

**Sprawozdanie z warsztatów pt.
„Kontrola koncentracji – nowe wyzwania w Europie”
(12 września 2013, Urząd Ochrony Konkurencji
i Konsumentów, Warszawa)**

W dniu 12 września 2013 roku w Centrum Konferencyjnym Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie odbyły się warsztaty zatytułowane *Kontrola koncentracji – nowe wyzwania w Europie*. Warsztaty towarzyszyły zorganizowanemu przez Prezesa UOKiK spotkaniu Europejskiej Grupy ds. Koncentracji. Uczestnikami paneli warsztatowych byli zarówno pracownicy Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Komisji Europejskiej oraz organów antymonopolowych m.in. Wielkiej Brytanii, Niemiec czy Irlandii, jak i praktycy prawa konkurencji z Polski, Niemiec, Irlandii oraz Belgii.

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w przemówieniu otwierającym warsztaty wspomniała że: „Przejęcia i fuzje przedsiębiorstw są zjawiskiem pozytywnym. Prowadzą do lepszej alokacji kapitału, wzmocnienia potencjału przedsiębiorców, co może przyczyniać się do postępu technicznego, lepszej jakości i większej dostępności towarów i usług, niższej ceny dla konsumentów. Dla wielu firm, szczególnie w czasach kryzysu gospodarczego, są szansą i koniecznością, by rozwijać działalność. Jak uczy doświadczenie, negatywne konsekwencje koncentracji tylko w nielicznych przypadkach zmuszają urzędy ochrony konkurencji do interwencji w postaci zakazu, czy też decyzji warunkowej”.

Warsztaty podzielone zostały na dwa główne panele. Pierwszy z nich składał się z trzech części: dotyczącej uproszczenia procedur w unijnym rozporządzeniu w sprawie kontroli koncentracji, dotyczącej kontroli pakietów mniejszościowych oraz dotyczącej przekazywania spraw pomiędzy Komisją Europejską a krajowymi organami ochrony konkurencji. Drugi panel poświęcono w całości zagadnieniu środków zaradczych – zobowiązań stosowanych przez urzędy antymonopolowe w decyzjach dotyczących koncentracji przedsiębiorców.

Uczestnikami pierwszego z przedstawianych paneli byli: Maria Ulfvensjo Baltazis ze szwedzkiego organu antymonopolowego, Jens Peter Schmidt Partner w kancelarii Mayer Brown, Frank Montag Partner w kancelarii Freshfields Brackhaus Deringer, Johannes Lubking Naczelnik Wydziału w Dyrekcji Generalnej ds. Konkurencji Komisji Europejskiej, Perre Goffinet z belgijskiego organu antymonopolowego oraz Krzysztof Kanton Partner w kancelarii Sołtysiński Kawecki & Szlęzak.

W przemówieniu wprowadzającym Johannes Lubking przyznał, że chociaż Rozporządzenie 139/2004 oceniane jest jako generalnie właściwie działające narzędzie prawne, to jak każdy tego typu instrument powinno być regularnie unowocześniane. Dlatego też celem planowanych zmian jest m.in. usprawnienie i przyspieszenie czasu wydawania decyzji przez Komisję Europejską.

Wyróżnić należy trzy rodzaje planowanych zmian w Rozporządzeniu 139/2004. Po pierwsze, usprawnienie procedur i usunięcie nadmiernych barier biurokratycznych, w szczególności dotyczących mniej skomplikowanych koncentracji oraz skupienie zasobów Komisji na koncentracjach problematycznych. Uproszczenie procedur zakłada m.in. próbę przesunięcia ok. 10%

spraw z do tzw. procedury uproszczonej, co w konsekwencji skumuluje ok 70% transakcji w tym typie notyfikacji. Usunięcie procedur biurowatycznych ma odbyć się m.in. poprzez zmniejszenie zakresu informacji wymaganych w formularzach zgłoszeniowych Form CO, Short Form CO oraz Form RS. Reforma zakłada również przyspieszenie procesu przednotyfikacyjnego. Konsultacje publiczne co do uproszczenia procedury notyfikacyjnej odbyły się w pierwszej połowie 2013 roku i spotkały się z aprobatą konsultujących je stron.

Po drugim panel zajął się także problemem udziałów mniejszościowych w procesie kontroli koncentracji. Komisja Europejska planuje bowiem rozszerzenie przeprowadzanej przez nią kontroli na koncentracje obejmujące nawet taki udział kapitałowy (możliwe jest wprowadzenie w tym zakresie systemu kontroli *ex ante*), gdyż może on prowadzić do zmniejszenia konkurencyjnych bodźców kierujących przedsiębiorcami po dokonaniu transakcji. W tym zakresie artykuły 101 oraz 102 TFUE uznawane są za niewystarczające. Wyzwaniem stojącym przed Komisją jest wykreowanie właściwego systemu kontroli, który będzie obejmował właściwe sprawy (generujące zagrożenia dla konkurencji), nie będzie powodował niepotrzebnego obciążania administracyjnego oraz będzie pasował do obecnego systemu kontroli. Z powodu problematyczności takich koncentracji Frank Montag zaproponował stworzenie testu, w związku z którym wyróżniać należy problematyczne koncentracje z udziałem mniejszościowym, które miałyby podlegać badaniu Komisji. Test ten zawiera trzy przesłanki:

- powiązanie strukturalne pomiędzy przedsiębiorcami,
- znaczący wpływ na przedsiębiorcę (poprzez posiadania udziału mniejszościowego),
- relacje konkurencyjne pomiędzy badanymi podmiotami (zarówno horyzontalne, jak i wertykalne).

Peter Schmidt stwierdził natomiast, że przy planowaniu kontroli takich koncentracji trzeba brać pod uwagę krajowe prawo handlowe i obostrzenia związane z udziałami mniejszościowymi, różniące się w każdym kraju członkowskim Unii Europejskiej.

Najmniejsze kontrowersje w opisywanym panelu dotyczyły planowanych zmian w tzw. *case referrals*, a więc delegowania oceny koncentracji z państw członkowskich do Komisji i odwrotnie. Stwierdzono w tym miejscu, że system stworzony przez Rozporządzenie 139/2004 w tym aspekcie działa efektywnie, a jego reforma usuwająca część procedury zgłoszeniowej jeszcze bardziej usprawni obecną formułę. Przedstawione zmiany zakładają m.in. możliwość samodzielnego notyfikowania koncentracji do Komisji przez jej uczestników (art. 4(5) Rozporządzenia 139/2004).

Drugi z zaplanowanych paneli zatytułowany *Zakaz czy zgoda warunkowa – kluczowe czynniki decydujące o doborze i kształcie warunków* dotyczył środków zaradczych stosowanych przez urzędy antymonopolowe w decyzjach dotyczących koncentracji przedsiębiorców. W panelu wzięli udział Lucyna Kołnierzak Specjalista UOKiK, Marcin Kolasiński Partner w kancelarii Baker & McKenzie Krzyżowski i Wspólnicy, a także Carol Begent Zastępca Głównego Doradcy ds. Prawnych oraz Dyrektor ds. Międzynarodowych Brytyjskiej Komisji ds. Konkurencji. Oprócz praktyków prawa ochrony konkurencji w panelu uczestniczyli przedstawiciele świata biznesu: Simon Boyd Prezes Zarządu UPC Polska oraz Juliusz Komorek Dyrektor ds. Prawnych i Regulacyjnych, Sekretarz Spółki Ryanair, spółek, które w ostatnich latach zetknęły się z decyzjami Prezesa UOKiK lub Komisji Europejskiej, których częścią była analiza środków zaradczych.

Wypowiedzi uczestników panelu przedstawiły ciekawe i różne spojrzenia zarówno na efektywność, jak i kwestie proceduralne związane z zastosowaniem środków zaradczych. W pierwszej

kolejności sposób implementowania oraz początki stosowania zobowiązań w decyzjach koncentracyjnych w Wielkiej Brytanii przedstawiła Carole Begent. Po przedstawieniu krótkiej historii oraz źródeł, na których opierał się brytyjski urząd antymonopolowy w początkowym etapie stosowania takich środków, podkreśliła, że zobowiązania powinny być stosowane w ten sposób, by rzeczywiście stanowić funkcje zaradcze, a nie jedynie łagodzić antykonkurencyjne skutki koncentracji.

Jednocześnie w tej części panelu zauważone zostały główne rodzaje ryzyka, które powinny być brane pod uwagę przy projektowaniu zobowiązań strukturalnych:

- ryzyko dla konkurencji,
- ryzyko nabywców (zainteresowanie rynkowe częścią przedsiębiorstwa będącego treścią środka zaradczego),
- ryzyko wdrożenia środka zaradczego w życie (czasookres inwestycji).

Natomiast jako czynniki istotne dla zobowiązań behawioralnych wymienione zostały: wyrazistość/klarowność takiego środka służąca łatwej ocenie czy jest on rzeczywiście przestrzegany przez przedsiębiorcę oraz monitoring służący obserwowaniu i pilnowaniu jego zastosowania.

Biorąca udział w panelu przedstawiciel Prezesa UOKiK podkreśliła natomiast, że z punktu widzenia Urzędu najlepszymi środkami są środki strukturalne ze względu na ich łatwą egzekwowalność.

Bardzo ciekawą wypowiedź, wskazującą brak przekonania do zastosowania środków strukturalnych jako łatwiejszych w przeprowadzeniu, przedstawił natomiast Simon Boyd Prezes UPC Polska, spółki, na którą w 2010 roku nałożone zostało zobowiązanie do wyzbycia się części mienia przedsiębiorcy w związku z decyzją w sprawie koncentracji UPC Polska i Aster. Podkreślił on po pierwsze głęboką ingerencję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wybór podmiotu, któremu sprzedawana jest część przedsiębiorstwa będąca przedmiotem wydzielenia, co z punktu widzenia przedsiębiorcy stanowi przeszkodę w jego skutecznym zastosowaniu. W rzeczywistości bowiem sprzedaż wskazanych aktywów musi zostać zaakceptowana przez organ antymonopolowy, co generuje dodatkowe koszty i alokuje zasoby zarówno przedsiębiorcy, jak i Prezesa UOKiK, w skrupulatną analizę ekonomiczną proponowanych podmiotów. Ze strony przedsiębiorcy zwiększają się również koszty obsługi prawnej i ekonomicznej, niezbędnej dla wyboru podmiotu będącego akceptowalnym dla Prezesa UOKiK. Z powodu powyższego Prezes UPC Polska poddał w wątpliwość czy rzeczywiście środki strukturalne generują mniejsze problemy w zastosowaniu niż jego zdaniem, bardziej komfortowe z punktu widzenia przedsiębiorców, zobowiązania behawioralne.

W czasie przeznaczonym dla Juliusza Komorka uczestnicy konferencji zapoznali się z problemami wynikającymi z zablokowanej w lutym 2013 roku przez Komisję Europejską koncentracji polegającej na zakupie przez Ryanair 70% akcji (prowadzącej do przejęcia całościowego pakietu akcji) w linii lotniczej AL. Transakcja opiewała na sumę 694 mln euro, a spółka Ryanair zaproponowała Komisji Europejskiej zarówno strukturalne, jak i behawioralne środki zaradcze. Proponowane przez przejmującego warunki zostały ukształtowane na podstawie środków zaradczych zastosowanych w poprzednich koncentracjach dotyczących rynku linii lotniczych. Podczas procedury spółka zaproponowała komisji 6 różnych kombinacji zobowiązań (w tym 4 oficjalne). Jednym z nich było zawarcie Blocked Space Agreement dotyczącego konkurencji cenowej, drugim wydzielenie około połowy przejmowanego podmiotu do sprzedaży innej linii lotniczej. W wydzielonej części linii lotniczej miały znaleźć się m.in. samoloty, personel czy inne składniki samodzielnej

linii lotniczej. Środki te zostały jednak uznane przez Komisję Europejską za niewystarczające, aby w ogólnym rozrachunku powstrzymać antykonkurencyjne skutki związane ze wzrostem siły ekonomicznej Ryanair.

Główne pytania, co do zastosowania środków zaradczych w praktyce, przedstawił Marcin Kolasiński. Po pierwsze, wskazał na czas, w którym organy ochrony konkurencji winny wskazać możliwe zagrożenia wynikające z planowanej koncentracji, tak by uniknąć sytuacji, kiedy uczestnicy koncentracji zostają przymuszeni do akceptacji proponowanych warunków z uwagi na krótki okres do zamknięcia transakcji. Wskazanie takiego momentu pozwoli bowiem na rzetelne przeprowadzenie analizy oraz negocjacji z organami antymonopolowymi pozwalającej na dobór jak najbardziej odpowiedniego środka dla konkretnego przypadku. Ponadto uregulowanie takiego momentu w ustawodawstwie lub aktach *soft law* wydaje się niezbędne dla właściwego zaplanowania i przeprowadzenia całej planowanej transakcji przez przedsiębiorcę, ta bowiem składa się nie tylko z aspektów związanych z prawem ochrony konkurencji, ale głównie z przepisami regulującymi transakcje od strony prywatnoprawnej.

Drugim aspektem poruszonym w tej części panelu był problem podmiotu, który winien proponować środki zaradcze. Wskazane zostało, że takim podmiotem powinien być przedsiębiorca, gdyż to on najlepiej zna warunki i realia panujące na rynku, na którym ma dojść do transakcji, co pozwala na ściślejsze dostosowanie środka zaradczego do sytuacji rynkowej. Trzecim z poruszonych problemów była niezbędność uregulowania procedury, w której powinno dojść do negocjacji środków zaradczych pomiędzy uczestnikami koncentracji a organem antymonopolowym. Wyklarowanie jasnych zasad powinno bowiem przeciwdziałać niepewności uczestników koncentracji dotyczących tego, kiedy i w jakim okresie mogą spodziewać się wskazania środków zaradczych oraz jaki czas pozostaje im na udzielenie odpowiedzi organowi antymonopolowemu na pytanie, czy środek ten powinien zostać zaakceptowany, czy też zmodyfikowany ze względu na specyfikę rynku.

Po blisko 6 godzinach warsztaty zakończyły się podsumowaniem przedstawionych powyżej stanowisk zarówno co do kwestii reformy procedur kontroli koncentracji, jak i zastosowania środków zaradczych podczas badania transakcji.

Dariusz Aziewicz

Doktorant w Zakładzie Europejskiego Prawa Gospodarczego Wydziału Zarządzania UW