



**PREZES  
URZĘDU OCHRONY  
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

Warszawa, dnia 18 listopada 2008 r.

DKK2-430/1/08/MB

**DECYZJA nr DKK - 89/08**

Na podstawie art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.) w związku z art. 83 oraz art. 13 ust. 2 pkt 2 i art. 94 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) umarza się, jako bezprzedmiotowe, postępowanie antymonopolowe wszczęte z urzędu w sprawie nałożenia kary pieniężnej na Kutnowskie Zakłady Drobiarskie „EXDROB” S.A. z siedzibą w Kutnie z tytułu dokonania bez uzyskania zgody Prezesa Urzędu koncentracji, polegającej na przejęciu przez Kutnowskie Zakłady Drobiarskie „EXDROB” S.A. z siedzibą w Kutnie kontroli nad Płockimi Zakładami Drobiarskimi „SADROB” S.A. z siedzibą w Płocku, co stanowiło naruszenie obowiązku, o którym mowa w art. 12 ust. 2 pkt 2 obowiązującej wówczas ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2003 r. Nr 86, poz. 804 ze zm.).

**UZASADNIENIE**

W dniu 7 lutego 2008 r. do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zwanego dalej „Prezesem Urzędu” lub „organem antymonopolowym”, wpłynęło zgłoszenie zamiaru koncentracji, polegającej na połączeniu Kutnowskich Zakładów Drobiarskich „EXDROB” S.A. z siedzibą w Kutnie, zwanej dalej „EXDROB”, i Płockich Zakładów Drobiarskich „SADROB” S.A. z siedzibą w Płocku, zwanej dalej „SADROB”, w trybie art. 13 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 o ochronie konkurencji”. Z informacji przedstawionych w zgłoszeniu, które znalazły potwierdzenie w załączonych do zgłoszenia odpisach z Krajowego Rejestru Sądowego, wynikało, iż panowie Andrzej Wójciak i Rajmund

Władysław Paczkowski, którzy pełnią odpowiednio funkcje wiceprezesa i członka zarządu EXDROB (zarząd EXDROB jest trzyosobowy), zajmują jednocześnie stanowiska w trzyosobowym zarządzie SADROB. Pan Rajmund Władysław Paczkowski jest prezesem zarządu tej Spółki, a Pan Andrzej Wójciak jego członkiem.

Powyższe dane wskazywały zatem, iż uczestnicy zgłoszonej koncentracji zgodnie z art. 4 pkt 4 lit. c) ustawy o ochronie konkurencji sprawują wzajemnie nad sobą kontrolę (członkowie zarządu EXDROB stanowią więcej niż połowę członków zarządu SADROB i członkowie zarządu SADROB stanowią więcej niż połowę członków zarządu EXDROB). To z kolei oznaczało, że obie ww. Spółki należały do jednej grupy kapitałowej. Zatem w odniesieniu do przedmiotowej koncentracji zachodziła przesłanka określona w art. 14 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji, który stanowi, że zamiar koncentracji nie podlega zgłoszeniu, jeżeli przedsiębiorcy należą do tej samej grupy kapitałowej.

W związku z powyższym organ antymonopolowy działając na podstawie art. 95 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji pismem z dnia 13 lutego 2008 r. zwrócił zgłoszenie zamiaru koncentracji, polegającej na połączeniu EXDROB i SADROB. Następnie w dniu 16 kwietnia 2008 r. wszczął postępowanie wyjaśniające w sprawie wstępnego ustalenia istnienia obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji, polegającej na przejęciu przez EXDROB kontroli nad SADROB bądź koncentracji, polegającej na przejęciu przez SADROB kontroli nad EXDROB.

Postanowieniem z dnia 15 lipca 2008 r. Prezes Urzędu wszczął z urzędu na podstawie art. 49 ust. 1 w związku z art. 106 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji postępowanie antymonopolowe w sprawie nałożenia na EXDROB kary pieniężnej z tytułu dokonania koncentracji bez uzyskania zgody Prezesa Urzędu, polegającej na przejęciu z dniem 5 września 2005 r. przez EXDROB kontroli nad SADROB z naruszeniem obowiązku, o którym mowa w art. 12 ust. 2 pkt 2 obowiązującej wówczas ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2003 r. Nr 86, poz. 804 ze zm.), zwanej dalej także „nieobowiązująca ustawa o ochronie konkurencji”. O wszczęciu ww. postępowania Prezes Urzędu zawiadomił EXDROB pismem z dnia 18 lipca 2008 r.

Odnosząc się do postawionego zarzutu EXDROB wyjaśniła (pismo z dnia 28 kwietnia 2008 r.), iż niedopełnienie obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji wynikało z nieświadomości istnienia takiego obowiązku. Jednocześnie EXDROB wskazała, iż w dniu 9 czerwca 2008 r. Rada Nadzorcza SADROB odwołała Pana Andrzeja Wójciaka z zarządu tej spółki, a w dniu 25 czerwca odwołała z zarządu Pana Rajmunda Władysława Paczkowskiego, co spowodowało, iż ustał już stan, w którym więcej niż połowa członków zarządu EXDROB

stanowi jednocześnie więcej niż połowę członków zarządu SADROB co świadczy o tym, iż wobec nietrwałości koncentracji jej wpływ na rynek był znikomy.

### **Organ antymonopolowy ustalił, co następuje:**

**EXDROB** prowadzi działalność w kilku powiązanych ze sobą obszarach produkcyjnych: produkcja piskląt kurzych i gęsi, ubój i przetwórstwo drobiu, głównie kurcząt i gęsi, produkcja wyrobów garmażeryjnych, wędlin i wędzonek z drobiu oraz eksport drobiu i pierza gęsiego (m.in. do UE i krajów Dalekiego Wschodu). Sprzedaż w kraju odbywa się za pośrednictwem 9 hurtowni zlokalizowanych w: Warszawie, Poznaniu, Łodzi, Piotrkowie Trybunalskim, Częstochowie, Sławnie, Szczecinku i Darłowie oraz 13 sklepów firmowych. Udział EXDROB w krajowym rynku sprzedaży mięsa drobiowego i jego przetworów wyniósł w 2006 r. ok. [tajemnica przedsiębiorstwa – § 1 Załącznika do niniejszej decyzji] %.

Obrót EXDROB w 2004 r. wyniósł 302.570.826,00 zł, zaś obrót na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wyniósł w 2003 r. 184.370.614,00 zł, natomiast w 2004 r. 234.721.814,00 zł.

**SADROB** jest spółką należącą do pracowników i hodowców drobiu związanych z nią długoletnimi umowami kontraktacyjnymi. Prowadzi działalność głównie w zakresie produkcji i sprzedaży mięsa drobiowego (tuszki i elementy kurcząt i indyków) i jego przetworów (wędliny i wyroby garmażeryjne z kurczaka i indyka). Sprzedaż produkowanego asortymentu odbywa się poprzez własne kanały dystrybucji, tj. hurtownie i sklepy firmowe. Udział SADROB w krajowym rynku sprzedaży mięsa drobiowego i jego przetworów wyniósł w 2006 r. ok. [tajemnica przedsiębiorstwa – § 2 Załącznika do niniejszej decyzji] %.

Obrót SADROB w 2004 r. wyniósł 130.186.832,00 zł, zaś obrót na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wyniósł w 2003 r. 99.898.000,00 zł, a w 2004 r. 130.187.000,00 zł.

W toku przeprowadzonego postępowania ustalono, że do dnia 1 września 2005 r. w skład zarządu SADROB wchodził Pan Rajmund Władysław Paczkowski, pełniący funkcję prezesa zarządu i Pan Stefan Roczeń, pełniący funkcję członka zarządu, a w skład zarządu EXDROB wchodziły dwie osoby, tj. Pan Mirosław Jan Szałkowski, pełniący funkcję Prezesa

zarządu i Pan Andrzej Wójciak, pełniący funkcję wiceprezesa zarządu, przy czym jedno stanowisko w tym zarządzie nie było obsadzone.

W dniu 1 września 2005 r. w wykonaniu uchwały nr 5/2005 Rady Nadzorczej SADROB z dnia 31 sierpnia 2005 r. funkcję członka zarządu w tej spółce objął Pan Andrzej Wójciak.

Z dniem 5 września 2005 r. w wykonaniu uchwały nr 2 Rady Nadzorczej EXDROB z dnia 5 września 2005 r. Pan Rajmund Władysław Paczkowski został powołany na nieobsadzone dotychczas stanowisko członka zarządu EXDROB.

### **Organ antymonopolowy zważył, co następuje:**

Jednym z trybów koncentracji wskazanym w art. 12 ust 2 pkt 2 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów był zamiar przejęcia – poprzez nabycie lub objęcie akcji, innych papierów wartościowych, udziałów, całości lub części majątku lub w jakikolwiek inny sposób – bezpośredniej lub pośredniej kontroli nad całym albo częścią jednego lub więcej przedsiębiorców przez jednego lub więcej przedsiębiorców. W myśl natomiast art. 4 pkt 13 tej ustawy przez przejęcie kontroli należało rozumieć wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców. Uprawnienia takie powstają m.in. w sytuacji, gdy członkowie zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego).

Przedstawiona wcześniej uchwała organu kontrolnego EXDROB spowodowała objęcie przez Pana Rajmunda Władysława Paczkowskiego, pełniącego jednocześnie funkcję prezesa zarządu SADROB, funkcji członka zarządu EXDROB. W efekcie tego działania większość członków zarządu EXDROB zaczęli stanowić członkowie zarządu SADROB i jednocześnie większość członków zarządu SADROB zaczęli stanowić członkowie EXDROB. Skutkiem ww. objęcia funkcji było zatem przejęcie kontroli przez SADROB nad EXDROB i jednocześnie EXDROB nad SADROB.

Obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji polegającej na przejęciu przez przedsiębiorcę kontroli nad innym przedsiębiorcą regulował art. 12 ust 2 pkt 2

nieobowiązującej ustawy o ochronie konkurencji. Koncentracja taka po spełnieniu ustawowego progu finansowego, tj. po przekroczeniu w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia zamiaru koncentracji równowartości 50.000.000 euro (art. 12 ust. 1 tej ustawy) i przy braku przesłanek egzoneracyjnych, o których mowa w art. 13 tej ustawy, podlegała obowiązkowi zgłoszenia Prezesowi Urzędu. Zgłoszenia zamiaru koncentracji w takim przypadku powinien dokonać w myśl art. 94 ust. 2 pkt 2 tej ustawy przedsiębiorca przejmujący kontrolę.

Aktualnie obowiązująca ustawa o ochronie konkurencji weszła w życie w dniu 21 kwietnia 2007 r. Rozdział I Działu III tej ustawy zawierający przepisy dotyczące kontroli koncentracji zawiera analogiczny do art. 12 ust 2 pkt 2 nieobowiązującej ustawy o ochronie konkurencji przepis odnoszący się do obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji, polegającej na przejściu przez przedsiębiorcę kontroli nad innym przedsiębiorcą, a mianowicie art. 13 ust. 2 pkt 2. Analogicznie jak w poprzednio obowiązującej ustawie w myśl art. 94 ust. 2 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji zgłoszenia zamiaru koncentracji polegającej na przejściu kontroli powinien dokonać przedsiębiorca przejmujący kontrolę.

W ocenie organu antymonopolowego przy ocenie obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji polegającej na przejściu przez EXDROB kontroli nad SADROB istotny jest fakt, iż objęcie przez Pana Rajmunda Władysława Paczkowskiego funkcji członka zarządu EXDROB spowodowało, iż członkowie zarządu SADROB zaczęli stanowić większość w zarządzie EXDROB, jak i członkowie zarządu EXDROB zaczęli stanowić większość w zarządzie SADROB. W efekcie doszło do sytuacji którą można określić mianem wzajemnego przejścia kontroli nad sobą przez obie ww. spółki. Podkreślić również należy, iż do przejścia przez SADROB kontroli nad EXDROB jak i przez EXDROB kontroli nad SADROB doszło w wyniku ww. objęcia funkcji, a zatem jednej i tej samej czynności. Zdaniem organu antymonopolowego pomimo zatem wzajemnego przejścia kontroli przez obie z ww. spółek zamiar przejścia kontroli można przypisać w takiej sytuacji wyłącznie SADROB. Świadczy o tym fakt, iż to w zarządzie tej spółki większość członków zarządu pierwotnie stanowiły osoby, które następnie w wyniku ww. objęcia funkcji przez Pana Rajmunda Władysława Paczkowskiego zaczęły stanowić również większość członków w zarządzie EXDROB. W ocenie Prezesa Urzędu przejście przez EXDROB kontroli nad SADROB było zatem jedynie konsekwencją przejścia przez SADROB kontroli nad EXDROB.

Biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić, iż spółce EXDROB nie można również przypisać istnienia zamiaru dokonania koncentracji. Jak wskazano natomiast powyżej w myśl zarówno art. 94 ust. 2 pkt 2 poprzednio obowiązującej ustawy o ochronie konkurencji jak i art. 94 ust. 2 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji obowiązek notyfikacji Prezesowi Urzędu koncentracji polegającej na przejęciu kontroli istnieje tylko w przypadku kiedy podmiotowi przejmującemu kontrolę można przypisać istnienie po jego stronie zamiaru dokonania koncentracji.

W tym miejscu należy wskazać, iż objęcie przez Pana Rajmunda Władysława Paczkowskiego funkcji członka zarządu EXDROB nosiło jedynie znamiona koncentracji, o której mowa w art. 12 ust. 3 pkt 2 nieobowiązującej ustawy o ochronie konkurencji, tj. objęcia przez tę samą osobę funkcji członka organu zarządzającego albo organu kontrolnego u konkurujących ze sobą przedsiębiorców. Zgodnie z art. 4 pkt 10 tej ustawy konkurentami są przedsiębiorcy, którzy wprowadzają lub mogą wprowadzać albo nabywają lub mogą nabywać, w tym samym czasie, towary na rynku właściwym. Natomiast, zgodnie z definicją zawartą w art. 4 pkt 8 nieobowiązującej ustawy o ochronie konkurencji, rynkiem właściwym jest rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. Zarówno EXDROB, jak i SADROB są producentami mięsa drobiowego i jego przetworów i konkurują ze sobą na rynku krajowym. Wobec powyższego ww. Spółki spełniają przesłankę z art. 12 ust. 3 pkt 2 nieobowiązującej ustawy o ochronie konkurencji dotyczącą konkurowania ze sobą uczestników koncentracji.

Jednakże aktualnie obowiązująca ustawa nie nakłada już na przedsiębiorców obowiązku notyfikacji organowi antymonopolowemu fuzji personalnych. Zmiana stanu prawnego, wywołana wejściem w życie nowego aktu prawnego spowodowała depenalizację obowiązku zgłoszenia opisanego zamiaru koncentracji organowi antymonopolowemu, wobec czego nie mamy do czynienia z istnieniem ciągłości stanu bezprawności.

Ustalony przez organ antymonopolowy stan faktyczny sprawy pozwala na uznanie bezprzedmiotowości postępowania przed Prezesem Urzędu. Dział VI ustawy o ochronie konkurencji regulujący postępowanie przed Prezesem Urzędu nie normuje sytuacji, gdy

postępowanie staje się bezprzedmiotowe. Zgodnie jednak z art. 83 tej ustawy, w sprawach nieuregulowanych w ustawie o ochronie konkurencji do postępowania przed Prezesem Urzędu stosuje się przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego. Zastosowanie będzie tu miał art. 105 § 1 kpa, zgodnie z którym organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania, gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe. Bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego, o którym stanowi powyższy przepis, oznacza, że brak jest któregoś z elementów materialnego stosunku prawnego, a wobec tego nie można wydać decyzji załatwiającej sprawę przez jej rozstrzygnięcie co do istoty. Przesłanka umorzenia może istnieć jeszcze przed wszczęciem postępowania, co zostanie ujawnione dopiero w toczącym się postępowaniu albo powstać w czasie trwania postępowania, a więc w sprawie już zawisłej przed organem administracyjnym. Konsekwencją uznania przez organ antymonopolowy bezprzedmiotowości postępowania jest jego obligatoryjne umorzenie.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono, jak w sentencji.

Zgodnie z art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji 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 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:

**Kutnowskie Zakłady Drobiarskie „EXDROB” S.A., Kutno**