

## Wybrane zagadnienia kontroli koncentracji.

Konferencja Koła Naukowego Ochrony Konkurencji i Konsumentów WZ UW (27.09.2012)

W dniu 27.03.2012 r. na Uniwersytecie Warszawskim odbyła się konferencja naukowa poświęcona wybranym zagadnieniom kontroli koncentracji, której organizatorem było Koło Naukowe Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Moderatorem spotkania była przewodnicząca koła Paula Grzejszczak oraz dr Marta Sendrowicz, opiekun naukowy koła.

Pierwszy referat wygłosiła **Lucyna Kołnierzak** straszny specjalista w Departamencie Kontroli Koncentracji, przedstawiając najnowsze propozycje UOKiK w zakresie zmiany ustawy. W celu poprawy dostrzeżonych niedoskonałości proponowane są:

a) rozszerzenie katalogu przesłanek wyłączających z art. 14 pkt 1 ustawy o utworzenie nowego przedsiębiorcy (joint venture) oraz nabycie mienia w toku postępowania upadłościowego, uwzględniając jednak dotychczasowy próg obrotu tj. 10 mln euro;

b) uwzględnienie przy obliczaniu obrotów kilku następujących po sobie transakcji jako jedną koncentrację (jeżeli przejście kontroli lub nabycie mienia przedsiębiorców należących do tej samej grupy kapitałowej następuje w okresie 2 lat);

c) zmiana w zakresie liczenia obrotu dla grup kapitałowych w zależności od rodzaju sprawowanej kontroli; w przypadku sprawowania kontroli wspólnej (przykładowo jeśli udział kapitałowy wynosi 50% uwzględniany będzie obrót na poziomie 50%);

d) wprowadzenie możliwości utajnienia sentencji decyzji w części dotyczącej terminu spełnienia warunków jeśli mogłoby to spowodować poważne naruszenie interesów przedsiębiorcy.

Ponadto UOKiK postuluje znaczące przeformułowanie procesu kontroli koncentracji. Przede wszystkim ma być wprowadzona procedura dwuetapowa. W przypadku koncentracji prostszych przewidziana byłaby jedna faza, zaś decyzja powinna być wydana w ciągu miesiąca. Z kolei koncentracje trudniejsze i budzące zastrzeżenia z punktu widzenia ochrony konkurencji w oparciu o postanowienie kierowane byłyby do drugiej fazy postępowania. Następnie należałoby przeprowadzić dokładne analizy rynku i otoczenia konkurencyjnego. Proces ten w zależności od rezultatu miałby zakończyć się wydaniem zgody albo formalnego zawiadomienia o zastrzeżeniach (tzw. *competition concern*) w połączeniu z propozycją warunku ze strony organu. Podobnie jak obecnie jego akceptacja spowodowałaby wydanie decyzji warunkowej, zaś jej brak decyzji zakazującej. W odniesieniu do koncentracji, które trafią do drugiej fazy postępowanie miałyby zakończyć się w ciągu 4 miesięcy.

W toku dyskusji zwrócono uwagę na stosunkowo długi okres rozpatrzenia spraw skierowanych do drugiego etapu (120 dni) w odniesieniu do unormowań europejskich (90 dni i 115 przy decyzji warunkowej). Trzeba też nadmienić, iż każde pytanie skierowane do strony zgłaszającej dodatkowo wydłuży ten termin, co zdaje się nie odpowiadać postulatowi regulacji prorynkowej z uwagi na fakt, iż dla przedsiębiorcy czynnik czasowy odgrywa kluczową rolę.

Ponadto pojawiła się propozycja wprowadzenia możliwości utajnienia faktu zgłaszania niektórych koncentracji na uzasadniony wniosek przedsiębiorcy będącego spółką publiczną. Taka informacja nie pozostaje bowiem bez wpływu na wartość przedsiębiorstwa, a zatem jej upublicznienie można by opóźnić.

Drugim prelegentem była **mec. Agnieszka Stefanowicz-Barańska**, która poruszyła bardzo ciekawe zagadnienia związane z odpowiednią kwalifikacją transakcji jako typu koncentracji na gruncie polskiej ustawy. Wnioski stąd płynące porównała z odpowiednimi uregulowaniami prawa europejskiego w tym zakresie. Omówiona została tematyka nabywania udziałów mniejszościowych, unii personalnej a także innych szczególnych form przejęcia kontroli. Zwrócono również uwagę na zbieg różnych form koncentracji.

Następnie swoją prezentację przedstawiła **Paulina Komorowska**, która omówiła problematykę utworzenia wspólnego przedsiębiorcy (joint venture) na gruncie prawa polskiego i europejskiego. Podstawowe znaczenie ma tutaj podział tworzonych przedsiębiorstw na te o charakterze koncentracyjnym i kooperacyjnym.

Prelegentka uwypukliła różnicę w podejściu do przedsiębiorstw o charakterze kooperacyjnym na gruncie prawa europejskiego i polskiego. Jeśli chodzi o regulację wspólnotową oceniane są one przez pryzmat art.101 TFUE, a zatem ocena jest dokonywana po tym jak porozumienia zaczną być wykonywane. Odwrotnie w prawie polskim, porozumienia tego samego rodzaju podlegają kontroli koncentracji, a więc ich ocena dokonywana jest już na etapie zamiaru, w kontekście przepisów regulujących kontrolę koncentracji. W ocenie autorki rozważenia wymaga słuszność takiego podejścia.

W toku niezwykle ciekawej dyskusji pojawiły się propozycje zmiany definicji „utworzenia wspólnego przedsiębiorcy”, a także pojęcia „przejęcia kontroli”. Jak wskazała jednak przedstawicielka UOKiK utrzymanie rozróżnienia tych dwóch instytucji wydaje się być konieczne.

Kolejny panel otworzyła **dr Małgorzata Kozak**, która omówiła problematykę kontroli koncentracji spółek z udziałem Skarbu Państwa. Wskazała przy tym na uregulowania prawa europejskiego w kontekście poszanowania zasady niedyskryminacji i brak odpowiednich uregulowań w polskiej ustawie antymonopolowej. Sytuacja ta w jej ocenie rodzi cały szereg dylematów związanych z prawidłową oceną koncentracji zgłaszanych przez podmioty z udziałem Skarbu Państwa. Co prawda, jak słusznie wskazano w części dyskusyjnej, w polskim prawie zasada niedyskryminacji wynika z samej Konstytucji, niemniej jednak wiele problemów pozostaje wciąż nierozwiązanych. Prelegentka zwróciła szczególną uwagę na kompetencję Prezesa UOKiK do wydania zgody nadzwyczajnej, co stało się kwestią szczególnie aktualną w kontekście ostatnich decyzji dotyczących spółek PGE i Energa<sup>1</sup>.

Tematem kolejnego referatu była odpowiedzialność deliktowa UE oraz Skarbu Państwa za szkodę wynikającą z niezgodnych z prawem decyzji zakazujących koncentracji. Prelegent **Maciej Syska** dokonał szczegółowego omówienia przesłanek odpowiedzialności głównie w oparciu o decyzje i orzeczenia w sprawie Schneider. Następnie wskazał na problemy proceduralne związane z dochodzeniem odszkodowania ze szczególnym uwzględnieniem prawodawstwa polskiego. Podstawowe pytanie jakie pojawia się na tym gruncie dotyczy tego czy decyzja UOKiK jest decyzją ostateczną i może służyć jako podstawa odpowiedzialności, czy też konieczne jest orzeczenie sądu w tym zakresie.

W kolejnej części konferencji pierwszym z prelegentów był **Szymon Syp**, który omówił doktrynę upadającej firmy (*failing firm defense*). Autor przedstawił tę koncepcję jako jedną z metod obrony dla strony zgłaszającej, która może doprowadzić do wydania zgody na koncentrację w momencie gdy organ ma zastrzeżenia co do jej wpływu na konkurencję. Zgodnie z orzecznictwem europejskim jej zastosowanie możliwe jest jedynie w wyjątkowych sytuacjach po spełnieniu trzech podstawowych

<sup>1</sup> Decyzja DKK-1/2011 PGE v. PGE/Energa oraz decyzja DOK-163/04 PGE v. PGE/Energa.

przesłanek. Pierwszą z nich jest nieuchronność wyparcia z rynku przedsiębiorstwa, które popadło w poważne trudności finansowe. Drugim wymogiem jest aby nie istniała żadna mniej konkurencyjna alternatywa zakupu w stosunku do przedmiotowej koncentracji. Wreszcie konieczne jest zbadanie czy w razie braku dojścia koncentracji do skutku aktywa przedsiębiorstwa nieuchronnie opuściły rynek. Ciężar dowodu w zakresie wszystkich przesłanek spoczywa na stronach zgłaszających. W polskim prawodawstwie jak dotąd brak jest odniesień do doktryny upadającej firmy. Jednakże nawiązania do niej znalazły się w uzasadnieniach dwóch decyzji Prezesa UOKiK (decyzja nr DKK 1/11 oraz decyzja nr DKK 12/11).

Kolejnym prelegentem była **dr Marta Sendrowicz**, która przedstawiła niezwykle ciekawy problem wymiany informacji w procesie zgłaszania zamiaru koncentracji. Zagadnienie to nabiera szczególnego znaczenia w momencie gdy planowana jest koncentracja pomiędzy konkurentami, wówczas bowiem pojawia się ryzyko naruszenia art. 101 TFUE i 6 ustawy antymonopolowej. W tym kontekście kluczowe jest pytanie jakiego typu dane mogą wymieniać między sobą przedsiębiorcy. Pewną dyrektywą w tym zakresie są Wytyczne w sprawie horyzontalnych porozumień kooperacyjnych. Zgodnie z ich brzmieniem dopuszczalna jest wymiana tych informacji, które są absolutnie niezbędne do podjęcia decyzji. Oczywiście problematyczne jest stwierdzenie jakiego rodzaju dane można określić jako „absolutnie niezbędne”. Z pewnością należałoby rozpatrywać tę kwestię *a casu ad casum*.

Swoistym rozwiązaniem wspomnianego problemu jest zaangażowanie zewnętrznych doradców, którzy wypracują dla zarządu spółki stosowne rekomendacje w oparciu głównie o dane zagregowane. Wiadomym jest jednak, że przedsiębiorców interesują głównie prognozy na przyszłość. Dlatego też ważne jest sformułowanie odpowiedniej umowy o zachowaniu poufności. Co jednak stanie się z dokumentami gdy transakcja nie dojdzie do skutku? Jak widać zatem wyraźnie, wobec mnogości problemów, którym muszą stawić czoła przedsiębiorcy zasadne wydaje się sformułowanie postulatu aby w Wyjaśnieniach Prezesa UOKiK wprowadzić chociażby wstępne wskazówki w tym zakresie.

Ostatni panel otworzyła **mec. Małgorzata Sz waj**, która omówiła zagadnienie decyzji warunkowych. Problematyka ta została przedstawiona z uwzględnieniem takich aspektów jak: przyczyny ich nakładania, cele, rodzaje warunków oraz procedura w tym zakresie. Największe zainteresowanie wzbudziły jednak postulaty na przyszłość zgłoszone przez prelegentkę. Objęły one przede wszystkim wprowadzenie pisemnego przedstawienia zarzutów wobec koncentracji aby wyeliminować sytuację, w której tak jak obecnie przedsiębiorca musi się domyślać jakie są zastrzeżenia i w jaki sposób wyznaczone zostały rynki właściwe. Prelegentka podkreśliła, iż na gruncie prawa europejskiego cały proces ma charakter jawny łącznie z upublicznieniem warunków proponowanych przez KE. Stąd też wniosek aby podobne rozwiązania wprowadzić na gruncie polskiego ustawodawstwa łącznie z możliwością konsultacji zaproponowanego przez organ warunku z osobami trzecimi.

Kolejne postulaty dotyczyły sposobu realizacji warunku. Zgodnie z wnioskami autorki przedmiotem warunku powinna być sprzedaż rentownego przedsiębiorstwa zdolnego do skutecznego i trwałego konkurowania. Wskazane byłoby monitorowanie tego procesu przez zarządcę, połączone z obowiązkiem odrębnego zarządzania zbywanym majątkiem w okresie przejściowym. Wreszcie sprzedaż winna być dokonywana na rzecz wskazanego uprzednio nabywcy. Ta ostatnia instytucja akceptacji nabywcy stała się przedmiotem pytań w części dyskusyjnej. Podkreślono, iż nie znajduje ona żadnego odzwierciedlenia w obowiązujących przepisach prawnych, nie jest także wydawane postanowienie w tej materii. Ponownie więc pojawił się postulat uzupełnienia Wytycznych o szczegółowe opisanie

procesu wydawania decyzji warunkowej, tak aby zapewnić większą transparentność procedury oraz przewidywalność z punktu widzenia przedsiębiorcy.

Ostatni referat w ramach konferencji był wystąpieniem studenckim wygłoszonym przez **Ewę Lewandowską** – studentkę WPiA Uniwersytetu Łódzkiego. Dotyczył on systemu odsyłania spraw pomiędzy KE a państwami członkowskimi. System ten jak wyjątek od zasady *one-stop-shop* obejmuje kilka wariantów. Odesłanie możliwe jest dwukierunkowo tzn. zarówno przez KE do państwa członkowskiego jak i na odwrót. Na etapie przednotyfikacyjnym odesłanie następuje na wniosek przedsiębiorców dokonujących koncentracji. Z kolei na etapie postnotyfikacyjnym odesłanie dokonywane jest w oparciu o wniosek państwa członkowskiego po spełnieniu przesłanek określonych w rozporządzeniu.

Konferencję zwieńczyło rozstrzygnięcie konkursu na najlepsze rozwiązanie przypadku z zakresu prawa konkurencji. Następnie głos zabrał **dr Wojciech Rogowski**, przedstawiciel Instytutu Allerhanda, który zaprezentował zgromadzonym działalność instytutu.

Podsumowując stwierdzić należy, iż spotkanie zgromadziło wybitnych specjalistów z zakresu prawa konkurencji, jak również pracowników naukowych i licznie reprezentowane grono studentów. Dzięki temu po każdej prelekcji trwała ożywiona dyskusja, przedstawiono ciekawe spostrzeżenia i propozycje zmian w prawie. Wszystkie te postulaty wydają się być szczególnie aktualne w kontekście proponowanych przez UOKiK zmian do ustawy antymonopolowej.

### **Elżbieta Krajewska**

Prawnik i ekonomista; Stały Współpracownik CARS;  
współpracownik kancelarii SPCG sp.k.;  
aplikant adwokacki ORA w Warszawie.