

Marcin Kolasiński\*

## Polityka kontroli koncentracji w Polsce – stan obecny i możliwe zmiany

### Spis treści:

- I. Uwagi wstępne
- II. Założenia ustawy a praktyka
- III. Możliwe przyczyny znaczącej ilości zgłoszeń koncentracyjnych
- IV. Ilość prowadzonych spraw a czas trwania i jakość postępowań koncentracyjnych
- V. Możliwe zmiany prawa

### Streszczenie:

Artykuł zawiera ocenę praktycznej implementacji zmian w zakresie polityki kontroli koncentracji deklarowanych w czasie prac nad ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów w 2007 r. Ich celem było zredukowanie ilości spraw koncentracyjnych prowadzonych przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów i umożliwienie mu skupienia się wyłącznie na koncentracjach mających znaczący wpływ na konkurencję. Autor podejmuje próbę analizy prawnych i organizacyjnych przyczyn powodujących wzrost ilości postępowań koncentracyjnych, wbrew zamierzeniom legislatora. Ocenia także, jak zwiększona ilość postępowań koncentracyjnych wpływa na jakość postępowań i decyzji koncentracyjnych. Artykuł odwołuje się także do możliwej przyszłej reformy w zakresie polityki i procedury kontroli koncentracji sygnalizowanej przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

### Słowa kluczowe:

polityka kontroli koncentracji; reforma polityki kontroli koncentracji; zgłoszenie zamiaru koncentracji; procedura kontroli koncentracji.

### I. Uwagi wstępne

W dniu 21.04.2012 r. minie dokładnie 5 lat od kiedy weszła w życie ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (uokik z 2007 r.)<sup>1</sup>. Jednocześnie, rocznica ta zbiegła się z rozpoczęciem prac nad kolejną nowelizacją ustawy; 28.03.2012 r. na stronie Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) ukazał się komunikat na ten temat<sup>2</sup>. Jest to więc dobry moment na podsumowanie doświadczeń związanych ze stosowaniem uokik oraz omówienie możliwego kierunku zmian.

Przedmiotem niniejszego artykułu będzie analiza fragmentu działalności UOKiK związanego z procesem kontroli zamiarów koncentracji zgłaszanych przez przedsiębiorców (kontrolą koncentracji), przede wszystkim zaś tematyka związana z kwestią wyboru właściwej polityki kontroli koncentracji. Przez pojęcie to należy rozumieć metodologiczne założenie odnośnie do preferowanego

\* Radca Prawny w Kancelarii Baker & McKenzie Krzyżowski i Wspólnicy.

<sup>1</sup> Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.

<sup>2</sup> Komunikat dostępny na stronie internetowej [http://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news\\_id=3330](http://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=3330).

kształtu systemu kontroli koncentracji w Polsce. Generalnie możliwe są dwa rozwiązania w tym zakresie. Pierwsze jest oparte na jak najszerzym podejściu do kontroli koncentracji i analizie dużej ilości spraw, nawet niekoniecznie wywołujących widoczne efekty na rynku. Drugie natomiast zakłada ograniczenie ilości rozpatrywanych spraw, przy jednoczesnym skupieniu działań kontrolnych tylko na koncentracjach mogących wywierać istotne skutki dla konkurencji.

W dalszej części artykułu przedstawię założenia aktualnej polityki kontroli koncentracji prowadzonej przez Prezesa UOKiK, sprawdzę do jakiego stopnia są one stosowane w praktyce, a także w jakim kierunku może zmierzać nowelizacja ustawy w tym obszarze.

## II. Założenia ustawy a praktyka

Jednym z głównych założeń uokik z 2007 r. w zakresie przepisów dotyczących kontroli koncentracji było ograniczenie ilości prowadzonych spraw i umożliwienie skupienia się Prezesa UOKiK na analizie transakcji o rzeczywiście ważnych skutkach dla konkurencji na rynku polskim.

Pośród kilku wprowadzanych w tym zakresie zmian poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (uokik z 2000 r.)<sup>3</sup> za najważniejszą należy uznać tę, która zmodyfikowała wymogi dotyczące progów finansowych, których przekroczenie rodzi obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji do Prezesa UOKiK.

W uokik z 2000 r. obowiązek zgłoszenia powstawał w przypadku, gdy łączny światowy obrót grup kapitałowych uczestników koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekraczał równowartość 50 milionów euro. Natomiast w aktualnej ustawie wprowadzono wymóg zgłoszenia zamiaru koncentracji, jeżeli łączny obrót grup kapitałowych uczestników koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekracza równowartość 1 mld euro na świecie lub 50 mln euro w Polsce.

Warto zacytować brzmienie odpowiednich fragmentów uzasadnienia ustawy, aby oddać dokładne założenie legislatora w tym zakresie: „Potrzeba zmian w zakresie wysokości progów obrotu przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji wynika z praktyki Urzędu. Zdecydowana większość kontroli koncentracji prowadzonych przez Prezesa UOKiK kończyła się wydaniem zgody na ich dokonanie. W praktyce zmiana ta ma spowodować, że Prezes UOKiK będzie kontrolować tylko największe koncentracje, które będą miały faktyczny wpływ na stan konkurencji na rynku. Chodzi tu przede wszystkim o koncentracje branżowe, które bez wątpienia mogą prowadzić do zniekształcenia mechanizmów wolnej konkurencji. Dotychczas obowiązek zgłoszenia powstawał, jeżeli łączny obrót globalny (światowy) przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji (wraz z ich grupami kapitałowymi) przekraczał równowartość 50 mln euro. Przepis taki powodował, że nawet przedsiębiorcy, którzy głównie realizowali swój obrót poza terytorium RP, a jednocześnie na terytorium RP realizowali obrót niewielki, musieli zgłaszać zamiar dokonania koncentracji, która często polegała na przejęciu kontroli przez spółkę z siedzibą za granicą nad inną spółką zagraniczną. Z przyczyn oczywistych, tego rodzaju koncentracje nie mają wpływu na rynek polski. (...) Na bazie zdobytych doświadczeń konieczne stało się zmodyfikowanie dotychczasowych przepisów tak, aby nie kontrolować koncentracji, które z natury rzeczy nie mają znaczenia rynkowego, a skupić się na ocenie tych koncentracji, które mogą mieć znaczenie dla rynku polskiego”<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Dz. U. 2005, Nr 244, poz. 2080 ze zm. – wersja archiwalna.

<sup>4</sup> Uzasadnienie do projektu ustawy z 2007 r., Druk sejmowy nr 1101 dostępny na stronie internetowej: [http://orka.sejm.gov.pl/Druki5ka.nsf/0/06AED0325C1F3B3FC125722600445A4A/\\$file/1110-uzas.doc](http://orka.sejm.gov.pl/Druki5ka.nsf/0/06AED0325C1F3B3FC125722600445A4A/$file/1110-uzas.doc), s. 8-9.

W innym fragmencie uzasadnienia pt. „Wpływ regulacji na konkurencyjność gospodarki i przedsiębiorczość, w tym na funkcjonowanie przedsiębiorstw”, założono, iż „[n]owelizacja ustawy będzie skutkować również ograniczeniem obowiązków przedsiębiorców – w projekcie proponuje się znaczne ograniczenie katalogu przypadków, kiedy wymagane jest zgłoszenie zamiaru koncentracji”.<sup>5</sup>

Aby sprawdzić, czy zamierzenia ustawodawcy zostały urzeczywistnione w praktyce, warto odwołać się do sprawozdań z działalności UOKiK<sup>6</sup> i porównać ilość spraw koncentracyjnych rozpatrywanych przed i po 21.04.2007 r., kiedy obecna ustawa weszła w życie. Statystyki przedstawiają się w następujący sposób:

Rok	Ilość prowadzonych spraw	Ilość zgód bezwarunkowych na koncentrację	Ilość zgód warunkowych na koncentrację	Ilość zakazów koncentracji
2006	310	215	1	1
2007	310	205	2	0
2008	197	153	2	0
2009	144	97	1	3
2010	222	147	2	0
2011	x <sup>7</sup>	166	3	2

Z powyższych danych wynika, że chociaż po wejściu w życie uokik z 2007 r. w ciągu 2008 r. i 2009 r. spadała liczba prowadzonych spraw koncentracyjnych, to jednak od 2010 r. znów nastąpił znaczący wzrost liczby zgłoszeń. Pomimo, iż brak jest jeszcze dostępnych danych za 2011 r. w zakresie ilości prowadzonych spraw ogółem, to jednak ilość wydanych rozstrzygnięć większa niż w 2010 r. czyni prawdopodobnym, iż także ilość zgłoszeń ogółem przewyższyła tę z 2010 r.

Stosunek ilości decyzji bezwarunkowych do ilości decyzji warunkowych i zakazów koncentracji wyraźnie pokazuje, iż przeważająca część zgłoszonych koncentracji miała charakter bezproblemowy w świetle prawa konkurencji. Tym niemniej, koncentracje te musiały być zgłoszone w celu uzyskania zgody, konieczne było przeprowadzenie postępowań antymonopolowych i wydanie decyzji.

Dla pełnej analizy powyższej tabeli konieczne jest także uwzględnienie faktu, iż 22.07.2009 r. weszło w życie rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 1.07.2009 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów<sup>8</sup>. Rozporządzenie to wprowadziło zasadniczą zmianę w organizacji postępowań z zakresu kontroli koncentracji w UOKiK, ponieważ Delegatury UOKiK zostały pozbawione kompetencji do prowadzenia takich postępowań, a wyłączne uprawnienie w tym zakresie uzyskał Departament Kontroli Koncentracji w Centrali UOKiK w Warszawie. O ile więc jeszcze w 2008 r. 197 postępowań koncentracyjnych prowadzonych było zarówno przez Departament Kontroli Koncentracji, jak i 9 delegatur UOKiK, o tyle w 2010 r. jeszcze większa ilość, bo 222 spraw, była prowadzona już tylko przez Departament Kontroli Koncentracji, liczący aktualnie kilkanaście osób.

<sup>5</sup> Ibidem, s. 34.

<sup>6</sup> Sprawozdania z działalności UOKiK dostępne na stronie internetowej [http://www.uokik.gov.pl/sprawozdania\\_z\\_dzialalnosci\\_urzedu.php](http://www.uokik.gov.pl/sprawozdania_z_dzialalnosci_urzedu.php)

<sup>7</sup> Raport z działalności UOKiK za 2011 r. nie jest jeszcze dostępny, w związku z czym brak informacji na temat ilości spraw prowadzonych w 2011 r. Pozostałe dane pochodzą z komunikatu UOKiK z dnia 12 stycznia 2012 r. dostępnego na stronie internetowej [http://www.uokik.gov.pl/aktualnosc.php?news\\_id=3193&news\\_page=5](http://www.uokik.gov.pl/aktualnosc.php?news_id=3193&news_page=5)

<sup>8</sup> Dz. U. 2009, Nr 107, poz. 887.

Porównanie powołanych danych prowadzi do konkluzji, iż wbrew oczekiwaniom legislatora wyrażanym w trakcie uchwalania uokik w 2007 r., obciążenie UOKiK mało znaczącymi sprawami koncentracyjnymi wcale nie zostało znacząco zredukowane. Przeciwnie, z uwagi na mniejszą ilość pracowników zajmujących się aktualnie zgłoszeniami koncentracji, prawdopodobne jest, że to obciążenie może być nawet większe niż przed wejściem w życie ustawy.

### III. Możliwe przyczyny znaczącej ilości zgłoszeń koncentracyjnych

Przyczyn tego stanu można upatrywać w różnych okolicznościach. Być może jedną z nich był fakt, iż po prostu wzrosła ilość koncentracji z udziałem przedsiębiorców, których obroty przekraczały progi finansowe wskazane w ustawie. Jeżeli tak, warto byłoby poddać analizie konieczność podniesienia jeżeli nie wszystkich progów, to chociaż progów dotyczących łącznych obrotów na terytorium Polski osiąganym przez grupy kapitałowe uczestników koncentracji (50 mln euro), czy progów obrotu osiąganego przez podmiot nabywany na terenie Polski (10 mln euro). Niewykluczone, że te wartości adekwatne do identyfikacji „znaczących koncentracji” w 2007 r., aktualnie są zbyt niskie, przez co kontrolą koncentracji objęte są transakcje tak naprawdę niemające większego znaczenia dla rynku. O ile bowiem jeszcze 5 lat temu rzadkością było osiągnięcie przez polskich przedsiębiorców obrotów rzędu kilku milionów złotych, to teraz nie jest niczym nadzwyczajnym osiągnięcie przez nich obrotów rzędu kilkunastu, czy kilkudziesięciu milionów euro. Wydaje się, że te obiektywne okoliczności zmiany stanu faktycznego powinny być uwzględnione w kalkulacji progów na potrzeby identyfikacji spraw jako znaczących z punktu widzenia potrzeby ochrony konkurencji.

W systemach prawnych państw członkowskich Unii Europejskiej (UE) można znaleźć przykłady regulacji uwzględniających potrzebę elastycznego dostosowania progów finansowych zobowiązujących do zgłoszenia zamiaru koncentracji do zmieniającej się sytuacji rynkowej. Ciekawe rozwiązanie przyjęto we Włoszech, gdzie nie podlega zgłoszeniu zamiar przejęcia kontroli nad przedsiębiorcą, jeżeli jego obrót we Włoszech nie przekroczył 47 mln EUR<sup>9</sup>. Niezależnie od tego, że jest to próg prawie pięciokrotnie wyższy niż w Polsce, dodatkowo jest on aktualizowany każdego roku w oparciu o wzrost deflatora cen produktu krajowego brutto (*GDP price deflator index*)<sup>10</sup>. To podejście zasługuje na szczególną uwagę jako możliwy wzór przyszłych zmian w polskich progach finansowych dotyczących zgłoszenia koncentracji.

Należy przy tym zauważyć, że zbyt restrykcyjne podejście do kwestii kontroli koncentracji może prowadzić do zaburzenia sensu polityki kontroli koncentracji. W odróżnieniu bowiem od mających charakter represyjny przepisów odnoszących się do praktyk monopolistycznych, przepisy dotyczące kontroli koncentracji mają charakter prewencyjny, jako że mają zapobiegać wyrastaniu podmiotów gospodarczych o pozycji dominującej na rynku<sup>11</sup>. Dlatego nie można, moim zdaniem, podchodzić do kwestii kontroli koncentracji z tej samej perspektywy, jak do ścigania naruszeń konkurencji. W przypadku kontroli koncentracji mamy do czynienia z naturalną i dozwoloną prawem strategią wzrostu zewnętrznego, która nie może być traktowana jako „podejrzana” z samej swojej istoty. Tym bardziej, że większość koncentracji nie wpływa negatywnie na stan konkurencji na rynku. Jedynie część z nich

<sup>9</sup> The Merger Control Review, Law Business Research Ltd, London 2011, s. 239.

<sup>10</sup> Informacje dostępne na stronie internetowej włoskiego organu ochrony konkurencji pod adresem <http://www.agcm.it/en/competition--mergers-and-acquisitions/turnover-thresholds.html>. Ostatnia aktualizacja progów miała miejsce 21.11.2011 r.

<sup>11</sup> S. Gronowski, *Ustawa o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym*, Wydawnictwo Zrzeszenia Prawników Polskich, Warszawa 1994, s. 112.

może naruszać w sposób istotny konkurencję, w szczególności przez prowadzenie do powstania lub umocnienia pozycji dominującej<sup>12</sup>.

Innym powodem wzrostu ilości spraw koncentracyjnych może być paradoksalnie sam UOKiK, a dokładniej rzecz ujmując wydany przez niego w 2010 r. dokument pt. „Wyjaśnienia w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK”<sup>13</sup>. Dokument ten zawiera interpretacje dwóch przepisów ustawy, które wbrew założeniom legislatora, prowadzą do rozszerzającego rozumienia obowiązku zgłoszenia koncentracji; druga z tych interpretacji wydaje się być nawet działaniem *contra legem*.

W pkt 1.4 Wytycznych przedstawiono następującą interpretację pojęcia skutku koncentracji na terytorium Polski, do którego odwołuje się art. 1 ust. 2 uokik z 2007 r.: „Ustawa obejmuje zatem swoim zakresem również koncentracje eksterytorialne, czyli takie, które zachodzą między przedsiębiorcami mającymi swoje siedziby poza terytorium RP, pod warunkiem, że będą one wywierać choćby potencjalne skutki na terytorium RP. Ustawa nie wskazuje, według jakich kryteriów należy dokonać oceny, które koncentracje eksterytorialne wywołują skutek na terytorium RP. Należy jednak przyjąć, iż przesłanka skutku na terytorium RP zostaje spełniona jeżeli co najmniej jeden z uczestników koncentracji (grupa kapitałowa do której należy) osiąga obrót na terytorium RP”. Interpretacja ta budzi zasadnicze kontrowersje w przypadku koncentracji polegających na utworzeniu za granicą wspólnego przedsiębiorcy. Dla konieczności zgłoszenia koncentracji do UOKiK wystarczy bowiem, że grupa kapitałowa choćby jednego z uczestników transakcji osiąga jakkolwiek obrót na terenie Polski, a jednocześnie łączny obrotów grup kapitałowych uczestników transakcji osiąga ponad 1 mld euro na świecie. Przy tym obrót na terenie Polski nie musi być nawet generowany poprzez podmiot mający siedzibę na terenie Polski, ale wystarczy, że przychody są osiągnięte ze sprzedaży towarów lub usług do Polski z zagranicy. Zatem grupa kapitałowa X, niemająca podmiotu zależnego w Polsce, ale mająca obrót światowy powyżej 1 mld euro i sprzedająca do odbiorców w Polsce towary lub usługi o jakiegokolwiek wartości (nawet symbolicznych kilku euro), musi w Polsce uzyskać zgodę na utworzenie wspólnego przedsiębiorcy, nawet jeżeli jego przedmiotem ma być wyłącznie lokalna działalność w Ameryce Południowej. Podany przykład jest na pewno celowo przerysowany dla wyraźnego oddania istoty problemu, ale nie można wykluczyć, że od 2010 r. zdarzyło się wiele sytuacji, kiedy zgłaszane były JV zawierane za granicą, tylko ze względu na powyższą interpretację, pomimo braku jakiegokolwiek wpływu koncentracji na rynek Polski. Co prawda w Wytycznych wskazano, iż nie mają one charakteru prawnie wiążącego, jednakże jednocześnie wyjaśniono, że wskazują one sposób oceny Prezesa UOKiK, a fakt ich opublikowania należy interpretować w ten sposób, iż w sprawach dotyczących koncentracji Prezes UOKiK stosuje się do nich. Takie przedstawienie problemu nie pozostawia przedsiębiorcom oceniającym konieczność zgłoszenia zamiaru koncentracji dużego wyboru. Skoro bowiem Prezes UOKiK stwierdza, że będzie stosował opublikowane kontrowersyjne interpretacje w prowadzonych sprawach, to rzadko zdarzy się, że przedsiębiorcy podejmą ryzyko niezastosowania się do Wytycznych i otrzymania kary za brak zgłoszenia, określonej na poziomie do 10% rocznych przychodów.

Z kolei w pkt 2.3.7 Wytycznych przedstawiono wykładnię, iż zgłoszeniu do UOKiK podlega nie tylko aktywne przejście kontroli, ale także sytuacja, w której przedsiębiorca przejmuje, nawet bez

<sup>12</sup> C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 323.

<sup>13</sup> Dokument ten (dalej zwany „Wytycznymi”) jest dostępny na stronie internetowej [http://www.uokik.gov.pl/wyjasnienia\\_w\\_sprawie\\_zglaszania\\_koncentracji.php](http://www.uokik.gov.pl/wyjasnienia_w_sprawie_zglaszania_koncentracji.php).

własnej woli, pasywną kontrolę nad innym przedsiębiorcą. Uzasadniając to stanowisko stwierdzono: „Zdecydowana większość spraw dotyczących zamiaru koncentracji, które zgłaszane są do Prezesa Urzędu, polega na aktywnym przejściu kontroli, tj. są skutkiem działań przedsiębiorcy przejmującego kontrolę. Nie można jednak wykluczyć sytuacji, kiedy do przejścia kontroli dochodzić będzie bez aktywnego udziału przedsiębiorcy przejmującego kontrolę np. w wyniku rozproszenia się akcjonariatu (np. przedsiębiorca A i przedsiębiorca B posiadają udziały w spółce X, które dają każdemu z nich 50 proc. głosów we władzach tej spółki. Następnie przedsiębiorca B zbywa swój pakiet udziałów na rzecz kilkudziesięciu drobnych inwestorów, w efekcie czego przedsiębiorca A przejmuje faktycznie wyłączną kontrolę nad spółką X). Podobne skutki może wywołać operacja umorzenia akcji lub udziałów, skutkująca uzyskaniem faktycznej kontroli. Taka sytuacja nie zwalnia przedsiębiorcy, który przejmie kontrolę z obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK”. Ta interpretacja wydaje się być ewidentnie sprzeczna z brzmieniem i celem przepisów uokik z 2007 r. Jej art. 13 wyraźnie bowiem wskazuje, iż zgłoszeniu Prezesowi UOKiK podlega zamiar koncentracji. Jak słusznie podkreśla się w orzecznictwie<sup>14</sup> i doktrynie, to podejście oznacza charakter prewencyjny (wstępny) kontroli, gdyż przedmiotem zgłoszenia jest „zamiar koncentracji”, a nie dokonanie koncentracji. Ponadto, postępowanie koncentracyjne wszczynane jest na wniosek przedsiębiorców, przy czym obowiązek ten ciąży na przedsiębiorcach aktywnie uczestniczących w zamierzonej koncentracji<sup>15</sup>. W przypadku koncentracji pasywnej brak jest możliwości wykazania zamiaru przedsiębiorcy przejmującego kontrolę, ponieważ zmiana dokonuje się bez jego woli, a często i wiedzy. Ponadto, ewentualne zgłoszenie koncentracji z jego strony nie miałoby na pewno charakteru prewencyjnego, ponieważ następowałoby już po przejściu kontroli. Pomimo tych zasadniczych zastrzeżeń prawnych, nie można wykluczyć, iż fakt istnienia powyższej interpretacji może być powodem generowania kolejnych zgłoszeń antymonopolowych ze strony podmiotów chcących zachować się zgodnie z Wytycznymi.

Fakt obciążenia UOKiK dużą ilością mało znaczących spraw koncentracyjnych nie budzi wątpliwości. UOKiK radzi sobie bowiem jakoś z bieżącą obsługą tych spraw. Może więc nie ma potrzeby zmieniać tego stanu? Niestety, w tym przypadku zasada „im więcej, tym lepiej” nie jest najlepszym rozwiązaniem. Co prawda UOKiK obejmuje zakresem swojej działalności bardzo dużą ilość spraw, jednakże kontrola większości koncentracji, ze względu na ich minimalne znaczenie dla rynku, obiektywnie mija się z celem. Jednocześnie, tak znaczące obciążenie urzędników dużą ilością prowadzonych postępowań negatywnie wpływa na przebieg wszystkich postępowań, w tym także tych znaczących dla rynku, czego najważniejsze przykłady podaję poniżej.

#### **IV. Ilość prowadzonych spraw a czas trwania i jakość postępowań koncentracyjnych**

Sprawny przebieg i szybkie zakończenie postępowania w UOKiK jest kluczowe dla przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji. Wynika to z faktu, iż transakcja, której zamknięcie uwarunkowane jest uzyskaniem zgody Prezesa UOKiK, nie jest w trakcie postępowania koncentracyjnego zawieszona w próżni, ale podlega wpływom dynamicznie zmieniających się warunków rynkowych. Dla podmiotu kupującego innego przedsiębiorcę, który musi wstrzymać się z decyzjami

<sup>14</sup> Np. wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 12.11.2003 r., XVII Ama 129/02 (Dz. Urz. UOKiK z 2004, Nr 2, poz. 295).

<sup>15</sup> T. Skoczny [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 762.

mającymi wpływ na tego przedsiębiorcę do chwili uzyskania zgody Prezesa UOKiK, każdy dzień zwłoki ma znaczenie.

Doświadczenie pokazuje, iż planując przebieg transakcji w oparciu o przepisy ustawy przedsiębiorcy często zakładają, iż mogą oczekiwać uzyskania decyzji w terminie 2 miesięcy od chwili złożenia zgłoszenia. Jednakże realia przebiegu procesu koncentracyjnego są dużo mniej optymistyczne. Urzędnik otrzymujący nowe zgłoszenie niekoniecznie może zająć się nim od razu, ponieważ prawdopodobnie prowadzi także inne sprawy, w których płyną terminy administracyjne wymagające prowadzenia korespondencji ze zgłaszającymi i wydawania decyzji. Nawet jeżeli od początku postępowania wiadomo, że nie ma podstaw do wydania decyzji innej niż zgoda na koncentrację, musi być przeprowadzony cały proces przygotowania decyzji, jej konsultacji w ramach UOKiK, co znacząco angażuje czas urzędników. W efekcie korespondencji prowadzonej równoległe w kilku sprawach, wstrzymującej bieg terminów, czas oczekiwania na decyzje wykracza często poza ramy określone przez Ustawę.

Prawdopodobnie ograniczone możliwości czasowe i kadrowe wpływają także niekorzystnie na jakość prawną postępowań koncentracyjnych, w tym przede wszystkim na naruszenie uprawnień proceduralnych strony zgłaszającej zamiar koncentracji. Jest to szerszy temat, dlatego w tym miejscu chciałbym zwrócić uwagę tylko na jedną, aczkolwiek ważną, w mojej ocenie okoliczność, prowadzenia przez UOKiK postępowań koncentracyjnych z permanentnym naruszeniem przepisów zarówno ustawy, jak i Kodeksu postępowania administracyjnego<sup>16</sup> dotyczących sposobu kończenia postępowań koncentracyjnych. Art. 74 ustawy stanowi mianowicie, iż „[p]rezes Urzędu, wydając decyzję kończącą postępowanie, uwzględnia tylko zarzuty, do których strony mogły się ustosunkować.” Usytuowanie art. 74 w przepisach ogólnych Rozdziału 1 Działu VI uokik z 2007 r. wskazuje, że przepis ten znajduje zastosowanie zarówno do postępowania w sprawach praktyk naruszających konkurencję, postępowania w sprawach koncentracji, postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, jak i do postępowania w sprawach nakładania kar pieniężnych<sup>17</sup>. W postępowaniach o naruszenie prawa konkurencji (porozumienia antykonkurencyjne i nadużycie pozycji dominującej) strony zawsze formalnie otrzymują termin do zapoznania się z aktami sprawy i zawartymi w nich zarzutami oraz do wyrażenia swojego ostatecznego stanowiska przed wydaniem decyzji. UOKiK przestrzega tego uprawnienia wiedząc, że błędy w tym zakresie mogą zostać uznane za naruszenie podstawowego prawa do obrony strony postępowania antymonopolowego. Niestety, w postępowaniach antymonopolowych w sprawie kontroli koncentracji UOKiK nie stosuje się do tej zasady. Strona zgłaszająca koncentrację nie jest zatem informowana o zakończeniu postępowania przed wydaniem decyzji koncentracyjnej i dowiaduje się o niej dopiero z chwilą jej otrzymania. Oczywiście, w przeważającej części przypadków wydawane są zgody, dlatego przedsiębiorcy usatysfakcjonowani rozstrzygnięciem nie podnoszą naruszenia procedury. Praktyczny problem powstaje jednak w przypadku decyzji warunkowych, czy zakazujących koncentracji, gdzie pomiędzy UOKiK i zgłaszającym koncentrację dochodzi do zasadniczego sporu dotyczącego oceny koncentracji. Nie jest zrozumiałe, dlaczego strona ma dowiadywać się dopiero z decyzji o konkretnych zarzutach, jakie Prezes UOKiK stawia koncentracji, wskutek czego zakazuje jej dokonania. W ten sposób strona nie ma możliwości ustosunkowania się do tych zarzutów przed wydaniem decyzji. Należy wyraźnie

<sup>16</sup> Ustawa z 14.06.1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 ze zm.) (k.p.a.).

<sup>17</sup> Ibidem, s. 1308.

podkreślić, iż w stosunku do strony zgłaszającej koncentrację Prezes UOKiK nie ma statusu przeciwnika procesowego, ale organu administracji, który powinien prowadzić postępowanie w sposób bezstronny, transparentny i wzbudzający zaufanie do organów Państwa.

Uprawnienie strony zgłaszającej koncentrację do wyrażenia ostatecznego stanowiska w sprawie po zakończeniu postępowania dowodowego wywodzi się z ogólnego obowiązku organu administracji zapewnienia stronom czynnego udziału w każdym stadium postępowania, ujętego w art. 10 § 1 k.p.a. Ta zasada ogólna postępowania administracyjnego *expressis verbis* zobowiązuje organ administracji do umożliwienia stronie wyrażenia jej stanowiska co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań po zakończeniu postępowania dowodowego, a przed rozpatrzeniem sprawy<sup>18</sup>. Obowiązkiem organu prowadzącego postępowanie jest pouczenie strony o prawie do zapoznania się z aktami i złożenia końcowego oświadczenia. Organ ma także obowiązek wstrzymać się od wydania decyzji do czasu złożenia tego oświadczenia w wyznaczonym terminie<sup>19</sup>.

Bogate orzecznictwo powstałe na gruncie k.p.a.<sup>20</sup> potwierdza, że aby dane postępowanie administracyjne mogło zostać uznane za przeprowadzone zgodnie z prawem, konieczne jest, aby jednocześnie strona miała zapewnioną możliwość aktywnego udziału w sprawie oraz aby strona miała możliwość wypowiedzenia się przed rozstrzygnięciem sprawy. Jedynie spełnienie tych dwóch warunków zapewnia poprawne przeprowadzenie procedury administracyjnej.

Skoro w procedurze oceny zamiaru koncentracji to Prezes UOKiK prowadzi postępowanie dowodowe, to jest on zobowiązany wskazać wnioskodawcy, że procedura dowodowa została zakończona. Jeżeli przy tym zakwestionował opinię wnioskodawcy na temat braku negatywnego skutku koncentracji dla konkurencji, powinien przed wydaniem decyzji jasno sformułować zarzuty do tej opinii i przedstawić własną ocenę sprawy, z podaniem szczegółowego uzasadnienia faktycznego i prawnego, tak, aby umożliwić wnioskodawcy zajęcie ostatecznego stanowiska przed rozstrzygnięciem sprawy. Być może, gdyby UOKiK nie był tak znacząco obciążony ilością spraw koncentracyjnych, przykładałby większą wagę do respektowania praw proceduralnych stron postępowań koncentracyjnych.

Inną prawdopodobną konsekwencją nadmiernego obciążenia UOKiK ilością postępowań koncentracyjnych jest też stosowana od niedawna praktyka rezygnowania z uzasadnień decyzji wyrażających zgodę na zamiar koncentracji. W decyzjach przywoływana jest formuła, iż w oparciu o art.107 § 4 k.p.a., w związku z art. 83 uokik z 2007 r., Prezes UOKiK odstępuje od uzasadnienia decyzji z uwagi na fakt, że decyzja w całości uwzględnia żądanie strony, nie rozstrzyga przy tym spornych interesów stron, a także nie została wydana na skutek odwołania. Tyle tylko, że postępowania koncentracyjne nie są zwykłymi postępowaniami administracyjnymi dotyczącymi np. wydania pozwolenia na budowę domu. Decyzje Prezesa UOKiK stanowią cenne, a czasami jedyne źródło wiedzy dla podmiotów zgłaszających kolejne koncentracje. W oparciu o nie przedsiębiorcy mogą przede wszystkim ocenić jak dotychczas UOKiK definiował rynki właściwe w danej branży oraz jakie okoliczności i argumenty brał pod uwagę oceniając koncentracje. Coraz częściej opracowania dotyczące dotychczasowego orzecznictwa UOKiK w danych sektorach gospodarki przygotowywane są nie na etapie pracy nad

<sup>18</sup> Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 10.05.2006 r., II OSK 810/05.

<sup>19</sup> A. Wróbel, M. Jaśkowska, *Komentarz aktualizowany do ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego* (Dz. U. 00 Nr 98, poz. 1071), LEX 2012.

<sup>20</sup> Np.: wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 6.10.2000 r., V SA 316/00; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 5.04.2001 r., II SA 1095/00; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 5.01.2006 r., III SA/Wa 2660/05; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 30.11.2005 r., III SA/Wa 2823/05.



samym zgłoszeniem zamiaru koncentracji, ale dużo wcześniej, w trakcie negocjacji handlowych jeszcze przed podpisaniem dokumentów koncentracyjnych. W oparciu o takie analizy uczestnicy koncentracji mogą obiektywnie ocenić proces decyzyjny Prezesa UOKiK i określić, czy dana transakcja ma szanse uzyskania zgody, czy też przeciwnie, nie rokuje akceptacji organu antymonopolowego. Taki sposób działania staje się coraz ważniejszy szczególnie w dynamicznie zmieniających się branżach nowych technologii, np. telekomunikacji, usług handlu elektronicznego, itp., gdzie brak jest ugruntowanych poglądów na definicje rynków właściwych. Stopień skomplikowania działalności na tych rynkach uniemożliwia nie tylko samym przedsiębiorcom, ale także ich prawnikom, przewidzenie, czy przyjęta definicja rynków właściwych będzie akceptowalna dla UOKiK. Należy przy tym podkreślić, iż nie jest to w żadnym wypadku efekt niewiedzy tych podmiotów, ale obiektywnej niemożliwości przewidzenia oceny UOKiK. Przedsiębiorcy nie znając uzasadnień dotychczas wydanych decyzji wyrażających zgodę na koncentracje w danym sektorze mogą zakładać, iż UOKiK przyjął preferowaną przez nich definicję rynku, w związku z czym ich łączny udział po dokonaniu koncentracji będzie niewielki. W oparciu o te założenia może zostać rozpoczęty proces transakcyjny, trwający kilka miesięcy i angażujący znaczne środki finansowe. Tymczasem, po zgłoszeniu zamiaru koncentracji może okazać się, że UOKiK preferuje węższą definicję rynków właściwych, w związku z czym łączny udział stron koncentracji rośnie do poziomu zagrażającego wydaniu zgody na koncentrację.

Opisane zagrożenia uzasadniają, w mojej ocenie, opinię, iż lepsze dla rozwoju świadomości prawa konkurencji i zachowania zgodności działań przedsiębiorców z jego wymogami, byłoby prowadzenie mniejszej ilości spraw koncentracyjnych, dotyczących naprawdę poważnych zagrożeń dla rynku, przy zachowaniu reguł proceduralnych nie tylko ustawy, ale także k.p.a. i skutkujących wydaniem decyzji z uzasadnieniem mającym walor edukacyjny dla zgłaszających kolejne koncentracje. Wpisywałoby się to w prowadzoną aktualnie przez UOKiK akcję promowania wiedzy na temat postępowań koncentracyjnych<sup>21</sup>. W tej chwili można niestety odnieść wrażenie pewnego rozdzwiewku tych działań medialnych i praktyki orzeczniczej Prezesa UOKiK. O ile bowiem wiele mówi się i pisze o regułach koncentracji, ale na bardzo dużym poziomie ogólności, o tyle w sytuacjach, w których przedsiębiorcy najbardziej potrzebowaliby praktycznych wskazówek ze strony UOKiK, organ ten rezygnuje z uzasadniania decyzji koncentracyjnych. Przykładowo, spośród 25 decyzji koncentracyjnych wydanych w 2010 r., które zostały opublikowane na stronie UOKiK<sup>22</sup>, aż 23 nie zawiera uzasadnienia, a jedynie sentencję. Tego typu jednostronicowe decyzje dotyczą niestety także tak kluczowych, a jednocześnie powodujących znaczące wątpliwości interpretacyjne rynków, jak rynek telekomunikacyjny<sup>23</sup>, czy rynek energetyczny<sup>24</sup>. Jednocześnie, UOKiK wydaje decyzje z uzasadnieniami w sprawie koncentracji na rynkach mających nieporównywalnie mniejsze znaczenie ekonomiczne i niewywołujących znaczących problemów interpretacyjnych, jak np. rynek przetwórstwa mleka i produkcji serów<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> Zestaw działań UOKiK w tym zakresie opisany jest m.in. na stronie internetowej [http://www.uokik.gov.pl/fuzje\\_pod\\_kontrola.php](http://www.uokik.gov.pl/fuzje_pod_kontrola.php).

<sup>22</sup> Lista dostępna na stronie internetowej [http://www.uokik.gov.pl/decyzje\\_prezesa\\_uokik3.php](http://www.uokik.gov.pl/decyzje_prezesa_uokik3.php).

<sup>23</sup> Np. decyzje bez uzasadnień wydane w sprawach nabycia przez Netia S.A. kontroli nad Crowley Data Poland (decyzja z 5.12.2011 r., DKK-152/11) oraz Telefonią Dialog S.A. (decyzja z 8.12.2011 r., DKK-156/11).

<sup>24</sup> Np. decyzja bez uzasadnienia wydana w sprawie nabycia przez Kulczyk Holding S.A. kontroli nad ENEA S.A. (decyzja z 9.12.2010 r., DKK-132/2010).

<sup>25</sup> Np. decyzja z uzasadnieniem wydana w sprawie połączenia Spółdzielni Mleczarską „MLEKOVITA” i Spółdzielni Mleczarskiej w Białej Podlaskiej (decyzja z 30.11.2011 r., DKK-150/2011).

## V. Możliwe zmiany prawa

W dniu 28.03.2012 r. odbyła się konferencja pt. „Jak skutecznie chronić rynek – czas na zmiany w prawie?”<sup>26</sup>. W jej trakcie przedstawiciele UOKiK zaprezentowali założenia zmian w ustawie, także w zakresie przepisów dotyczących kontroli koncentracji, dzięki którym część opisanych powyżej problemów może zostać rozwiązana. Planowane zmiany, jak podkreślali przedstawiciele UOKiK, o charakterze ewolucyjnym, a nie rewolucyjnym, mają dotyczyć zarówno przesłanek dotyczących zgłoszenia zamiaru koncentracji, jak i samej procedury postępowań koncentracyjnych.

Zmiany dotyczące przesłanek zgłoszenia zamiaru koncentracji mogą doprowadzić zarówno do zmniejszenia, jak i do zwiększenia ilości zgłaszanych koncentracji. Ograniczenie ilości notyfikacji spowoduje zapewne wprowadzenie wymogu, iż warunkiem zgłoszenia wszystkich rodzajów koncentracji, w tym także fuzji i tworzenia wspólnym przedsiębiorców, będzie osiągnięcie przez uczestników tych koncentracji obrotu w Polsce przewyższającego równowartość 10 mln euro (nie jest jeszcze jasne, czy każdy z uczestników transakcji musi osiągać taki obrót w Polsce, czy wystarczy, że tylko jeden spełnia ten wymóg). Ten przepis przyczyniłby się na pewno do ograniczenia ilości zgłoszeń do UOKiK koncentracji eksterytorialnych niemających w istocie żadnego wpływu na rynek polski.

Natomiast zwiększenia ilości zgłoszeń koncentracyjnych można spodziewać się po wprowadzeniu w życie dwóch innych propozycji.

Pierwsza z nich zakłada, iż do obrotów grup kapitałowych branych pod uwagę w celu sprawdzenia przekroczenia progów uzasadniających konieczność zgłoszenia zamiaru koncentracji, wliczane będą w odpowiedniej proporcji obroty podmiotów współkontrolowanych przez te grupy kapitałowe. Ta propozycja stanowi odejście od dotychczasowego orzecznictwa Prezesa UOKiK, w którym wyrażano pogląd, iż podmiot współkontrolowany nie należy do żadnej z grup kapitałowych podmiotów go kontrolujących. Planowana zmiana może przyczynić się do wzrostu ilości zgłoszeń koncentracyjnych ze strony przede wszystkim grup inwestorów finansowych, którzy zazwyczaj lokując środki w określonych spółkach gwarantują sobie zabezpieczenie inwestycji w postaci praw interpretowanych co najmniej jako współkontrola pasywna. O ile dotychczas obroty z takich spółek nie były brane pod uwagę przy ocenie obrotów na potrzeby zgłoszeń koncentracyjnych, o tyle po wprowadzeniu planowanych zmian w wielu przypadkach mogą one przesądzać o konieczności dokonania notyfikacji.

Druga zmiana polegałaby na objęciu kontrolą kilku transakcji tych samych podmiotów rozłożonych w czasie. Chodzi przede wszystkim o przypadki nabycia majątku w częściach, podzielonych w taki sposób, aby nie można było im przypisać obrotu przekraczającego 10 mln euro, w celu uniknięcia zgłoszenia do UOKiK. Planowana zmiana ma umożliwić zsumowanie obrotów majątku nabywanego w ramach tych kolejnych transakcji i uzasadnić konieczność ich zgłoszenia, jeżeli łącznie obrót tych części będzie przekraczał 10 mln euro. Nie sposób odmówić zasadności planowanej zmiany w sytuacji, w której będzie ona miała na celu wykrywanie sztucznych podziałów w celu uniknięcia zgłoszenia zamiaru koncentracji. Kluczowe będzie tu jednak prawidłowe określenie przedziału czasowego decydującego o możliwości łączenia pozornie odrębnych transakcji. Musi być to stosunkowo krótki czas, a nie okres np. kilkuletni. W przeciwnym razie przymusowym zgłoszeniem koncentracji objęte byłyby transakcje, które z założenia nie miały na celu ominięcia prawa, ale faktycznie były wynikiem decyzji biznesowych w danym czasie zmierzających do nabywania mniejszych partii majątku.

<sup>26</sup> Informacje na temat konferencji dostępne na stronie internetowej [http://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news\\_id=3323](http://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=3323).

Zmiana procedury postępowań koncentracyjnych ma przynieść długo oczekiwany podział postępowań na 2 fazy. W pierwszej fazie, nieprzekraczającej 30 dni i kończącej się wydaniem zgody na koncentrację, miałyby być rozpatrywane sprawy nieskomplikowane. Do drugiej fazy, nieprzekraczającej 4 miesięcy, miałyby być przekazywane sprawy skomplikowane. Przed zakończeniem badania w fazie drugiej, jeżeli powstawałyby wątpliwości co do możliwości wydania zgody bezwarunkowej, podmiot zgłaszający koncentrację otrzymywałby od UOKiK formalne zawiadomienie o zastrzeżeniach, co do których mógłby się ustosunkować. Efektem dalszych prac w fazie drugiej byłoby wydanie albo decyzji bezwarunkowej, albo decyzji warunkowej, albo wreszcie zakazu koncentracji.

Powyższa propozycja, co do założenia słuszna, budzi jednak co najmniej dwie wątpliwości. Po pierwsze, oczekiwane zmiany dotyczące usprawnienia i skrócenia procesu oceny koncentracji będzie bardzo trudno osiągnąć, jeżeli w dalszym ciągu terminy 30 dni dla fazy pierwszej i 4 miesięcy dla fazy drugiej, nie będą miały charakteru sztywnego i będą mogły być przedłużane praktycznie bez żadnych ograniczeń w drodze pism wysyłanych przez UOKiK.

Po drugie, koncepcja formalnego zawiadomienia o zastrzeżeniach nie rozwiązuje opisanego wyżej generalnego problemu braku przestrzegania art. 74 uokik z 2007 r. w odniesieniu do wszystkich postępowań koncentracyjnych, a nie tylko tych najtrudniejszych. UOKiK przedstawiając propozycję zawiadomienia o zastrzeżeniach w swoim komunikacie pisze: „Rozwiązaniem korzystnym dla profesjonalnych uczestników rynku będzie także wprowadzenie tzw. *competition concern*. Oznacza to, że w trakcie prowadzonego postępowania – w sprawach skomplikowanych i takich, gdzie nie będzie możliwe wydanie zgody na transakcję – Urząd będzie informował przedsiębiorcę o swoich zastrzeżeniach. Dzięki temu, jeszcze w toku trwającego postępowania będzie on znał potencjalne rozstrzygnięcie i pod tym kątem podejmował decyzje biznesowe”<sup>27</sup>. Nie sposób nie odnieść wrażenia, że zmiana ta przedstawiana jest jako pewien dobrowolny „ukłon” UOKiK w stronę przedsiębiorców biorących udział w postępowaniach koncentracyjnych. Tymczasem, dużo szersze uprawnienia proceduralne gwarantowane są im już aktualnie zarówno przez uokik, jak i k.p.a., tylko nie są respektowane przez UOKiK. Nie ma więc potrzeby, aby to nowe rozwiązanie w ogóle musiało być formalnie wprowadzane do ustawy, skoro ono już w niej funkcjonuje i wymaga tylko konsekwentnego przestrzegania we wszystkich postępowaniach.

Przedstawiciele UOKiK planują zgłoszenie propozycji zmian ustawy do konsultacji w maju 2012 r. Należy mieć nadzieję, iż rozwiązania zmian wypracowane w procesie legislacyjnym, uwzględniające także uwagi przedstawicieli doktryny i praktyków zajmujących się prawem konkurencji, przyczynią się do usprawnienia i przyspieszenia procesu kontroli koncentracji w Polsce.

<sup>27</sup> Komunikat dostępny na stronie internetowej [http://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news\\_id=3330](http://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=3330).