



**PREZES  
URZĘDU OCHRONY  
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

Warszawa, dnia 14 stycznia 2011 r.

DKK1-421/61/10//KO

**DECYZJA nr DKK - 2/11**

Na podstawie art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. *Kodeks postępowania administracyjnego* (Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 ze zm.) w związku z art. 83 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) **umarza się**, wszczęte na wniosek Eurocash S.A. z siedzibą w Komornikach, postępowanie antymonopolowe w sprawie koncentracji, polegającej na przejęciu przez Eurocash S.A. z siedzibą w Komornikach kontroli nad Emperia Holding S.A. z siedzibą w Lublinie.

**UZASADNIENIE**

W dniu 15 września 2010 r. do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zwanego dalej również „Prezesem Urzędu” lub „organem antymonopolowym”, wpłynęło zgłoszenie z dnia 14 września 2010 r. w sprawie zamiaru koncentracji, określonej w art. 13 ust. 2 pkt 2 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”, polegającej na przejęciu przez Eurocash S.A. z siedzibą w Komornikach, dalej „Eurocash”, kontroli nad Emperia Holding S.A. z siedzibą w Lublinie, dalej „Emperia”.

Uwzględniając fakt, iż zamiar koncentracji spełniał kryteria określone przepisami ustawy o ochronie konkurencji, w dniu 15 września 2010 r. zostało wszczęte postępowanie antymonopolowe w sprawie przedmiotowej koncentracji.

W trakcie postępowania organ antymonopolowy powziął wiadomość, iż uczestnicy koncentracji w dniu 21 grudnia 2010 r. zawarli umowę inwestycyjną, na mocy której

Eurocash przejmie kontrolę nad spółkami zależnymi Emperia. Nie dojdzie natomiast do przejęcia kontroli nad Emperia przez Eurocash.

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

Z przedłożonych dokumentów wynika, że zgłoszony zamiar koncentracji polega na przejęciu przez Eurocash kontroli nad Emperia poprzez nabycie kontrolnego pakietu akcji Emperia od dotychczasowych akcjonariuszy Spółki. Podstawą zgłoszenia zamiaru koncentracji jest złożony do Komisji Nadzoru Finansowego, w dniu 1 września 2010 r., prospekt emisyjny w związku z zamiarem emisji w drodze oferty publicznej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej do 51.096.800 akcji Eurocash oraz w celu ubiegania się o dopuszczenie i wprowadzenie 51.096.800 praw do Akcji oraz 51.096.800 Akcji do obrotu na rynku podstawowym Giełdy Papierów Wartościowych w Warszawie S.A. Zgodnie z prospektem emisyjnym, Oferta objęcia Akcji została skierowana wyłącznie do akcjonariuszy Emperia. Akcje były oferowane w zamian za wkłady niepieniężne w postaci akcji Emperia w liczbie, która bezpośrednio wynikała z parytetu wymiany, tj. liczby Akcji, które zostały zaoferowane za jedną akcją Emperia. Zamiarem Eurocash jest uzyskanie w drodze Oferty kontrolnego pakietu akcji Emperia. Następnie w dniu 13 września 2010 r. Zarząd Eurocash przedstawił Zarządowi Emperia propozycję połączenia obydwu Spółek. Propozycja ta została odrzucona przez Zarząd Emperia.

Dnia 3 stycznia 2011 r. Zarząd Eurocash w raporcie bieżącym Nr 1/2011 poinformował o zobowiązaniu się do odstąpienia od realizacji ww. oferty publicznej nabycia akcji Emperia oraz poinformował o zawarciu w dniu 21 grudnia 2010 r. przez Eurocash i Emperia umowy inwestycyjnej. Na podstawie tej umowy Eurocash i Emperia zobowiązały się przeprowadzić transakcję, w ramach której Emperia dokona zbycia na rzecz Eurocash udziałów oraz akcji, posiadanych przez siebie bezpośrednio lub pośrednio, następujących spółek prowadzących działalność obejmującą hurtową dystrybucję artykułów spożywczych, jak również detaliczną sieć franczyzową:

1. Tradis Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie
2. Detal Koncept Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie
3. Euro Sklep S.A. z siedzibą w Bielsku-Białej
4. Partnerski Serwis Detaliczny S.A. z siedzibą w Warszawie
5. DEF Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku
6. Ambra Sp. z o.o. z siedzibą w Czechowicach-Dziedzicach

7. Lewiatan Podlasie Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku
8. Lewiatan Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu
9. Lewiatan Zachód Sp. z o.o. z siedzibą w Stargardzie Szczecińskim
10. Lewiatan Północ Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku
11. Drogerie Koliber Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach
12. Lewiatan Kujawy Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku
13. Lewiatan Orbita Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie
14. Lewiatan Wielkopolska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu
15. Lewiatan Holding S.A. z siedzibą we Włocławku
16. Lewiatan Brda Sp. z o.o. z siedzibą w Tucholi
17. Lewiatan Opole Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu.

Odpowiadając na wezwanie Prezesa Urzędu z dnia 2 grudnia 2010 r. o uzupełnienie wniosku zgłoszeniowego w prowadzonym postępowaniu pismem z dnia 4 stycznia 2011 r. Eurocash poinformował, iż w dniu 3 stycznia 2011 r. weszła w życie warunkowa umowa inwestycyjna zawarta pomiędzy Eurocash i Emperia, a dokonane w dniu 14 września 2010 r. zgłoszenie pozostaje aktualne w zakresie, w jakim obejmuje ono zamiar Eurocash nabycia kontroli nad wskazanymi wyżej spółkami zależnymi Emperia.

**W oparciu o przedstawione powyżej ustalenia organ antymonopolowy zważył, co następuje:**

Stosownie do treści art. 49 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji postępowanie antymonopolowe w sprawach koncentracji wszczyna się na wniosek lub z urzędu. Zasadniczym sposobem wszczęcia tego rodzaju postępowania pozostaje jednak wszczęcie na podstawie wniosku przedsiębiorcy. Wszczęcie postępowania antymonopolowego w sprawach koncentracji z urzędu dotyczy bowiem spraw związanych z ewentualnym naruszeniem przepisów ustawy o ochronie konkurencji dotyczących kontroli koncentracji przedsiębiorców. Zgłaszając zamiar koncentracji przedsiębiorca przedstawia do oceny organowi antymonopolowemu określoną transakcję, którą zamierza przeprowadzić. Notyfikacja przedsiębiorcy wyznacza zatem granice stanu faktycznego sprawy, który jest następnie przedmiotem szczegółowej analizy dokonywanej przez Prezesa Urzędu. W toku postępowania dowodowego organ antymonopolowy ustala wszystkie dalsze prawnie istotne okoliczności stanu faktycznego, które są konieczne do rozstrzygnięcia sprawy. Notyfikując Prezesowi Urzędu zamiar koncentracji przedsiębiorca samodzielnie określa i opisuje

szczegóły transakcji, którą zamierza przeprowadzić. Oznacza to, że Prezes Urzędu jest związany wnioskiem strony i ocenia jedynie taką transakcją, która została mu notyfikowana. W konsekwencji należy przyjąć, że wniosek i zawarte w nim informacje i dowody związane z przeprowadzaną transakcją wyznaczają kluczowe elementy stanu faktycznego sprawy, składające się na przedmiot postępowania antymonopolowego w sprawach koncentracji.

W niniejszej sprawie przedmiotem postępowania jest notyfikowany Prezesowi Urzędu w dniu 15 września 2010 r. zamiar koncentracji, polegającej na przejęciu przez Eurocash kontroli nad Emperia poprzez uzyskanie 50% + 1 głosów na wza tej Spółki. Jednakże tak sformułowany, przez samego przedsiębiorcę, zamiar koncentracji nie istnieje już w chwili obecnej. Na skutek podjęcia przez Eurocash kolejnych czynności prawnych, tj. unieważnienie publicznej oferty sprzedaży akcji oraz zawarcie zupełnie nowej umowy inwestycyjnej, odpadły kluczowe elementy stanu faktycznego sprawy, decydujące o istnieniu przedmiotu postępowania antymonopolowego w niniejszej sprawie. Wniosek ten wynika nie tylko z ustalenia formalnej zmiany czynności statuujących i identyfikujących zamiar koncentracji, ale też z materialnej analizy postanowień nowej umowy inwestycyjnej zawartej pomiędzy Eurocash i Emperia. Umowa ta prowadzi do istotnego materialnego przekształcenia planowanej koncentracji. Zmianie ulegają najistotniejsze, z punktu widzenia antymonopolowej kontroli koncentracji, parametry transakcji, zarówno przedmiotowe – przekształca się zakres przejmowanych aktywów, jak i podmiotowe – zmianie ulega bierny uczestnik koncentracji. W sytuacji odpadnięcia kluczowych elementów stanu faktycznego sprawy przestał zatem istnieć przedmiot postępowania antymonopolowego, zaś samo postępowanie stało się bezprzedmiotowe.

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 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. *Kodeks postępowania administracyjnego* (Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 ze zm.), dalej „kpa”. Zastosowanie tu będzie miał art. 105 § 1 kpa, zgodnie z którym organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania, gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe.

Jak wskazuje się w orzecznictwie sądowym *organ administracji państwowej rozpoznając sprawę w trybie postępowania administracyjnego załatwia ją przez wydanie*

*decyzji pozytywnej albo negatywnej. Sprawa administracyjna jest bezprzedmiotowa w rozumieniu art. 105 § 1 k.p.a. wtedy, gdy nie ma materialnoprawnych podstaw do władczej w formie decyzji administracyjnej ingerencji organu administracyjnego. Wówczas jakiegokolwiek rozstrzygnięcie pozytywne czy negatywne staje się prawnie niedopuszczalne<sup>1</sup>.*

Interpretując pojęcie bezprzedmiotowości NSA wskazał, że *bezprzedmiotowość postępowania zachodzi wówczas, gdy brak jest któregoś z elementów materialnego stosunku prawnego, co powoduje, że nie można wydać decyzji załatwiającej sprawę przez rozstrzygnięcie jej co do istoty<sup>2</sup>*. W innym orzeczeniu sąd administracyjny wskazał także, że *bezprzedmiotowość postępowania administracyjnego, o której mowa w art. 105 § 1 k.p.a., to brak przedmiotu postępowania. Tym przedmiotem jest zaś konkretna sprawa, w której organ administracji państwowej jest władny i jednocześnie zobowiązany rozstrzygnąć na podstawie przepisów prawa materialnego o uprawnieniach lub obowiązkach indywidualnego podmiotu. Sprawa administracyjna jest więc konsekwencją istnienia stosunku administracyjnoprawnego; takiej sytuacji prawnej, w której strona ma prawo żądać od organu administracyjnego skonkretyzowania jej indywidualnych uprawnień wynikających z prawa materialnego. Postępowanie w takiej sprawie staje się bezprzedmiotowe, jeżeli brakuje któregoś z elementów tego stosunku materialnoprawnego<sup>3</sup>*.

Co istotne, nie istnieje jedna generalna przyczyna bezprzedmiotowości i w związku z tym *w każdej indywidualnej sprawie administracyjnej należy poszukiwać konkretnej przyczyny bezprzedmiotowości, mając na uwadze treść art. 105 § 1 k.p.a., który upoważnia organ do umorzenia postępowania, gdy z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe<sup>4</sup>*. W tej sytuacji, jak zauważa NSA, *przesłanką umorzenia postępowania na podstawie art. 105 § 1 kpa jest bezprzedmiotowość postępowania "z jakiegokolwiek przyczyny", czyli z każdej przyczyny powodującej brak jednego z elementów materialnego stosunku prawnego w odniesieniu do jego strony podmiotowej lub przedmiotowej<sup>5</sup>*. Dlatego też *decyzję o umorzeniu postępowania organ administracji państwowej wydaje zgodnie z art. 105 § 1 kpa wówczas, gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe, w szczególności wówczas, gdy organ administracyjny stwierdzi oczywisty brak podstaw prawnych i faktycznych do merytorycznego rozpatrzenia sprawy<sup>6</sup>*.

---

<sup>1</sup> Wyrok NSA z dn. 18 maja 1998 r. (II SA 76/98), niepubl.

<sup>2</sup> Wyrok NSA z dn. 10 czerwca 1998 r. (IV SA 1225/96), niepubl.

<sup>3</sup> Wyrok NSA z dn. 26 marca 1998 r. (II SA 70/98), niepubl.

<sup>4</sup> Wyrok NSA z dn. 28 marca 2003 r. (II SA 1432/01), niepubl.

<sup>5</sup> Wyrok NSA z dnia 21 stycznia 1999 r. (SA/Sz 1029/97), niepubl.

<sup>6</sup> Wyrok NSA z dnia 26 września 2001 r. (V SA 381/01), niepubl.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszej sprawy należy stwierdzić, że przedmiot tego postępowania przestał istnieć. Ustanie transakcji stanowiącej kluczowy element przedmiotu postępowania antymonopolowego w sprawach koncentracji oznacza odpadnięcie podstaw faktycznych do rozstrzygnięcia sprawy. Wobec zaniku pierwotnie notyfikowanej koncentracji przestał istnieć zatem stosunek materialnoprawny umożliwiający Prezesowi Urzędu władcze orzeczenie o prawach i obowiązkach Eurocash.

W związku z powyższym orzeczono, jak w sentencji.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji* w związku z art. 479<sup>28</sup> § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. *Kodeks postępowania cywilnego* (Dz. U. z 1964 r. 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*

**DYREKTORA  
Departamentu Kontroli Koncentracji**

*Robert Kamiński*

**Otrzymuje:**

**Eurocash S.A., Komorniki**