

Sygn. akt XVII Ama 153/09

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 października 2010 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w następującym składzie:

Przewodniczący – Sędzia SO Andrzej Turliński

Protokolant: apl. radc. Michał Kulig

po rozpoznaniu w dniu 29 października 2010 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania (...) z siedzibą w R.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

o nałożenie kary pieniężnej

na skutek odwołania od decyzji pozwanego z dnia 18 czerwca 2009 r. nr (...)

I. oddała odwołanie,

II. zasądza od (...) z siedzibą w R. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 360 złotych (trzysta sześćdziesiąt) z tytułu kosztów zastępstwa procesowego.

SSO Andrzej Turliński

## UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 18 czerwca 2009 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nałożył na Przedsiębiorstwo Państwowe (...) w W. karę pieniężną w wysokości 70000 zł (pkt I decyzji) oraz na Samorząd (...) karę pieniężną 70000 zł (pkt II decyzji) z tytułu dokonania bez uzyskania zgody Prezesa UOKiK koncentracji polegającej na utworzeniu przez ukarane podmioty wspólnego przedsiębiorcy pod firmą (...) Spółka z o.o. z siedzibą w R..

Prezes Urzędu ustalił, że P.P. „ (...)” w W. i (...) zawarły w dniu 18 grudnia 2007 r. umowę Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, na mocy której została zawiązana Spółka (...) w R..

W dniu 31 grudnia 2007 r. Spółka ta została wpisana do Krajowego Rejestru Sądowego pod nr (...).

W dniu 23 lutego 2009 r. do Prezesa UOKiK wpłynęło zgłoszenie o dokonanej przez przedsiębiorców koncentracji. W oparciu o powyższe Prezes uznał, że doszło do koncentracji poprzez utworzenie wspólnego przedsiębiorcy 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.) powoływanej dalej jako ustawa okik, bez uprzedniej notyfikacji tego zamiaru Prezesowi Urzędu. Skoro wspólny przedsiębiorca został wpisany do Krajowego Rejestru Sądowego (KRS) w dniu 31 grudnia 2007 r. to zdaniem Prezesa UOKiK zgłoszenia zamiaru koncentracji należało dokonać najpóźniej przed tą datą przy spełnieniu się przesłanki z art. 13 ust. 1 pkt 2 ustawy okik przekroczenia łącznie przez przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia zamiaru koncentracji obrotu stanowiącego równowartość 50 mln euro.

Jako podstawę prawną obowiązku notyfikacji zamiaru koncentracji Prezes UOKiK wskazał art. 94 ust. 2pkt 3 ustawy okik.

W tym stanie rzeczy Prezes postanowił skorzystać z uprawnienia określonego w art. 106 ust. 1 pkt 3 ustawy okik i nałożył na obu przedsiębiorców kary pieniężne w wysokości określonej w decyzji. Przy ustaleniu kwot kar kierował się wytycznymi z art. 11 ustawy.

Od wydanej w sprawie decyzji odwołanie złożyło (...) (powód) zaskarżając ją ostatecznie w zakresie pkt II (por. protokół rozprawy K – 74).

Powód zarzucił Prezesowi UOKiK naruszenie:

1. art. 13 ust. 1 pkt 2 ustawy okik poprzez błędne przyjęcie, że zgłoszenie zamiaru koncentracji było spóźnione,
2. art. 106 ust. 1 pkt 3 ustawy poprzez nieodstąpienie od wymierzenia kary i dokonanie oceny materiału dowodowego jedynie pod kątem jej miarkowania,
3. art. 77 § 1 kpa poprzez nieuwzględnienie procedury tworzenia (...) Spółki z o.o. przy ocenie czy zgłoszenie zamiaru koncentracji było spóźnione,
4. art. 10 § 1 kpa poprzez zaniechanie wezwania powoda do wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań,
5. art. 111 ustawy okik poprzez nieuwzględnienie określonych w tym przepisie kryteriów ustalenia wysokości kary pieniężnej.

Na tych podstawach powód domagał się zmiany zaskarżonej decyzji i orzeczenia o odstąpieniu od nałożenia kary pieniężnej ewentualnie orzeczenie o zmniejszeniu wysokości kary, ewentualnie o uchylenie decyzji, a każdym przypadku zasądzenie kosztów postępowania sądowego.

W szczególności powód podał, że utworzenie nowego przedsiębiorcy nastąpiło w wykonaniu realizacji Regionalnego Programu Operacyjnego (...) na lata 2007 – 2013.

Wejście na rynek powstałego przedsiębiorcy ma na celu rozwój konkurencji, a nie jej zakłócenie.

Prezes UOKiK pośredniczył w udzieleniu pomocy publicznej dla nowo utworzonego przedsiębiorcy opiniując i przekazując do Komisji Europejskiej w dniu 18 listopada 2008 r. zaopiniowany wcześniej wniosek dotyczący pomocy Polski na inwestycje dla (...).

Zatem Prezes UOKiK miał wiedzę o fakcie utworzenia nowej Spółki w grudniu 2007 r. a mimo to nie wszczął z urzędu postępowania.

***1) Zarzut naruszenia art. 13 ust. 1 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji poprzez błędne przyjęcie, że zgłoszenie zamiaru koncentracji było spóźnione i w związku z tym stanowiło podstawę nałożenia kary pieniężnej***

Powód twierdzi, że przytoczony przepis jest nieprecyzyjny i nie określa ani początkowego ani końcowego momentu powstania obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji. Nie można zatem, zdaniem strony powodowej, przyjąć, że obowiązek notyfikacji utworzenia wspólnego przedsiębiorcy w postaci spółki z ograniczoną odpowiedzialnością powinien być dopełniony przed rejestracją tej spółki. Powód ponadto podnosi, że w momencie notyfikacji zgłoszenia zamiaru koncentracji przez (...) i (...) zawiązana Spółka nie rozpoczęła jeszcze prowadzenia działalności gospodarczej, co utwierdziło stronę powodową w przekonaniu, że dokonując zgłoszenia do Prezesa Urzędu czyni to jeszcze na etapie zamiaru koncentracji. Strona powodowa kierowała się także interpretacją art. 3 ust. 4 Rozporządzenia Rady nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.U.UE.L.2004.24.1) przyjmując, że Spółka nie jest jeszcze podmiotem pełniącym w sposób trwały wszystkie funkcje samodzielnego

podmiotu gospodarczego i w związku z tym podmioty tworzące Spółkę nie są zobligowane do notyfikacji zamiaru koncentracji Prezesowi Urzędu.

Powód powołuje się na art. 161 ksh, na podstawie którego powstaje spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w organizacji, posiadająca zdolność prawną. Powód twierdzi, iż możnaby przyjąć, że obowiązek zgłoszenia zamian koncentracji powstanie najpóźniej przed zawarciem umowy spółki, a nie, jak stwierdził w zaskarżonej decyzji Prezes Urzędu, dopiero przed wpisem do rejestru.

Powód twierdzi również, że przedmiotowa transakcja stanowiła koncentrację wieloetapową zgodnie z Wyjaśnieniami Prezesa Urzędu w zakresie kryteriów zgłaszania zamiaru koncentracji. Omawiana transakcja podzielona została bowiem przez strony zgłaszające w dniu 23 lutego 2009 r. zamiar koncentracji na dwa etapy. Pierwszym z nich było utworzenie nowej spółki z kapitałem zakładowym w gotówce w wysokości ok. 9 mln zł, do czego doszło w dniu 18 grudnia 2007 r. Celem tego etapu było umożliwienie podjęcia przez (...) działalności jedynie w sferze jej wewnętrznej organizacji, nakierowanej na przygotowanie realizacji drugiego etapu. Dopiero drugi etap tj. wniesienie aportów w kwocie ok. 450 mln zł, (co nastąpiło dopiero ostatecznie w dniu 29 maja i 30 czerwca 2009 r., a więc po dniu zgłoszenia zamiaru koncentracji) miał umożliwić podjęcie przez (...) działalności podstawowej, czyli rozbudowę i prowadzenie portu lotniczego w R..

**2) Naruszenie art. 106 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 107 § 1 i § 3 kpa poprzez:**

**a) nie ustosunkowanie się Prezesa UOKiK do wniosku Samorządu (...) o odstąpienie od nałożenia kary pieniężnej w stosunku do niego,**

**b) nie wskazanie powodów nie uwzględnienia tego wniosku,**

**c) brak w decyzji postanowienia o umorzeniu postępowania w zakresie tego wniosku.**

**d) dokonanie oceny zebranego materiału dowodowego jedynie pod kątem miarkowania wysokości kary.**

Powód zarzucił naruszenie art. 106 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji w związku z art. 107 § 1 i § 3 kpa poprzez m. in. nie ustosunkowanie się Prezesa UOKiK do wniosku (...) o odstąpienie od nałożenia kary pieniężnej. Wniosek taki faktycznie pojawił się w korespondencji (...) z dnia 27 kwietnia 2009 r. (k. 73 i n). Pozwany wnioskował wówczas o odstąpienie od wymierzenia kary pieniężnej, względnie o wymierzenie jej w możliwie najniższej wysokości.

W kwestii naruszenia art. 106 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji w związku z art. 107 § 3 kpa Powód podniósł, że Prezes Urzędu w uzasadnieniu faktycznym zaskarżonej decyzji nie wskazał faktów, które uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł, ani przyczyn, z powodu których odmówił innym dowodom wiarygodności. Powód zarzucił Prezesowi Urzędu brak analizy danych zawartych w dokumencie (...) Kwartalne sprawozdanie o nadwyżce/deficycie jednostki samorządu terytorialnego (k. 82). Według Powoda Prezes Urzędu był zobowiązany do wnikliwej analizy tego sprawozdania lub na podstawie art. 107 § 3 kpa powinien w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji wskazać przyczyny nie uwzględnienia powyższego sprawozdania.

**3) naruszenie art. 10 § 1 kpa przez zaniechanie wezwania powoda do wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań**

Powód zarzuca w odwołaniu naruszenie przepisów proceduralnych, powołując się na brak wezwania go do wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań.

**4) naruszenie art. 77 § 1 kpa przez nie rozpatrzenie w sposób wyczerpujący zebranego materiału dowodowego oraz nie uwzględnienie przy ocenie czy zgłoszenie zamiaru koncentracji było**

***spóźnione, czy też nie, procedury tworzenia Spółki (...), tj. faktu znanego Prezesowi Urzędu z urzędu.***

W tym punkcie Powód stwierdza naruszenie postępowania dowodowego, bowiem Prezes Urzędu nie rozpatrzył w sposób wyczerpujący zebranego materiału dowodowego oraz nie uwzględnił złożonej procedury tworzenia Spółki i konieczności uzyskania pomocy publicznej.

***5) naruszenie art. 111 ustawy o ochronie konkurencji poprzez wymierzenie kary pieniężnej, mimo iż kryteria, którymi Prezes Urzędu winien się kierować przy wymierzaniu kary tj. okres, stopień, okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy wskazywały na odstąpienie od wymierzenia kary.***

Powód twierdził, że przy ustalaniu wysokości kary Prezes Urzędu nie kierował się kryteriami wyznaczonymi przez ustawodawcę w art. 111 ustawy o ochronie konkurencji. Zdaniem powoda organ antymonopolowy nie uwzględnił okresu, stopnia i okoliczności naruszenia przepisów ww. ustawy oraz faktu braku tzw. recydywy deliktu antymonopolowego.

Sąd Okręgowy w Warszawie Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił i zważył co następuje.

Niesporne jest między stronami, że P.P. (...) w W. i Samorząd (...) dokonały podlegającej zgłoszeniu organowi antymonopolowemu koncentracji w rozumieniu art. 13 ust. 2 pkt 3 i art. 13 ust. 1 pkt 2 ustawy o.k. i k., gdyż utworzyły wspólnego przedsiębiorcę pod firmą (...) Spółka z o.o. z siedzibą w R., a łączny obrót przedsiębiorców dokonujących łączenia przekroczył w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia równowartość 50 000 000 Euro.

W związku z tym dla rozstrzygnięcia czy powód zgłosił Prezesowi zamiar koncentracji istotne było ustalenie od kiedy zamiar połączenia przedsiębiorców przekształcił się w zaszłość czyli w połączenie urzeczywistnione.

W ocenie Sądu do urzeczywistnienia koncentracji doszło najpóźniej w chwili wpisania nowopowstałej Spółki z o.o. (...) do Krajowego Rejestru Sądowego, co miało miejsce w dniu 31 grudnia 2007 r. – K 34 – 38 akt administracyjnych.

Jak słusznie przyjął w zaskarżonej decyzji pozwany Prezes Urzędu wpis do Krajowego Rejestru Sądowego jest ostatnią czynnością konieczną do utworzenia Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Wpis ten ma charakter konstytutywny, co oznacza, że spółka powstaje z chwilą jego dokonania i z tym momentem uzyskuje osobowość prawną

Zatem zamiar koncentracji polegającej na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością powinien być zostać zgłoszony najpóźniej przed dokonaniem przez Sąd jej wpisania do rejestru. Skoro Spółkę z o.o. (...) wpisano do KRS w dniu 31 grudnia 2007 r., to zgłoszenia zamiaru koncentracji należało dokonać przed tą datą. Należy przy tym zauważyć, że przyjęte w tej materii rozumowanie jest najkorzystniejsze dla powoda ze względu na okres naruszenia art. 13 ustawy o.k.ik. Dlatego zarzut odwołania, według którego możnaby przyjąć, że obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji powstał już z chwilą zawarcia umowy spółki z o.o. (...) w R., a więc spółki z o.o. w organizacji (art. 161 k.s.h.), trzeba uznać za niezrozumiałą i nie zgłoszony w interesie powoda, a przeciw niemu. Dłuższy okres niezgłoszenia zamiaru łączenia od przyjętego w decyzji powinien skutkować nałożeniem wyższej kary pieniężnej.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia o zasadności zaskarżonej decyzji jest podnoszony w odwołaniu fakt dwuetapowego tworzenia nowego przedsiębiorcy.

Pierwszy etap polegał na utworzeniu Spółki z o.o. a drugi na dokapitalizowaniu poprzez wniesienie aportów o wartości około 450 mln zł co nastąpiło ostatecznie 29 maja 2009 i 30 czerwca 2009 r. a więc po dniu zgłoszenia koncentracji. Według odwołania aż do przeprowadzenia drugiego etapu koncentracji wspólny przedsiębiorca nie funkcjonował na rynku w sposób trwały i samodzielny, a jego działania nakierowane były na wewnętrzną działalność mającą na celu wprowadzenie w życie drugiego etapu – dokapitalizowania. Z tym poglądem nie sposób się zgodzić. Utworzenie Spółki a następnie wniesienie aportów nie jest koncentracją wieloetapową, na którą składa się wiele wzajemnie

uwarunkowanych transakcji zmierzających do jednego celu gospodarczego. W niniejszej sprawie koncentracja sprowadzała się do jednego etapu polegającego na utworzeniu przez (...) i (...) P.P. wspólnego przedsiębiorcy. Jak stanowi art. 12 k.s.h. z chwilą wpisu do rejestru sądowego spółka z o.o. w organizacji stała się spółką z o.o. i uzyskała osobowość prawną ze wszystkimi tego konsekwencjami, w tym również przekroczenia terminu na dokonanie zgłoszenia zamiaru łączenia przez tworzącą ją przedsiębiorstwa.

Niezależnie od tego również przy koncentracji wieloetapowej z uwagi na treść art. 12 k.s.h. zamiar koncentracji powinien być zgłoszony przed wpisaniem nowoutworzonej spółki do rejestru sądowego.

Obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji spoczywa na przedsiębiorcach w niej uczestniczących co wynika z wykładni gramatycznej art. 13 ust. 1 ustawy o.k.ik., który wyraźnie stanowi, że „zamiar koncentracji podlega zgłoszeniu Prezesowi UOKiK, zatem a contrario Prezes nigdy nie działa w tego rodzaju sprawach z urzędu. Czyny to bezzasadnym zarzut odwołania niepodjęcia przez Prezesa UOKiK z urzędu działań mających na celu czy koncentracja jest możliwa z uwagi na wymogi prawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Zarzut naruszenia przepisów art. 10 i 77 k.p.a. co do samej zasady nie może być skuteczny w postępowaniu przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów, przed którym strona powinna przedstawić swoje racje od nowa jako przed sądem pierwszej instancji.

Rozważając ostatni z zarzutów powoda według którego Prezes UOKiK powinien był odstąpić od wymierzenia kary pieniężnej, albo wymierzyć ją w niższej wysokości Sąd zważył co następuje.

Powód w sposób nieuprawniony bagatelizuje swoje bezprawne postępowanie. Należy mu więc przypomnieć, że w świetle treści art. 20b ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. (Dz.U. z 2007 r., Nr 168, poz. 1186 t.j.) o Krajowym Rejestrze Sądowym, był obowiązany przedstawić Sądowi Rejestrowemu zgodę Prezesa UOKiK na koncentrację, albo oświadczenie, że zamiar koncentracji nie podlegał obowiązkowi zgłoszenia pod rygorem odpowiedzialności karnej, a nie tylko sankcji administracyjnej z art. 106 ust. 1 pkt 3 ustawy o.k.ik.

Ograniczając się do rozważań na temat zasadności i wysokości sankcji administracyjnej trzeba podkreślić, że były podstawy do jej zastosowania w stosunku do obydwóch objętych decyzją przedsiębiorców.

Niezgłoszenie zamiaru koncentracji w sytuacji, gdy powód powinien był znać obowiązujące w tym zakresie prawo pozytywne przesądza o tym, że decyzja karząca choć uznaniowa nie była arbitralna. Przy tym podkreślić należy, iż nałożenie kary pieniężnej z rozpatrywanego tytułu nie jest uzależnione od oceny skutków koncentracji dla konkurencji rynkowej. Brak wpływu na konkurencję ma jedynie wpływ na ustalenie wysokości kary (por. przykładowo postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 1999 r. I CKN 184/99 opublikowane w OSNC 2000/2/33 oraz postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 marca 2001 r. I CKN 1127/98 nie publ. wskazane w zaskarżonej decyzji).

Według art. 111 ustawy o.k.ik. przy ustalaniu kary pieniężnej, o której mowa m.in. w art. 106 ustawy uwzględnia się okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy oraz uprzednie naruszenie jej przepisów. Słusznie przyjęto w decyzji jako okoliczności łagodzące: brak uprzedniego naruszenia przepisów antymonopolowych przez powoda, brak istotnego ograniczenia konkurencji w wyniku urzeczywistnienia zamiaru koncentracji, zgłoszenie z własnej inicjatywy spóźnionego zamiaru łączenia. Z kolei jako okoliczność obciążającą prawidłowo wskazano w decyzji fakt, że powód jest profesjonalnym uczestnikiem obrotu. Ze swojej strony Sąd dodaje, że (...) jako jednostka administracji rządowej i samorządowej powinno być przykładem dla innych podmiotów przy przestrzeganiu norm prawa.

Bardzo długi był też okres naruszenia prawa, ponieważ trwał on od 31 grudnia 2007 r. aż do 23 lutego 2009 r. (dzień zgłoszenia zamiaru), a więc prawie rok i dwa miesiące. Po wyważeniu okoliczności łagodzących i obciążających wpływających na wysokość kary pieniężnej należało dojść do wniosku, że jej wysokość ustalono prawidłowo, tym bardziej, że oscyluje ona w dolnej granicy możliwości jej nałożenia, gdyż stanowi tylko ok. (...) przychodu osiągniętego przez Województwo w roku poprzedzającym rok nałożenia kary i jednocześnie ok. (...) % przychodu maksymalnej

wysokości kary określonej w art. 106 ust. 1 pkt 3 ustawy o.k.ik. Kara w wysokości 70000 zł ma więc raczej charakter profilaktyczny, a nie represyjny i w żadnym razie nie może być poczytana za zbyt wysoką i dolegliwą.

Powód wskazał w odwołaniu, że jego przychód w 2008 r. wyniósł (...) zł nie zaś jak oświadczył w postępowaniu administracyjnym (...) zł (K 76 i K 83 akt adm.). W ocenie Sądu nie ma to jednak wpływu na obniżenie wysokości kary, ponieważ po pierwsze – w dniu wydania decyzji Prezes UOKiK dysponował jednoznacznym oświadczeniem powoda o wysokości przychodu w 2008 r. i dlatego władny był wydać decyzję z uwzględnieniem tego oświadczenia. Po drugie – podając w odwołaniu wielokrotnie niższy przychód za 2008 r. powód był obowiązany na etapie postępowania sądowego wykazać z czego wynika różnica w wyliczeniach.

Skoro tego nie uczynił należało przyjąć stan faktyczny ustalony w postępowaniu administracyjnym za obowiązujący również w chwili wyrokowania.

Biorąc to wszystko pod uwagę Sąd działając na podstawie art. 479<sup>31a</sup> § 1 k.p.c. oddalił odwołanie i orzekł o kosztach postępowania stosownie do wyniku sporu na zasadzie art. 98 i 99 k.p.c.