PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW

Warszawa, dnia 18 czerwca 2009 r.

DKK2-430/1/09/LK

DECYZJA nr DKK - 37 /09

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 **nakłada na** Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze" z siedzibą w Warszawie **karę pieniężną** w wysokości 70.000 zł *(słownie: siedemdziesiąt tysięcy złotych)* płatną do budżetu państwa z tytułu dokonania bez uzyskania zgody Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów koncentracji, polegającej na utworzeniu przez Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze" z siedzibą w Warszawie i Samorząd Województwa Podkarpackiego wspólnego przedsiębiorcy pod firmą Port Lotniczy „Rzeszów-Jasionka" Sp. z o. o. z siedzibą w Rzeszowie.

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 **nakłada na** Samorząd Województwa Podkarpackiego **karę pieniężną** w wysokości 70.000 zł *(słownie: siedemdziesiąt tysięcy złotych)* płatną do budżetu państwa z tytułu dokonania bez uzyskania zgody Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów koncentracji, polegającej na utworzeniu przez Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze" z siedzibą w Warszawie i Samorząd Województwa Podkarpackiego wspólnego przedsiębiorcy pod firmą Port Lotniczy „Rzeszów-Jasionka" Sp. z o. o. z siedzibą w Rzeszowie.

UZASADNIENIE

W dniu 23 lutego 2009 r. do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej „Prezes Urzędu" lub „organ antymonopolowy") wpłynęło zgłoszenie koncentracji przedsiębiorców, polegającej na utworzeniu przez Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze" z siedzibą w Warszawie (dalej „PPL") i Samorząd Województwa Podkarpackiego (dalej „Województwo Podkarpackie") wspólnego przedsiębiorcy pod firmą Port Lotniczy „Rzeszów-Jasionka" Sp. z o. o. z siedzibą w Rzeszowie (dalej „Port Lotniczy").

Z informacji zawartych w zgłoszeniu wynikało, iż PPL i Województwo Podkarpackie (dalej łącznie „Strony") zawarły w dniu 18 grudnia 2007 r. umowę spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, na mocy której została zawiązana spółka Port Lotniczy. W dniu 31 grudnia 2007 r. nowo zawiązana spółka została wpisana do Krajowego Rejestru Sądowego pod nr. 0000296055.

Powyższe dane wskazywały zatem, iż Strony dokonały 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.), dalej „ustawa o ochronie konkurencji", bez uprzedniej notyfikacji tego zamiaru Prezesowi Urzędu.

W związku z tym organ antymonopolowy działając 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 o ochronie konkurencji decyzją z dnia 25 marca 2009 r. nr DKK – 13/09, umorzył postępowanie antymonopolowe wszczęte na wniosek PPL i Województwa Podkarpackiego. Następnie w dniu 27 marca 2009 r. wszczął z urzędu postępowanie antymonopolowe w sprawie nałożenia kary pieniężnej na ww. podmioty.

PPL i Województwo Podkarpackie ustosunkowały się do zarzutów zawartych w zawiadomieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego w sprawie nałożenia kary pieniężnej z dnia 27 marca 2009 r. (sygn. akt DKK2-430/1/09/LK) w piśmie z dnia 29 kwietnia 2009 r.

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

PPL

PPL powołana została do życia na mocy ustawy z dnia 23 października 1987 r. *o przedsiębiorstwie państwowym „Porty Lotnicze"* (Dz. U. z 1987 r., Nr 33, poz. 185).

Przedmiotem działalności PPL jest m. in. realizacja zadań związanych z wykonywaniem czynności zleconych przez Ministra Infrastruktury w zakresie kierowania, kontroli, nadzoru, zabezpieczenia i obsługi ruchu lotniczego.

Przychody PPL na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w 2008 r. wyniosły 638.355.318,20 zł.

Województwo Podkarpackie

Ramy prawne działalności **Województwa Podkarpackiego** określa ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. *o samorządzie województwa* (Dz. U. z 2001 r., Nr 142, poz. 1590 ze zm.). Na podstawie art. 14 ust. 1 tej ustawy Województwo Podkarpackie wykonuje zadania o charakterze wojewódzkim, w szczególności w zakresie:

1) edukacji publicznej, w tym szkolnictwa wyższego,
2) promocji i ochrony zdrowia,
3) kultury oraz ochrony zabytków i opieki nad zabytkami,
4) pomocy społecznej,
5) polityki prorodzinnej,
6) modernizacji terenów wiejskich,
7) zagospodarowania przestrzennego,
8) ochrony środowiska,
9) gospodarki wodnej, w tym ochrony przeciwpowodziowej, a w szczególności wyposażenia i utrzymania wojewódzkich magazynów przeciwpowodziowych,
10) transportu zbiorowego i dróg publicznych,
11) kultury fizycznej i turystyki,
12) ochrony praw konsumentów,
13) obronności,
14) bezpieczeństwa publicznego,
15) przeciwdziałania bezrobociu i aktywizacji lokalnego rynku pracy.

Zgodnie z art. 4 pkt 1 lit. a) ustawy o ochronie konkurencji za przedsiębiorcę uznaje się osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej. W świetle powyższego Województwo Podkarpackie należy uznać za przedsiębiorcę, gdyż zgodnie z art. 47 ust. 2 ustawy o

samorządzie województwa, Województwo Podkarpackie jest osobą prawną. Z kolei w świetle art. 2 ust. 2 tej ustawy do zakresu działania samorządu województwa należy wykonywanie zadań publicznych o charakterze wojewódzkim, niezastrzeżonych na rzecz innych organów administracji rządowej.

Przychody Województwa Podkarpackiego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w 2008 r. wyniosły 698.590.565 zł.

Port Lotniczy

Zadaniem nowo powołanej spółki jest zarządzanie portem lotniczym „Rzeszów-Jasionka". Utworzony podmiot będzie realizować inwestycje mające na celu rozbudowę oraz poprawę jakości i zakresu, a także dostępności świadczonych przez port lotniczy „Rzeszów-Jasionka" usług. Działania te pozwolą na zwiększenie przepustowości lotniska, tj. wzrost liczby obsłużonych pasażerów i przesyłek towarowych, spowodowany zapotrzebowaniem regionu.

Stanowisko Stron

Odnosząc się do postawionego zarzutu PPL i Województwo Podkarpackie wyjaśniły (pismo z dnia 29 kwietnia 2009 r.) iż powodem, dla którego Strony nie dokonały zgłoszenia zamiaru koncentracji było zakwalifikowanie utworzenia i początkowej działalności spółki „Port Lotniczy" jako wstępnego, pierwszego etapu dwuetapowej koncentracji, który w ocenie Stron nie podlegał obowiązkowi zgłoszenia Prezesowi Urzędu. Celem pierwszego etapu było bowiem umożliwienie podjęcia przez Port Lotniczy jedynie podstawowej działalności, przede wszystkim w sferze jej wewnętrznej organizacji, nakierowanej na przygotowanie realizacji drugiego etapu. Natomiast dopiero drugi etap, tj. wniesienie do nowo powstałej spółki aportów w postaci majątku lotniczego, infrastruktury oraz nieruchomości, na których zlokalizowane jest lotnisko miało umożliwić podjęcie przez spółkę Port Lotniczy działalności podstawowej, do realizacji której została ona powołana. W przekonaniu Stron, pierwszy etap transakcji mógł być traktowany jako niestanowiący w ogóle przypadku koncentracji w rozumieniu funkcjonalnym. Jeżeli bowiem funkcją Portu Lotniczego jest działalność lotniskowa, to po pierwszym etapie transakcji nie mogła ona oczywiście zostać podjęta z powodu braku niezbędnych aportów i zezwoleń.

W oparciu o przedstawiony stan faktyczny 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 powyższe przesłanki uzasadniające obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji, bowiem:

- łączny obrót przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji – w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia zamiaru koncentracji – przekroczył wartość określoną w art. 13 ust. 1 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji, tj. równowartość 50 mln euro,
- utworzenie przez PPL i Województwo Podkarpackie Portu Lotniczego – 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 w przypadku koncentracji polegającej na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy spoczywał wspólnie na wszystkich przedsiębiorcach biorących udział w utworzeniu nowego podmiotu, tj. zarówno na PPL, jak i na Województwie Podkarpackim.

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 już na etapie zamiaru. W przedmiotowej sprawie koncentracja polegała na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Stosownie do art. 163 ustawy z dnia 15 września 2000 r. *Kodeks spółek handlowych* (Dz. U. Nr 94, poz. 1037 ze zm.) do powstania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością wymaga się:

1. zawarcia umowy spółki,
2. wniesienia przez wspólników wkładów na pokrycie całego kapitału zakładowego, a w razie objęcia udziału za cenę wyższą od wartości nominalnej, także wniesienia nadwyżki,
3. powołania zarządu,
4. ustanowienia rady nadzorczej lub komisji rewizyjnej, jeżeli wymaga tego ustawa lub umowa spółki,
5. wpisu do rejestru.

Wpis do rejestru jest zatem ostatnią czynnością, konieczną do utworzenia spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Wpis ten ma charakter konstytutywny, co oznacza, iż spółka powstaje z chwilą jego dokonania i z tym momentem uzyskuje osobowość prawną.

Zamiar koncentracji, polegającej na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością należy zatem zgłosić najpóźniej przed dokonaniem wpisu do rejestru. W przedmiotowej sprawie spółkę Port Lotniczy wpisano do rejestru w dniu 31 grudnia 2007 r., należy zatem uznać, iż zgłoszenia zamiaru koncentracji należało dokonać przed tą datą.

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. W tym zakresie kieruje się on zasadą równości i proporcjonalności. Rozważając kwestię nałożenia kary organ antymonopolowy musi wziąć pod uwagę, czy w danych okolicznościach sprawy konieczne albo celowe jest jej nałożenie, a jeżeli tak, to w jakiej wysokości kara spełni założone funkcje. 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).

Zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą 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.]. Brak wpływu na konkurencję ma jednak znaczenie dla wymiaru kary (Wyrok SN z dnia 20 czerwca 2001 r., I CKN 1150/98, nie publ.). W takim wypadku kara winna być bliższa dolnej, a nie górnej granicy zagrożenia ustawowego (wniosek taki płynie z Wyroku SA z dnia 4 lutego 1998 r., XVII Ama 66/97, nie publ.). Ponadto jak wskazuje w tym orzeczeniu Sąd Antymonopolowy kara pieniężna powinna być jednak 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 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).

Oceniając stopień zawinienia PPL i Województwa Podkarpackiego w niniejszej sprawie organ antymonopolowy wziął pod uwagę, że zgodnie z art. 83 Konstytucji RP każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej. Obowiązek znajomości i przestrzegania norm prawa ciąży tym bardziej na profesjonalnych uczestnikach obrotu rynkowego, takich jak PPL i Województwo Podkarpackie. Biorąc pod uwagę fakt, iż prowadzą one działalność na dużą skalę, a co za tym idzie dysponują odpowiednim doświadczeniem, Strony powinny mieć świadomość istnienia przepisów prawa konkurencji.

Ważąc wysokość nałożonej kary pieniężnej Prezes Urzędu uwzględnił nie tylko przesłankę naruszenia przez PPL i Województwo Podkarpackie przepisów prawa konkurencji, polegającego na niewykonaniu ustawowego obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji, ale również okoliczności obciążające i łagodzące, stanowiące ocenę podmiotowej strony czynu tych przedsiębiorców.

To, iż PPL razem z Województwem Podkarpackim dokonały z własnej inicjatywy zgłoszenia zamiaru koncentracji, polegającej na utworzeniu spółki Port Lotniczy, nie może być skutecznie podnoszone dla oceny dochowania przez Strony należytej staranności - może mieć najwyżej znaczenie przy ważeniu wysokości kary za niewykonanie obowiązku określonego w art. 13 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji. Okoliczność ta bowiem stanowiła źródło informacji o koncentracji, stąd też została potraktowana jako okoliczność

łagodząca. Przy ważeniu wysokości kary pieniężnej w niniejszej sprawie jako okoliczność łagodzącą Prezes Urzędu uznał również to, iż było to pierwsze naruszenie przez Województwo Podkarpackie przepisów antymonopolowych. Odnosząc się z kolei do PPL organ antymonopolowy stwierdził, iż wprawdzie PPL zostało już ukarane przez Prezesa Urzędu karami pieniężnymi[1] za naruszenie przepisów dotyczących ochrony konkurencji (w zakresie kontroli koncentracji), lecz w tym przypadku nie można powołać się na istnienie recydywy antymonopolowej, która stanowiłaby okoliczność obciążającą. Wynika to bowiem z faktu, iż powyższe kary zostały nałożone na podstawie nieobowiązujących już przepisów prawnych, tj. na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080) za naruszenie art. 11 ustawy z dnia 24 lutego 1990 r. *o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów* (Dz. U. z 1999 r. Nr 52 poz. 547). Stosownie do treści art. 130 ustawy o ochronie konkurencji przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej uwzględnia się również okoliczność naruszenia przepisów ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Okoliczność naruszenia przepisów ustawy z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów nie może zatem zostać wzięta pod uwagę przy ustalaniu wysokości kary w niniejszym zakresie.

W ocenie Prezesa Urzędu okolicznością, która ma wpływ na wysokość nałożonej kary pieniężnej jest fakt, iż w wyniku dokonanej, bez notyfikacji organowi antymonopolowemu, koncentracji, polegającej na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy, konkurencja na rynku nie została istotnie ograniczona, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku. Jest to zatem okoliczność łagodząca.

Mając na uwadze powyższe Prezes Urzędu uznał, że waga i okoliczności naruszenia ustawy o ochronie konkurencji przesądzają o zasadności nałożenia na PPL oraz na Województwo Podkarpackie kar pieniężnych w wysokości po 70.000 zł *(słownie: siedemdziesiąt tysięcy złotych)*.

Jak wskazano powyżej przychody PPL oraz Województwa Podkarpackiego w roku 2008 wyniosły odpowiednio 638.355.318,20 zł oraz 698.590.565 zł. Zatem kara maksymalna,

[1] Decyzja nr DDF 76/2001 z dnia 11 grudnia 2001 (sygn. akt DDF2-411/260/00/IB/k), wyrok Sądu Najwyższego z 09.03.2004r. (sygn. akt IIII SK 19/04)
decyzja nr DDF 70/2001 z dnia 10 listopada 2001 r. (sygn. Akt DDF2-411/22/01/IB/k),
decyzja nr DDF 54/2001 i wyrok XVII Ama 25/02 z 23.07.2002r.

którą Prezes Urzędu mógłby nałożyć na te podmioty wynosi w przypadku PPL - ok. 63.835.531 zł oraz w przypadku Województwa Podkarpackiego - ok. 69.859.056 zł.

Nałożone przez Prezesa Urzędu kary pieniężne, stanowiące po ok. 0,01% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary i jednocześnie po ok. 0,1 % maksymalnej wysokości kary przewidzianej w art. 106 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji mają więc raczej walor dyscyplinujący i prewencyjny i mają jedynie nakłonić PPL i Województwo Podkarpackie do terminowego realizowania zobowiązań wobec Prezesa Urzędu wynikających z ustawy o ochronie konkurencji w przyszłości.

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

W związku z tym organ antymonopolowy orzeka, jak w sentencji.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji w związku z art. 479^{28} § 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
DYREKTOR
Departamentu Kontroli Koncentracji
Robert Kamiński