energy Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwane dalej odpowiednio „KWB” i „GWE” oraz łącznie „Strony”, wspólnego przedsiębiorcy KWE Sp. z o.o. z siedzibą w Kleczewie, zwanego dalej „KWE”.

Z informacji zawartych w zgłoszeniu wynikało, że KWB i GWE podpisały Umowę Spółki KWE w dniu 23 marca 2010 r., a sama Spółka została zarejestrowana dnia 1 października 2010 r. Wskazywało to, że KWB i GWE dokonały koncentracji w trybie art. 13 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), dalej „ustawa o ochronie konkurencji”, bez uprzedniej notyfikacji jej zamiaru Prezesowi Urzędu.

W związku z tym organ antymonopolowy, działając na podstawie art. 49 ust. 1 w związku z art. 106 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji w dniu 21 czerwca 2012 r. wszczął z urzędu postępowanie antymonopolowe w sprawie nałożenia kary pieniężnej na KWB i GWE, o czym zawiadomił Strony postępowania pismem z tej samej daty, wzywając jednocześnie KWB i GWE do ustosunkowania się do postawionego zarzutu, wyjaśnienia przyczyn niezgłoszenia Prezesowi Urzędu zamiaru koncentracji oraz udzielenia informacji dotyczących m.in. osiągniętego przez KWB i GWE obrotu (światowego i krajowego) w 2009 r. i nadesłania dokumentów związanych z transakcją.

Pismem z dnia 28 czerwca 2012 r. KWB i GWE udzieliły żądanych informacji i dokumentów oraz wskazały na okoliczności niedopełniania obowiązku zgłoszenia koncentracji na etapie jej zamiaru zwracając się o:

1. odstąpienie od nałożenia kary pieniężnej lub ewentualnie o
2. nałożenie kary w najniższym wymiarze.

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

**KWB** jest spółką akcyjną, której właścicielem jest Skarb Państwa. Przedmiotem jej działalności jest wydobywanie węgla brunatnego na potrzeby elektrowni należących do Zespołu Elektrowni Pątnów – Adamów – Konin S.A.

Obrót krajowy i światowy osiągnięty przez KWB w roku 2009, tj. w roku poprzedzającym rok, w którym powinno zostać dokonane Prezesowi Urzędu zgłoszenie zamiaru koncentracji, wyniósł równowartość [tajemnica przedsiębiorstwa – *pkt 1 załącznika do decyzji*] euro. Natomiast przychód KWB zrealizowany w 2011 r. wyniósł [tajemnica przedsiębiorstwa – *pkt 2 załącznika do decyzji*] zł.

**GWE** jest spółką z ograniczoną odpowiedzialnością, której przedmiotem działalności jest kompleksowa realizacja projektów związanych z budową i eksploatacją farm wiatrowych oraz świadczenie usług zarządzania projektami i usług wsparcia w zakresie realizacji budowy farm wiatrowych. W ramach prowadzonych projektów GWE nie rozpoczęła wytwarzania energii elektrycznej.

GWE nie osiągnęła obrotu w 2009 r., tj. w roku poprzedzającym rok, w którym powinno zostać dokonane zgłoszenie zamiaru koncentracji. Natomiast przychód GWE zrealizowany w 2011 r. wyniósł [tajemnica przedsiębiorstwa – *pkt 3 załącznika do decyzji*] zł.

**KWE** jest spółką z ograniczoną odpowiedzialnością, utworzoną przez KWB i GWE w celu przygotowania inwestycji polegającej na budowie farm wiatrowych w okolicach Konina oraz późniejszej ich eksploatacji. Natomiast zarejestrowanym przedmiotem działalności KWE jest m.in. wytwarzanie oraz dystrybucja energii elektrycznej.

Jak wskazano powyżej, KWE została zarejestrowana dnia 1 października 2010 r. Spółka ta nie prowadzi jeszcze działalności gospodarczej i w związku z tym nie osiągnęła żadnych przychodów.

#### Stanowisko Stron

KWB i GWE wyjaśniły, iż powodem niezgłoszenia Prezesowi Urzędu zamiaru koncentracji był brak świadomości istnienia takiego obowiązku. Była to dla Stron pierwsza tego typu transakcja. Jednocześnie Strony wskazały, iż niezwłocznie po powzięciu informacji

o obowiązku zgłoszenia zamiaru dokonania transakcji organowi antymonopolowemu bez zbędnej zwłoki przedłożyły pismem z dnia 14 czerwca 2012 r. (data wpływu do Urzędu 18 czerwca 2012 r.) zgłoszenie utworzenia KWE. W piśmie tym KWB i GWE wystąpiły również o odstąpienie od nałożenia kary pieniężnej. Z tym samym wnioskiem wraz z alternatywnym nałożeniem przez Prezesa Urzędu najłagodniejszej kary Spółki zwróciły się pismem z dnia 28 czerwca 2012 r. Błąd zgłoszenia miał także zdaniem Stron charakter nieumyślny. Ponadto jest to pierwsze naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji przez KWB i GWE. Strony podkreśliły także, że koncentracja nie wywarła żadnego wpływu na rynek właściwy, gdyż KWE wciąż nie rozpoczęła jeszcze działalności.

### **W oparciu o powyższe ustalenia organ antymonopolowy zważył, co następuje:**

Zgodnie z art. 13 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji zamiar koncentracji podlega zgłoszeniu Prezesowi Urzędu, jeżeli łączny światowy obrót przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekracza równowartość 1 mld euro (art. 13 ust. 1 pkt 1) lub łączny obrót na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekracza równowartość 50 mln euro (art. 13 ust. 1 pkt 2). W myśl art. 13 ust. 2 pkt 3 ww. ustawy obowiązek ten dotyczy zamiaru utworzenia przez przedsiębiorców wspólnego przedsiębiorcy.

Z akt sprawy wynika, że spełnione zostały przesłanki uzasadniające obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji, bowiem:

1. łączny obrót przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji na terytorium Polski w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia zamiaru koncentracji wyniósł równowartość [tajemnica przedsiębiorstwa – *pkt 1 załącznika do decyzji*] EUR, zatem przekroczył wartość określoną w art. 13 ust. 1 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji, tj. równowartość 50 mln euro,
2. utworzenie przez KWB i GWE wspólnego przedsiębiorcy KWE jest sposobem koncentracji, określonym w art. 13 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji.

Wobec powyższego zgodnie z treścią art. 94 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji spoczywał na przedsiębiorcach tworzących wspólnego przedsiębiorcę, tj. na KWB i GWE.

Ustawa o ochronie konkurencji stanowi, że zgłoszeniu Prezesowi Urzędu podlega zamiar koncentracji. Oznacza to, że w wypadku planowania koncentracji przedsiębiorca ma obowiązek zgłoszenia jej Prezesowi Urzędu na etapie zamiaru. W przypadku koncentracji określonej w art. 13 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji zamiar koncentracji istnieje do momentu rejestracji i ujawnienia transakcji w Krajowym Rejestrze Sądowym. Wpis w KRS ma charakter konstytutywny i jest prawnym wyrazem realizacji zamiaru koncentracji. W niniejszej sprawie Strony dokonały natomiast zgłoszenia już po wpisie do rejestru.

W myśl art. 106 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. Wydając decyzję o nałożeniu kary pieniężnej organ antymonopolowy działa zatem w ramach uznania administracyjnego, co oczywiście nie jest równoznaczne z dowolnością.

Zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą 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.]. Ponadto jak wskazuje Sąd Antymonopolowy w wyroku z dnia 4 lutego 1998 r., sygn. akt XVII Ama 66/97 (nie publ.), kara pieniężna powinna być na tyle dolegliwa, aby czyniła nieopłacalne ewentualne próby uchylania się w przyszłości przedsiębiorców od poddania się antymonopolowej kontroli połączeń z ich udziałem.

W piśmiennictwie antymonopolowym zwraca się również uwagę, iż Prezes Urzędu nakłada karę pieniężną określoną w art. 106 ust. 1 i ust. 2 ww. ustawy w razie spełnienia wszystkich ustawowych przesłanek zawartych w tym przepisie, włącznie z przesłankami podmiotowymi, tj. w przypadku stwierdzenia, że określone w ww. przepisie naruszenie obejmowało co najmniej nieumyślność (M. Król - Bogomilska: *Kary pieniężne w prawie antymonopolowym*, Warszawa 2001, s. 88).

Przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej, o której mowa w art. 106 ustawy o ochronie konkurencji, Prezes Urzędu powinien wziąć pod uwagę w szczególności okres,

stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy (art. 111 ww. ustawy).

Oceniając stopień zawinienia KWB i GWE w niniejszej sprawie Prezes Urzędu wziął pod uwagę, że zgodnie z art. 83 ustawy z dnia 2 kwietnia 1997 r. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej. Obowiązek znajomości i przestrzegania norm prawa ciąży tym bardziej na profesjonalnych uczestnikach obrotu rynkowego, takich jak KWB i GWE. Trudno przyjąć za relewantny argument o braku znajomości reguł prawa konkurencji, które obowiązuje w Polsce od początku lat 90-tych. Tym bardziej profesjonalni uczestnicy obrotu gospodarczego powinni mieć świadomość istnienia przepisów prawa konkurencji.

Ważąc wysokość nałożonej kary pieniężnej Prezes Urzędu uwzględnił nie tylko przesłankę naruszenia przez KWB i GWE przepisów prawa konkurencji, polegającą na niewykonaniu obowiązku ustawowego, jaki został na nich nałożony, poprzez niedochowanie należytej staranności i niedokonanie notyfikacji organowi antymonopolowemu określonego w ustawie o ochronie konkurencji zamiaru koncentracji, ale również okoliczności obciążające i łagodzące, stanowiące ocenę podmiotowej strony czynu tych przedsiębiorców.

To, że KWB i GWE z własnej inicjatywy zgłosiły koncentrację nie może być skutecznie podnoszone dla oceny dochowania należytej staranności - może mieć najwyżej znaczenie przy wazeniu wysokości kary za niewykonanie obowiązku określonego w art. 13 ust. 2 pkt 3 ustawy, stąd też zostało potraktowane jako okoliczność łagodząca. Przy wazeniu wysokości kary pieniężnej w niniejszej sprawie Prezes Urzędu uwzględnił również fakt, iż było to pierwsze naruszenie przez KWB i GWE ustawy o ochronie konkurencji, co również zostało potraktowane jako okoliczność łagodząca.

W ocenie Prezesa Urzędu okolicznością łagodzącą, która ma wpływ na wysokość nałożonej kary pieniężnej jest również fakt, iż w wyniku dokonanej przez KWB i GWE, bez notyfikacji, koncentracji konkurencja na rynku nie została istotnie ograniczona, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej.

Mając na uwadze powyższe Prezes Urzędu uznał, że waga i okoliczności naruszenia ustawy o ochronie konkurencji przesadzają o zasadności nałożenia na KWB kary pieniężnej w wysokości 75 000 zł (słownie: *siedemdziesiąt pięć tysięcy złotych*). Przychody KWB w roku 2011 r. wyniosły [tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 2 załącznika do decyzji] zł, zatem kara maksymalna, którą Prezes Urzędu mógłby nałożyć na tę Spółkę wynosi [tajemnica

przedsiębiorstwa – pkt 4 załącznika do decyzji] zł. Podobnie te same okoliczności przemawiają za nałożeniem na GWE kary pieniężnej w wysokości 9 000 zł (słownie: *dziewięć tysięcy złotych*). Przychody GWE w roku 2011 r. wyniosły [tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 3 załącznika do decyzji] zł, zatem kara maksymalna, którą Prezes Urzędu mógłby nałożyć na tę Spółkę wynosi [tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 5 załącznika do decyzji] zł.

Nałożona przez Prezesa Urzędu na KWB kara pieniężna, stanowiąca ok. [tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 6 załącznika do decyzji] % przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary i ok. [tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 7 załącznika do decyzji] % maksymalnej wysokości kary przewidzianej w art. 106 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji ma więc raczej walor dyscyplinujący i prewencyjny i ma jedynie nakłonić KWB do realizowania zobowiązań wobec Prezesa Urzędu, wynikających z ustawy o ochronie konkurencji w przyszłości. Kara ta stanowi niewielki ułamek przychodu KWB i nie powinna wpłynąć w sposób istotny na sytuację finansową Spółki.

W przypadku GWE nałożona przez Prezesa Urzędu kara pieniężna stanowi ok. [tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 8 załącznika do decyzji] % przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary i ok. [tajemnica przedsiębiorstwa – pkt 9 załącznika do decyzji] % maksymalnej wysokości kary przewidzianej w art. 106 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji. Kara ta również ma walor dyscyplinujący i prewencyjny i ma nakłonić GWE do realizowania zobowiązań wobec Prezesa Urzędu, wynikających z ustawy o ochronie konkurencji w przyszłości. Ponadto stanowi ona niewielki ułamek przychodu GWE i nie powinna wpłynąć w sposób istotny na sytuację finansową Spółki. Kara nałożona przez Prezesa Urzędu na GWE jest wyższa procentowo od kary nałożonej na KWB, gdyż, zgodnie ze wskazówkami płynącymi z orzecznictwa, kara pieniężna z uwagi na represyjno-wychowawczy charakter winna pozostawać we właściwej proporcji do potencjału ekonomicznego sprawcy (Wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 6 lutego 2007 r., VI ACa 810/06, Dz. Urz. UOKiK 2007, nr 3, poz. 37). Nałożenie kary w takiej samej procentowej wysokości oznaczałoby konieczność wyznaczenia kary w wysokości znacznie niższej niż symboliczna. Ponadto sądy wskazują, że choć wskaźnikiem wysokości kary w ustawie o ochronie konkurencji jest odsetek przychodu, to jednak wymóg osiągnięcia właściwego celu, któremu ma służyć wymierzenie kary nie powinien całkowicie abstrahować od rentowności w działalności prowadzonej przez stronę (Wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 24 kwietnia 2007 r., VI ACa 1054/06, niepublikowany). Oznacza to, że miarkowanie wysokości kary powinno uwzględniać bezwzględną wysokość kary, a nie tylko posługiwać się wartościami

względny i stosunkowy. Z tego powodu Prezes Urzędu doszedł do przekonania, że wyznaczenie kary na poziomie znacznie niższym od wysokości opłaty uiszczanej przez przedsiębiorców przy wszczynaniu postępowania antymonopolowego w sprawie kontroli koncentracji – która stosownie do § 10 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 17 lipca 2007 r. w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji przedsiębiorców (Dz. U. Nr 134, poz. 937) wynosi obecnie 5 000 zł - co miałyby miejsce w sytuacji zastosowania tej samej wartości procentowej dla KWB i GWE, mogłoby stanowić praktyczną i gospodarczą zachętę dla przedsiębiorców do zaniechania notyfikowania koncentracji Prezesowi Urzędu. Kara w takiej wysokości nie tylko nie spełniałaby zatem swojego podstawowego celu, ale zmierzałaby w dokładnie odwrotnym kierunku.

W związku z tym organ antymonopolowy orzekł, jak w pkt. I i II sentencji.

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

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji w związku z art. 479<sup>28</sup> § 2 i § 3 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 ze zm.) od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - w terminie dwutygodniowym od dnia jej doręczenia.

*Z upoważnienia Prezesa Urzędu  
Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

*Danuta Gruszczyńska  
Wicedyrektor Departamentu Kontroli  
Koncentracji*

Otrzymują:

- 1. Kopalnia Węgla Brunatnego „Konin” w Kleczewie S.A.**
- 2. Global Wind Energy Poland Sp. z o.o.**

za pośrednictwem:

Pana Pawła Zagajewskiego  
Zagajewski & Skowron Kancelaria Prawna s.c.  
ul. M. Kopernika 34 lok. 30  
00 - 336 Warszawa