



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW**

L.dz. DDI-2-411-13/547/02/ML

Warszawa, 20 stycznia 2003 r.

DECYZJA Nr DPI 5/2003

Na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 12 ust 1 oraz art. 12 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 122, poz. 1319 z późn. zm.), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nakłada na Elektrim Telekomunikacja Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie karę pieniężną w wysokości **34.373 zł**, za niewykonanie - w ustawowym terminie – obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji polegającej na przejęciu przez Elektrim Telekomunikacja Sp. z o.o. kontroli nad spółką El Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Uzasadnienie

W dniu 14 października 2002 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwany dalej Prezesem Urzędu bądź organem antymonopolowym) wszczął postępowanie antymonopolowe w sprawie nałożenia kary pieniężnej za niewykonanie, w ustawowym terminie, obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji polegającej na przejęciu przez Elektrim Telekomunikacja Sp. z o.o. (dalej Elektrim) kontroli nad spółką El Sp. z o.o. (dalej El).

Zamiar koncentracji pomiędzy Elektrim i El został zgłoszony Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w dniu 2 sierpnia 2002 r. Z informacji przedstawionych w zgłoszeniu zamiaru koncentracji przez Elektrim – spółkę przejmującą kontrolę w rozumieniu art. 12 ust. 2 pkt. 2 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 122, poz. 1319, z późn. zm., zwanej dalej Ustawą) – wynika, iż zgłoszenie zostało wniesione w związku z zawarciem w dniu 29 maja 2002 r. „Umowy sprzedaży udziałów w El Sp. z o.o. pomiędzy Elektrim S.A., a Elektrim Telekomunikacja Sp. z o.o.”. W dniu 27 września 2002 r., po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego w sprawie koncentracji, Prezes Urzędu wydał zgodę na jej dokonanie (do materiału

dowodowego sprawy zostały dołączone akta postępowania dotyczącego koncentracji, sygn. akt DDI-2-13/574/02/ML).

W toku postępowania w sprawie nałożenia kary spółka Elektrim potwierdziła, że podstawą koncentracji spółek Elektrim i El jest umowa sprzedaży udziałów zawarta w dniu 29 maja 2002 r.

W toku postępowania spółka Elektrim złożyła wniosek o umorzenie postępowania w sprawie nałożenia kary, przedstawiając poniżej wymienioną argumentację.

1. Uzasadniając fakt, iż pomiędzy zawarciem umowy a zgłoszeniem zamiaru koncentracji upłynęło ponad dwa miesiące, Elektrim wskazał, iż faktyczna realizacja umowy mogła mieć miejsce dopiero po zrealizowaniu wielu warunków. Między innymi spółka wskazała na konieczność uzyskania:
 - * zezwolenia Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji,
 - * zgody Prezesa UOKiK,
 - * zgody nadzorcy sądowego wyznaczonego przez sąd w związku z postępowaniem układowym wszczętym wobec zbywcy udziałów spółki El, czyli Elektrim S.A.

Spółka uznała, że momentem nakładającym na przedsiębiorcę obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji jest moment, w którym zamiar ten staje się realny, tzn. w przypadku Elektrim, dopiero po spełnieniu wszystkich ww. warunków. Zdaniem Spółki, dochowała ona ustawowego terminu, który w jej opinii biegnie od momentu spełnienia innych warunków niż zgoda Prezesa UOKiK, a realizacja których jest konieczna aby umowa została „skonsumowana”. Elektrim S.A. uznał, iż ww. czynności prawne, stanowiące warunki wejścia w życie umowy, są tożsame z czynnościami, o których mowa w art. 94 ust. 4 Ustawy.

2. Zdaniem Elektrim art. 101 ust. 1 pkt 1 Ustawy nie może stanowić podstawy do nałożenia kary na przedsiębiorcę za niewykonanie obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji, w terminie określonym przez art. 94 ust. 4 Ustawy. Elektrim podkreślił, iż zgodnie z dyspozycją art. 101 ust. 1 pkt 1 Prezes Urzędu może nałożyć karę na przedsiębiorcę jedynie w sytuacji, jeżeli ten, choćby nieumyślnie nie wykonuje obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji, o którym mowa w art. 12 Ustawy. A zatem art. 101 ust. 1 pkt 1 nie wspomina o nałożeniu kary w przypadku zgłoszenia zamiaru koncentracji po terminie.

W oparciu o przedstawiony powyżej stan faktyczny Prezes Urzędu zważył, co następuje.

1. Twierdzenie Elektrim, iż termin 7 dniowy wskazany w art. 94 ust. 4 Ustawy na dokonanie zgłoszenia zamiaru koncentracji, rozpoczyna „bieg” nie od dnia za-

warcia umowy, ale po spełnieniu wszystkich czynności, od których pełna realizacja umowy jest uzależniona, w opinii organu antymonopolowego jest błędne.

Zgłoszenia zamiaru koncentracji, zgodnie z art. 94 ust 4 Ustawy, należy dokonać w terminie 7 dni od dnia zawarcia **umowy** lub dokonania **innej czynności**, na podstawie której ma nastąpić koncentracja. Zatem, Ustawodawca precyzyjnie, w sposób nie budzący żadnych wątpliwości wskazał spełnienie, których zdarzeń determinuje po stronie przedsiębiorcy obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji. Oczywistym jest także, iż to właśnie zawarcie umowy bądź dokonanie jakiegokolwiek innej czynności, na podstawie której ma nastąpić koncentracja rozpoczyna bieg ustawowego, 7 – dniowego terminu na zgłoszenie transakcji. Tym samym bezpodstawne jest twierdzenie Elektrim S.A., iż termin wskazany w art. 94 ust. 4 Ustawy należy obliczać nie od momentu podpisania umowy, ale dopiero po zrealizowaniu wszystkich czynności, których spełnienie jest konieczne, aby oświadczenie woli dwóch stron umowy mogło być faktycznie zrealizowane.

W opinii organu antymonopolowego, Elektrim S.A. błędnie także utożsamiał *inną czynność, na podstawie której ma nastąpić koncentracja* (art. 94 ust. 4 ustawy) z czynnościami, których realizacja jest konieczna, aby umowa wywołała skutki prawne, jak np. zezwolenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji. Ustawodawca w art. 94 ust. 4 Ustawy wskazał, iż obok umowy mogą być dokonane jeszcze inne czynności prawne, których realizacja zrodzi obowiązek po stronie przedsiębiorcy, dokonania właściwego zgłoszenia, np. podjęcie uchwały o podwyższeniu kapitału spółki, które będzie skutkowało zwiększeniem liczby udziałów (akcji) przez udziałowca (akcjonariusza). Zatem *inne czynności* z art. 94 ust. 4 zaliczają się do takiej kategorii czynności prawnych, których realizacja (z łącznym wystąpieniem innych przesłanek) może spowodować określone obowiązki dla przedsiębiorcy na gruncie Ustawy. Natomiast wskazane przez Elektrim czynności są jedynie przewidzianymi przez prawo i umowę, warunkami zawieszającymi (spełnienie ich spowoduje, iż umowa wywoła skutki prawne) i są ambiwalentne z punktu widzenia Ustawy.

Zatem mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż zarząd spółki Elektrim zobowiązany był zgłosić zamiar koncentracji w terminie 7 dni od dnia zawarcia **umowy** (29 maja 2002 r.), na podstawie której miała nastąpić koncentracja, a więc najpóźniej w dniu 5 czerwca 2002 r. Tymczasem pełnomocnik Elektrimu dokonał wspomnianego zgłoszenia w dniu 2 sierpnia 2002 r. Tym samym spółka Elektrim dopuściła się ponad dwumiesięcznej zwłoki, przez co naruszyła art. 94 ust. 4 Ustawy.

2. Odnosząc się do argumentów przedstawionych przez Elektrim i uzasadniających tezę jakoby art. 101 ust 1 pkt 1 Ustawy nie mógł być podstawą do nałożenia kary na przedsiębiorcę, który dokona zgłoszenia zamiaru koncentracji z naruszeniem 7-dniowego terminu, po którym mowa w art. 94 ust. 4, organ antymonopolowy przedstawia następujące stanowisko.

Elektrim – stosując wykładnię literalną - twierdzi, iż art. 101 ust. 1 pkt 1 pozwala ukarać wyłącznie przedsiębiorców naruszających art. 12, a nie pozwala nałożyć kary na przedsiębiorców naruszających art. 94 ust. 4.

Zbudowanie kompletnej normy prawnej określającej zakres obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji wymaga uwzględnienia treści szeregu przepisów Ustawy. Prawdą jest, iż art. 12 ma wśród nich największe znaczenie. Art. 12 przesądza po pierwsze, iż treścią normy prawnej jest obowiązek zgłoszenia. Po drugie, określa pozytywne przesłanki uznania danej transakcji za koncentrację, której zamiar podlega zgłoszeniu. Po trzecie, artykuł ten ustala, że podmiotem, któremu ma zostać zgłoszony zamiar koncentracji, jest Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Obowiązek zgłoszenia wynika więc bezpośrednio z art. 12, ale treść tego przepisu nie wystarcza jeszcze by zbudować jakąkolwiek normę prawną. W najprostszej normie prawnej konieczne jest określenie hipotezy i dyspozycji. Elementem hipotezy jest generalne określenie adresata (kręgu adresatów) normy, a także okoliczności, w których obowiązywać będzie adresatów dyspozycja normy (nakaz, zakaz albo dozwoleństwo określonego zachowania). Na podstawie art. 12 nie sposób jest ustalić tego kto, kiedy, w jaki sposób i w jakiej formie jest zobowiązany do działania. Dopiero uzupełnienie przepisu art. 12 o inne przepisy pozwala więc wyczerpująco określić hipotezę oraz dyspozycję normy.

Takimi przepisami są m.in. art. 94 ust. 2 i 3 Ustawy, które precyzują, kto jest adresatem normy nakładającej obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji. Takim przepisem jest również art. 94 ust. 4, określający kiedy zgłoszenie powinno zostać dokonane. Jest jednak zupełnie zrozumiałe i zgodne z zasadami techniki prawodawczej, iż w art. 101 ust. 1 pkt 1 Ustawy nie wymieniano wszystkich przepisów, w oparciu o które konstruowana jest norma przewidująca obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji. Wystarczające było powołanie się przez Ustawodawcę w art. 101 na przepis najistotniejszy – a więc art. 12.

W związku z powyższym należy uznać, iż art. 101 ust. 1 pkt 1 Ustawy nakazuje Prezesowi Urzędu nałożyć karę na przedsiębiorcę, który naruszył Ustawę poprzez niezgłoszenie zamiaru koncentracji w terminie określonym w art. 94 ust. 4.

3. Zgodnie z art. 101 ust.1 pkt 1 ustawy, w przypadku, gdy obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji nie zostanie przez przedsiębiorcę spełniony, Prezes Urzędu zobligowany jest do nałożenia - w drodze decyzji - kary na przedsiębiorcę w wysokości stanowiącej równowartość od 1.000 do 50.000 euro. Przy ustalaniu wysokości kary Prezes Urzędu uwzględnia w szczególności okres, stopień oraz okoliczności uprzedniego naruszenia przepisów ustawy, zgodnie z jej art. 104.

Organ antymonopolowy zdecydował się ustalić wysokość kary na poziomie 34.373 zł, stanowiącej w przybliżeniu równowartość 8.550 euro (zgodnie z kursem określonym w art. 115 Ustawy, wartość euro w przeliczeniu na złote wg kursu średniego walut obcych wyniosła w ostatnim dniu roku kalendarzowego poprzedzającego rok nałożenia kary 4,0202 PLN).

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów decydując się na taki wymiar kary uwzględnił następujące okoliczności:

- 1.) spółka Elektrim – jakkolwiek z uchybieniem ustawowego terminu - zgłosiła zamiar koncentracji sama i dobrowolnie. Można więc uznać, iż niedopełnienie obowiązku zgłoszenia koncentracji nie miało charakteru umyślnego uniknięcia zgłoszenia przedmiotowej koncentracji;
- 2.) przejęcie przez Elektrim kontroli nad spółką El nie stanowiło zagrożenia dla stanu konkurencji na rynku (Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wydał decyzję wyrażającą zgodę na przedmiotową koncentrację);
- 3.) zwłoka w dopełnieniu obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji nie była, w ocenie organu antymonopolowego, rażąco długa, ale nie należała też do bagatelnych.

Biorąc powyższe pod uwagę, organ antymonopolowy przyjął, iż nakładana kara powinna mieć przede wszystkim charakter prewencyjny i dyscyplinujący.

Karę pieniężną za niewykonanie – w ustawowym terminie - obowiązku zgłoszenia koncentracji należy wpłacić w złotych na następujący nr konta

Narodowy Bank Polski o/o Warszawa

51 10101010 0078782231000000

Wobec powyższego orzeka się jak w sentencji.

Na niniejszą decyzję, na podstawie art. 78. ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, stronie przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwóch tygodni od dnia doręczenia.

Z upoważnienia
Prezesa Urzędu Ochrony
Konkurencji i Konsumentów
Zastępca Dyrektora
Departamentu Przemysłu i Infrastruktury
Jolanta Steppa

Otrzymuje:
Elektrim Telekomunikacja Sp. z o.o.
Al. Armii Ludowej 26
00-609 Warszawa