

Długa historia przejęcia Reala przez Auchan.

Decyzja Komisji z 7 marca 2013 r., COMP/M.6822
oraz decyzja Prezesa UOKiK z 21 stycznia 2014 r., DKK-4/2014

I. Wymiar wspólnotowy, ale kontrola krajowa (rozstrzygnięcie Komisji)

Zgodnie z art. 4 ust. 1 zd. 1 rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 z 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (dalej: rozporządzenie nr 139/2004)¹, koncentracje o wymiarze wspólnotowym określone w rozporządzeniu zgłasza się Komisji przed ich wykonaniem i po zawarciu umowy, ogłoszeniu publicznej oferty przejęcia lub nabyciu kontrolnego pakietu akcji. Stosownie do art. 4 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004, koncentracja polegająca na łączeniu się w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. a lub przejęciu wspólnej kontroli w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. b zgłaszana jest wspólnie przez strony uczestniczące w połączeniu lub przez przejmujących wspólną kontrolę, w zależności od przypadku; we wszystkich innych przypadkach zgłoszenie jest dokonywane przez osobę lub przedsiębiorstwo przejmujące kontrolę nad całością lub częścią jednego lub więcej przedsiębiorstw. Natomiast art. 4 ust. 4 zd. 1 rozporządzenia nr 139/2004 stanowi, że przed dokonaniem zgłoszenia koncentracji w rozumieniu ust. 1 osoby lub przedsiębiorstwa, o których mowa w ust. 2, mogą poinformować Komisję, w drodze złożenia uzasadnionego wniosku, iż koncentracja może znacząco wpłynąć na konkurencję na rynku państwa członkowskiego, który reprezentuje wszystkie cechy odrębnego rynku i z tego względu powinna zostać zbadana, w całości lub w części, przez to państwo członkowskie.

Komisja otrzymała taki uzasadniony wniosek dotyczący transakcji *Groupe Auchan SA/Real/Real Hypermarket Romania* dnia 31 stycznia 2013 r. Z wniosku wynikało, że koncentracja powinna zostać zbadana w części przez właściwy organ ochrony konkurencji Polski oraz w części przez właściwy organ ochrony konkurencji Rumunii. Zamierzona przez strony transakcja obejmowała przejęcie kontroli przez *Auchan* nad *Real Poland* i *Real Romania* poprzez nabycie udziałów w ich kapitale zakładowym. Wymiar wspólnotowy tej koncentracji nie budził wątpliwości. Dnia 30 listopada 2012 r. *Groupe Auchan SA* z siedzibą w Croix we Francji (przejmujący kontrolę) i *Metro AG* z siedzibą w Dusseldorfie w Niemczech (wyzbywający się kontroli) oraz podmioty z nimi powiązane zawarły umowę sprzedaży dotyczącą jednostek organizacyjnych *Real* w Polsce, Rumunii, Rosji oraz na Ukrainie (łącznie 95 hipermarketów oraz 13 centrów handlowych). Zamiar koncentracji został zgłoszony rosyjskiemu organowi ochrony konkurencji (*Федеральная Антимонопольная Служба*, ang. *Federal Antimonopoly Service*) 29 grudnia 2012 r., a ukraińskiemu organowi ochrony konkurencji (*Антимонопольний Комітет України*, ang. *Antimonopoly Committee of Ukraine*) – 4 stycznia 2013 r.

¹ Dz. Urz. L 24 z 29.01.2004 r., s. 1.

Art. 4 ust. 4 zd. 2 (akapit 2) rozporządzenia nr 139/2004 stanowi, że Komisja niezwłocznie przekazuje otrzymany wniosek do wszystkich państw członkowskich. Komisja wykonała ten obowiązek w tym samym dniu, w którym otrzymała wniosek.

Z art. 4 ust. 4 zd. 3–4 (akapit 2) rozporządzenia nr 139/2004 wynika, że państwo członkowskie wymienione w uzasadnionym wniosku powinno, w terminie 15 dni od otrzymania wniosku, wyrazić zgodę lub sprzeciw wobec wniosku o odesłanie sprawy. W przypadku, gdy państwo członkowskie nie podejmie takiej decyzji w tym terminie, uważa się tym samym, że wyraziło zgodę na odesłanie sprawy. Zarówno Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK), jak i rumuńska Rada Konkurencji (*Consiliul Concurentei*), pismami z 13 lutego 2013 r. wyraziły zgodę na odesłanie im sprawy.

Brak sprzeciwu państwa członkowskiego jest tylko jedną z przesłanek decyzji o odesłaniu sprawy przez Komisję do właściwych organów państwa członkowskiego. Kolejnymi przesłankami – w myśl art. 4 ust. 4 zd. 5 (akapit 3) rozporządzenia nr 139/2004 – są: (1) uznanie przez Komisję, że istnieje rynek państwa członkowskiego, który reprezentuje wszystkie cechy odrębnego rynku; (2) uznanie przez Komisję, że koncentracja może mieć znaczący wpływ na konkurencję na tym rynku.

W sprawie *Groupe Auchan/Reall/Real Hypermarket Romania* Komisja nie miała wątpliwości, że rynki, których dotyczy transakcja, mają wszystkie cechy odrębnego rynku, gdyż nie są większe niż rynki krajowe. Pod względem geograficznym Komisja uznała zamierzoną koncentrację za lokalną, „subkrajową”, a co najwyżej krajową². Miało to związek z dotychczasową praktyką orzecznictwa Komisji, która uznawała, że rynek sprzedaży detalicznej artykułów konsumpcyjnych codziennego użytku ma: (1) wymiar lokalny i obejmuje swym zasięgiem obszar położony w promieniu 20 do 30 minut jazdy samochodem do określonej placówki handlowej³; (2) szerszy wymiar, tj. wymiar regionalny albo krajowy, jeżeli mniejsze obszary są powiązane w ten sposób, że stanowią nakładające się na siebie nawzajem okręgi⁴.

Ponadto Komisja uznała, że zamierzona koncentracja w Rumunii wpłynęłaby na cztery rynki w regionie Bukaresztu oraz siedem rynków w innych regionach, prowadząc w przypadku niektórych z nich do powstania łącznego udziału stron w rynku przekraczającego 30–40%. Również niektórym z polskich rynków zagrażałoby powstanie łącznego udziału stron w rynku przekraczającego 30–40%. Komisja, powołując się na ustępy 17–18 Obwieszczenia Komisji w sprawie odsyłania spraw dotyczących koncentracji⁵, stwierdziła, że transakcja może mieć znaczący wpływ na konkurencję na rynkach polskich i rumuńskich, pozostając bez żadnego wpływu na inne rynki na terytorium Unii Europejskiej. Komisja wzięła również pod uwagę dotychczasowe doświadczenie Prezesa UOKiK i *Consiliul Concurentei* w rozstrzygnięciu zarówno spraw dotyczących określonych

² We wcześniejszym orzecznictwie Komisja uznawała za rynek krajowy rynek zaopatrzenia w artykuły konsumpcyjne codziennego użytku; zob. decyzję Komisji z 3.07.2008 r. w sprawie *Rewe Plus/Discount*, nr COMP/M.5112. Jednakże w sprawie *Groupe Auchan/Reall/Real Hypermarket Romania* Komisja przyjęła założenie, że na ten rynek zamierzona koncentracja nie wpłynie.

³ Tak np. decyzja Komisji z 18.04.2012 r. w sprawie *Groupe Auchan/Magyar Hipermarket*, nr COMP/M.6506, nr CELEX 32012M6506.

⁴ Tak np. decyzja Komisji z 10.04.2007 r. w sprawie *Carrefour/Ahold Polska*, nr COMP/M.4522, którą Komisja odesłała do Prezesa UOKiK na podstawie art. 9 ust. 2 lit. b rozporządzenia nr 139/2004.

⁵ Dz. Urz. C 56 z 5.03.2005 r., s. 2. „17. Jeśli chodzi o pierwsze kryterium, wnioskujące strony mają zasadniczo obowiązek wykazać, że dana transakcja ma potencjalny wpływ na konkurencję na odrębnym rynku Państwa Członkowskiego, który to wpływ może okazać się istotny, a tym samym uzasadniać szczegółową analizę. Wskazania te mogą mieć jedynie charakter wstępny i nie będą miały znaczenia dla wyniku postępowania. Mimo że strony nie mają obowiązku wykazania, iż skutek dla konkurencji może być niekorzystny, powinny one wskazać współczynniki sugerujące ogólnie istnienie pewnych skutków danej transakcji dla konkurencji”; „18. Jeśli chodzi o drugie kryterium, wnioskujące strony mają obowiązek wykazać, że rynek geograficzny, na którym transakcja wywiera skutki na konkurencję w sposób opisany powyżej (pkt 17), ma zasięg krajowy lub węższy od krajowego”.

produktowych rynków właściwych (rynków sprzedaży detalicznej artykułów konsumpcyjnych codziennego użytku), jak i spraw odesłanych przez Komisję⁶.

Zgodnie z art. 4 ust. 4 zd. 6 (akapit 4) rozporządzenia nr 139/2004, decyzja o tym czy odesłać sprawę zostaje podjęta w terminie 25 dni roboczych, począwszy od dnia otrzymania przez Komisję uzasadnionego wniosku. Komisja miała zatem czas na wydanie decyzji do 7 marca 2013 r. Decyzja została wydana w ostatnim dniu terminu⁷. Zaznaczyć jednak należy, że gdyby Komisja nie podjęła decyzji w tym terminie, oznaczałoby to, że decyzja o odesłaniu sprawy została podjęta zgodnie z wnioskiem złożonym przez zainteresowane osoby lub przedsiębiorstwa (art. 4 ust. 4 zd. 8 rozporządzenia nr 139/2004). Komisja zdecydowała o przekazaniu sprawy do rozpatrzenia przez Prezesa UOKiK w zakresie przejęcia *Real Poland* oraz przez rumuńską *Consiliul Concurentei* w zakresie przejęcia *Real Romania*.

Stosownie do art. 4 ust. 4 zd. 9 (akapit 5) rozporządzenia nr 139/2004, skutkiem tej decyzji był brak obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji do Komisji. Zastosowanie znalazły natomiast właściwe przepisy krajowego prawa dotyczącego kontroli koncentracji. Dnia 13 marca 2013 r. Prezes UOKiK informację o przekazaniu mu sprawy podał do wiadomości publicznej na swej stronie internetowej⁸, podkreślając, że „to już trzeci przypadek, gdy przedsiębiorcy proszą Komisję Europejską o przekazanie transakcji polskiemu urzędowi antymonopolowemu”⁹.

II. Zgoda, ale pod warunkiem, że... (rozstrzygnięcie Prezesa UOKiK)

Stosownie do art. 9 ust. 6 w zw. z art. 4 ust. 4 zd. 10 (akapit 5) rozporządzenia nr 139/2004, właściwy organ danego państwa członkowskiego, bez uzasadnionej zwłoki, podejmuje decyzję odnośnie do danej sprawy. Właściwy organ danego państwa członkowskiego, w ciągu 45 dni roboczych po odesłaniu sprawy przez Komisję, zawiadamia zainteresowane przedsiębiorstwa o wynikach wstępnej oceny koncentracji i o proponowanych działaniach na przyszłość, o ile takie zaproponuje. Dane państwo członkowskie może wyjątkowo zawiesić ten termin, jeżeli stosowne informacje nie zostały mu przekazane przez zainteresowane przedsiębiorstwa, jak stanowi krajowe prawo konkurencji danego państwa. W przypadku, gdy stosownie do prawa krajowego wymagane jest zgłoszenie, termin 45 dni roboczych rozpoczyna się od dnia roboczego po dniu, w którym właściwy organ danego państwa członkowskiego otrzymał kompletne zgłoszenie.

To ostatnie zdanie ma zastosowanie w przypadku przekazania przez Komisję koncentracji do kontroli Prezesowi UOKiK. W świetle bowiem art. 94 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: uokik)¹⁰ w postępowaniu antymonopolowym w sprawach koncentracji konieczne jest zgłoszenie zamiaru koncentracji. Zgłoszenie to jest tożsame z wnioskiem

⁶ Np. sprawa zakończona decyzją Prezesa UOKiK z 7.12.2011 r., DKK-153/2011, *Jeronimo Martins Dystrybucja/Marcpol*; sprawa *Consiliul Concurentei* nr 07/21.02.201, *Profil/Al Comsib*; sprawa *Lidl/Plus Romania/Plus Bulgaria* odesłana na podstawie art. 9 ust. 2 lit. b rozporządzenia nr 139/2004 do *Consiliul Concurentei* decyzją Komisji z 28.06.2010 r. (nr COMP/M.5790).

⁷ Decyzja Komisji z 7.3.2013 r., nr COMP/M.6822.

⁸ Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, *UOKiK przejmuje sprawę od Komisji Europejskiej*. Pobrano z: http://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=10294 (1.03.2014).

⁹ Wcześniejsze sprawy to: (1) sprawa *PKN Orlen/Petrolot* przekazana Prezesowi UOKiK decyzją Komisji z 5.09.2012 r. (nr COMP M.6683), zakończona decyzją Prezesa UOKiK z 5.12.2012 r., DKK-131/2012, udzielającą bezwarunkowej zgody na dokonanie koncentracji; (2) sprawa *Canal+/ITI/TVNI/FTA/ITI Neovision* przekazana Prezesowi UOKiK decyzją Komisji z 16.03.2012 r. (nr COMP/M. 6476), zakończona decyzją Prezesa UOKiK z 14.09.2012 r., DKK-93/2012, udzielającą bezwarunkowej zgody na dokonanie koncentracji.

¹⁰ Dz.U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.

o wszczęcie postępowania antymonopolowego. Dodać należy, że zgodnie z art. 96 ust. 1 uokik postępowanie antymonopolowe w sprawach koncentracji powinno być zakończone nie później niż w terminie 2 miesiące od dnia jego wszczęcia. W przypadku przedstawienia przez przedsiębiorcę warunków określonych w art. 19 ust. 2 uokik (co miało miejsce w omawianej sprawie), termin ten ulega przedłużeniu o 14 dni (art. 96 ust. 2 uokik). Stosownie do art. 96 ust. 3 uokik, do powyższych terminów nie wlicza się jednak okresów oczekiwania na dokonanie zgłoszenia przez pozostałych uczestników koncentracji, a także okresów na usunięcie braków lub uzupełnienie informacji, o których mowa w art. 95 ust. 1 pkt 3 uokik lub ustosunkowanie się do przedstawionych przez Prezesa UOKiK warunków, o których mowa w art. 19 ust. 2 uokik, oraz okresów oczekiwania na uiszczenie opłaty, o której mowa w art. 94 ust. 4 uokik.

Zgłoszenie zamiaru koncentracji wpłynęło do Prezesa UOKiK 18 marca 2013 r. Gdyby pominać kwestię nieuwzględniania okresów wskazanych w art. 96 ust. 3 uokik, termin 2 miesiące i 14 dni upływałby z dniem 1 czerwca 2013 r. Z kolei termin 45 dni roboczych, o którym mowa w art. 9 ust. 6 w zw. z art. 4 ust. 4 zd. 10 (akapit 5) rozporządzenia nr 139/2004, liczony od dnia roboczego następującego po dniu, w którym Prezes UOKiK otrzymał zgłoszenie zamiaru koncentracji (przy założeniu jego kompletności, upływałby z dniem 23 maja 2013 r.). Decyzja kończąca postępowanie została wydana przez Prezesa UOKiK 21 stycznia 2014 r.¹¹. Gdyby przed tą datą upłynął termin, w jakim decyzja powinna być wydana liczony zgodnie z art. 96 uokik, należałoby uznać, że można dokonać zgłoszonej zamierzonej koncentracji (art. 97 uokik). Z uzasadnienia decyzji nie wynika jednak, jakie okresy były wliczane do terminu 2 miesiące i 14 dni, a jakie nie były do niego wliczane i jak osiągnięto rezultat, w którym po upływie ponad 10 miesięcy od dnia wszczęcia postępowania, nie upłynął jeszcze termin 2 miesiące i 14 dni wynikający z art. 96 ust. 1 i 2 uokik. Podobnie, w uzasadnieniu decyzji nie wskazano, na jakie okresy Prezes UOKiK zawiesił termin 45 dni roboczych wynikający z rozporządzenia nr 139/2004 i kiedy ten termin upływał.

Powyższa sytuacja nie tylko pokazuje, że Prezes UOKiK ma trudności z szybkim prowadzeniem postępowań w sprawach kontroli koncentracji, które to trudności zdają się leżeć u podłoża projektowanej zmiany uokik polegającej w szczególności na tym, że art. 96 ust. 1 miałby przewidywać miesięczny termin na zakończenie postępowania antymonopolowego w sprawach koncentracji, a nowy art. 96a ust. 1 miałby przewidywać przedłużenie tego terminu o 4 miesiące w: (1) sprawach szczególnie skomplikowanych; (2) sprawach, co do których z informacji zawartych w zgłoszeniu zamiaru koncentracji lub innych informacji, w tym uzyskanych przez Prezesa UOKiK w toku prowadzonych postępowań, wynika, że istnieje uzasadnione prawdopodobieństwo istotnego ograniczenia konkurencji na rynku w wyniku dokonania koncentracji lub (3) sprawach wymagających przeprowadzenia badania rynku¹². Opisana powyżej sytuacja zwraca uwagę na jeszcze jeden problem, a mianowicie zakres zastosowania przepisów rozporządzenia nr 139/2004 w przypadku przekazania sprawy przez Komisję organowi ochrony konkurencji państwa członkowskiego. Nie budzi wątpliwości, że co do zasady przepisy te nie mają zastosowania w postępowaniu przed Prezesem UOKiK, a zastosowanie mają przepisy krajowe, tj. przepisy uokik i aktów wykonawczych do niej. Nie należy jednak zapominać, że art. 4 ust. 4 zd. 10 (akapit 5)

¹¹ Decyzja Prezesa UOKiK z 21.01.2014 r., DKK-4/2014.

¹² Zob. projekt ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego. Pobrano z: <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?documentId=E76374C5477F37CFC1257C7B002FB8E6> (7.03.2014).

rozporządzenia nr 139/2004 nakazuje – w przypadku przekazania sprawy przez Komisję organowi ochrony konkurencji państwa członkowskiego – stosować *mutatis mutandis* (odpowiednio) przepisy art. 9 ust. 6–9 rozporządzenia nr 139/2004. Wymóg odpowiedniego stosowania tych przepisów w zasadzie eliminuje z zakresu zastosowania przepis art. 9 ust. 9 rozporządzenia nr 139/2004, skoro przekazanie sprawy na podstawie art. 4 ust. 4 rozporządzenia nr 139/2004 może nastąpić tylko w przypadku braku sprzeciwu państwa członkowskiego. Pozostają natomiast wspomniane już art. 9 ust. 6, a także art. 9 ust. 7 dotyczący rynku geograficznego (odnoszący się do jego pojęcia w sposób podobny do art. 4 pkt 9 uokik) oraz art. 9 ust. 8 rozporządzenia nr 139/2004, zgodnie z którym zainteresowane państwo członkowskie może podjąć jedynie środki bezwzględnie konieczne dla zapewnienia lub przywrócenia skutecznej konkurencji na danym rynku.

Decyzją z 21 stycznia 2014 r. Prezes UOKiK wydał zgodę na dokonanie koncentracji polegającej na przejęciu przez Auchan Polska sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie (dalej: Auchan) kontroli nad „real,- Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i spółka” sp.k. z siedzibą w Warszawie oraz real,- sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie pod warunkiem trwałego i nieodwracalnego wyzbycia się przez Auchan wszelkich praw, w tym prawa własności, prawa użytkowania wieczystego, prawa najmu do ośmiu wymienionych w sentencji decyzji sklepów (w tym sklepu Real w Białymstoku), w terminie 18 miesięcy od dnia przejęcia kontroli. Wyzbycie się tych praw może nastąpić wyłącznie na rzecz niezależnego inwestora (lub inwestorów) nienależącego do grupy kapitałowej, w rozumieniu art. 4 pkt 14 uokik, kontrolowanej przez Groupe Auchan SA i nie współkontrolowanej przez żaden podmiot lub podmioty z tej grupy, dającego rękojmię i gwarancję prowadzenia działalności handlowej zgodnej z dotychczasową, tj. sprzedaży detalicznej artykułów konsumpcyjnych codziennego użytku w hipermarketach. Auchan przed nabyciem tych praw przez inwestora (lub inwestorów) będzie zobowiązana uzyskać jego pisemną akceptację od Prezesa UOKiK. Prezes UOKiK będzie mógł odmówić akceptacji – w terminie 21 dni od przedstawienia mu informacji na temat inwestora – jeżeli inwestor ten nie będzie dawał gwarancji prowadzenia działalności handlowej zgodnej z dotychczasową. Brak zajęcia stanowiska przez Prezesa UOKiK w tym terminie będzie z kolei równoznaczny z akceptacją przedstawionego inwestora (lub inwestorów). W przypadku istnienia po stronie zaakceptowanego przez Prezesa UOKiK inwestora (lub inwestorów) obowiązku zgłoszenia Prezesowi UOKiK zamiaru koncentracji, polegającej na nabyciu wskazanych praw, do terminu przewidzianego w decyzji na realizację przez Auchan jej zobowiązania (warunku) nie będzie wliczany okres trwania postępowania antymonopolowego w sprawie koncentracji. Ponadto Prezes UOKiK nałożył na Auchan obowiązek złożenia Prezesowi UOKiK informacji o realizacji warunku w terminie nie dłuższym niż 30 dni od dnia jego wykonania.

Wydanie decyzji udzielającej zgody warunkowej na dokonanie koncentracji oznacza, że Prezes UOKiK uznał, iż – po spełnieniu przez Auchan warunku określonego decyzją – konkurencja na rynku nie zostanie istotnie ograniczona, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku (art. 19 ust. 1 uokik). Uzasadnienie decyzji nie wskazuje jednak wprost, że warunek ten jest „bezwzględnie konieczny dla zapewnienia lub przywrócenia skutecznej konkurencji na danym rynku”.

W uzasadnieniu decyzji poddano analizie kwestie dotyczące rynku zaopatrzenia w artykuły konsumpcyjne codziennego użytku, rynku sprzedaży detalicznej artykułów konsumpcyjnych

codziennego użytku za pośrednictwem HSD (hipermarketów, supermarketów i sklepów dyskontowych), rynku HSD, rynku hipermarketów. Auchan twierdziła, że do oceny transakcji należy przyjąć rynek sprzedaży detalicznej artykułów konsumpcyjnych codziennego użytku za pośrednictwem HSD. Jako argumenty przemawiające za takim ujęciem rynku właściwego w sprawie Auchan wskazała: (1) przepływ klientów pomiędzy formatami HSD (hipermarketami, supermarketami, dyskontami); (2) przesuwanie się głównego miejsca wydatków w kierunku dyskontów; (3) istnienie wspólnych klientów robiących zakupy we wszystkich trzech formatach HSD; (4) wpływ otwierania nowych dyskontów na wyniki sprzedaży hipermarketów; (5) relatywny spadek udziału hipermarketów w rynku HSD; (6) wysoką wrażliwość cenową konsumentów, która skłania ich do zmiany miejsca dokonywania zakupów, w tym formatu sklepu; (7) ujednolicanie asortymentu; (8) strategię cenową hipermarketów ukierunkowaną na dyskonty; (8) okoliczność, że cena towaru jest ważniejsza od szerokości asortymentu, a zaspokajanie potrzeb jest ważniejsze niż zróżnicowanie danego asortymentu; (9) okoliczność, że kompletność dostępnego asortymentu nie jest kluczowym atrybutem przy wyborze sklepu; (10) okoliczność, że asortyment dostępny w dyskontach pozwala im skutecznie walczyć z hipermarketami; (11) brak możliwości podwyższania cen na wyspecjalizowane produkty niedostępne w supermarketach i dyskontach. Powyższe liczne argumenty nie przekonały jednak Prezesa UOKiK, który uznał, że rynek właściwy w sprawie należy ujmować jako rynek sprzedaży detalicznej artykułów konsumpcyjnych codziennego użytku w hipermarketach. Zdaniem Prezesa UOKiK, sposób działania hipermarketów powoduje, że odróżniają się one widocznie od dyskontów i supermarketów. Prezes UOKiK wskazał w szczególności na większą powierzchnię sprzedaży hipermarketów, szerszy asortyment produktów i związaną z nim możliwość zrobienia pełnych zakupów „pod jednym dachem”, a także istnienie u konsumentów w przypadku zakupów w hipermarketach misji „duże zakupy” realizowanej zazwyczaj kilka razy w miesiącu czy też w związku z ważnym wydarzeniem (świętem, początkiem roku szkolnego itd.). W opinii Prezesa UOKiK (moim zdaniem słusznej) hipermarkety spotykają się z pewną presją konkurencyjną ze strony supermarketów i dyskontów, jednak jest ona ograniczona. Supermarkety i dyskonty oferują bowiem ograniczony zakres produktów, w odniesieniu do których mogą z hipermarketami konkurować.

W kwestii wymiaru geograficznego rynku właściwego Prezes UOKiK stwierdził, że skutki koncentracji oceniać należy w odniesieniu do rynków lokalnych wyznaczonych promieniem do 20 minut jazdy samochodem w przypadku, gdy w promieniu tym realizowane jest ponad 70% wartości sprzedaży danej placówki handlowej lub do 25 minut jazdy samochodem od przejmowanej placówki handlowej, jeżeli w promieniu do 20 minut obrót danej placówki handlowej nie przekracza 70%. W analizach dotyczących rynku geograficznego brak jest jednak odniesienia do art. 9 ust. 7 w zw. z art. 4 ust. 4 zd. 10 rozporządzenia nr 139/2004.

Prezes UOKiK, stosownie do art. 18–20 uokik zobligowany był ocenić czy w wyniku koncentracji konkurencja na rynku nie zostanie istotnie ograniczona, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku, a więc przeprowadzić podwójny test (istotnego ograniczenia konkurencji oraz dominacji rynkowej)¹³. Co ciekawe, jako okoliczność wskazującą na istotne ograniczenie konkurencji Prezes UOKiK przyjął przekroczenie w wyniku planowanej

¹³ O tym podwójnym teście (istotnego ograniczenia konkurencji oraz dominacji rynkowej) zob. szerzej T. Skoczny, *Zgody szczególne w prawie kontroli koncentracji*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2012, s. 19–33.

koncentracji progu 50% udziału w rynku właściwym, który jest wyższy niż wielkość udziału rynkowego stwarzająca ustawowe domniemanie posiadania pozycji dominującej. Prezes UOKiK uznał, że choć pewien zakres presji konkurencyjnej wywieranej ze strony innych supermarketów i dyskontów nie pozwala na zaliczenie ich do tego samego co hipermarkety rynku właściwego, to jednak powinien być brany pod uwagę przy ocenie wpływu koncentracji na konkurencję.

Prezes UOKiK uznał, że koncentracja wywiera wpływ w układzie horyzontalnym na 23 lokalne rynki hipermarketów. Planowana transakcja aż na 11 z nich doprowadziłaby do nadmiernej z punktu widzenia konkurencji koncentracji. W tych okolicznościach wydanie decyzji udzielającej bezwarunkowej zgody na dokonanie koncentracji nie było dopuszczalne. Prezes UOKiK pismem z 11 października 2013 r. przedstawił więc Auchan propozycję warunku, która następnie została skorygowana w pismach z 3 grudnia 2013 r. i 30 grudnia 2013 r. (po przedstawieniu dodatkowych wyjaśnień i propozycji alternatywnych zobowiązań przez Auchan). Pismem z 13 stycznia 2014 r. Auchan zaakceptowała warunek zaproponowany przez Prezesa UOKiK, a 21 stycznia 2014 r. Prezes UOKiK wydał decyzję udzielającą warunkowej zgody na dokonanie koncentracji.

Termin wykonania warunku wynosi 18 miesięcy od dnia przejęcia kontroli przez Auchan nad pasywnymi uczestnikami koncentracji. Termin ten zdaje się być na tyle długi, że przy zachowaniu należytej staranności wykonanie warunku w tym terminie można uznać za realne¹⁴. Warto natomiast zwrócić uwagę, że termin ten został podany do wiadomości publicznej. Przepisy uokik nie przewidują zakazu podawania do wiadomości publicznej takich informacji. Ten brak miałby zostać usunięty przy okazji najbliższej nowelizacji uokik. Wspomniany projekt ustawy nowelizującej uokik¹⁵ zakłada dodanie w art. 19 uokik ustępu 4, zgodnie z którym Prezes UOKiK, na wniosek przedsiębiorcy, na którego nałożono obowiązek spełnienia warunków określonych w art. 19 ust. 2 uokik, wydaje postanowienie o nieudostępnianiu, do dnia spełnienia tych warunków, jednak nie później niż do upływu terminu do ich spełnienia, decyzji wskazanej w art. 19 ust. 1 uokik, w zakresie dotyczącym terminu spełnienia tych warunków. Na postanowienie Prezesa UOKiK nie przysługiwałoby zażalenie. Projektowany ustęp 5 miałby z kolei stanowić, że w takich przypadkach Prezes UOKiK nie publikuje i nie podaje w inny sposób do publicznej wiadomości decyzji w zakresie określonym w art. 19 ust. 4 uokik, a także że w tym zakresie decyzja nie podlega również udostępnieniu w trybie przepisów ustawy z 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej¹⁶. Z kolei w myśl projektowanego ustępu 6, wydanie postanowienia, o którym mowa w art. 19 ust. 4 uokik, nie wyłączałoby obowiązków informacyjnych przedsiębiorcy określonych w odrębnych przepisach. Powyższą propozycję projektodawcy dotyczącą dodania ustępów 4–6 w art. 19 uokik należy ocenić pozytywnie¹⁷.

Można zauważyć, że rok 2014 zaczyna się od warunkowych zgód na dokonanie koncentracji. Spośród 9 decyzji w sprawach kontroli koncentracji wydanych w styczniu i lutym 2014 r. i opublikowanych w internetowej bazie Prezesa UOKiK¹⁸ aż dwie decyzje dotyczą warunkowych zgód

¹⁴ Zob. też A. Piszcz, *Kara pieniężna za zwłokę w wykonaniu decyzji Prezesa UOKiK o wyrażeniu warunkowej zgody na dokonanie koncentracji*, „Glosa” 2014, Nr 1, s. 102.

¹⁵ Zob. przypis 12.

¹⁶ Dz.U. Nr 112, poz. 1198, z późn. zm.

¹⁷ Zob. też D. Wolski, *Wybrane zagadnienia z zakresu wydawania i realizacji decyzji udzielających warunkowej zgody na dokonanie koncentracji przedsiębiorców*, iKAR 2012, nr 2(1), s. 43–44; D. Wolski, *Kierunek zmian w zakresie kontroli koncentracji przedsiębiorców w projekcie nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, iKAR 2013, nr 1(2), s. 11–12.

¹⁸ Pobrano z: http://www.uokik.gov.pl/decyzje_prezesa_uokik3.php (7.03.2014).

na dokonanie koncentracji. Obok decyzji, której dotyczy niniejsze opracowanie, jest to decyzja Prezesa UOKiK z 6 lutego 2014 r.¹⁹ dotycząca nabycia przez Henkel AG & Co.KGaA z siedzibą w Dusseldorfie (Niemcy) części mienia PZ Cussons (Holdings) Limited z siedzibą w Manchester (Wielka Brytania), PZ Cussons Polska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz PZ Cussons (International) Limited z siedzibą w Manchester (Wielka Brytania). Zazwyczaj liczba decyzji udzielających zgód warunkowych na dokonanie koncentracji w skali roku nie przekraczała trzech²⁰. Powstaje więc pytanie czy taki a nie inny początek roku 2014 jest dziełem przypadku i „rekord” nie zostanie pobity, czy też mamy do czynienia ze zjawiskiem polegającym na odważniejszym planowaniu przez przedsiębiorców transakcji, a w rezultacie zgłaszaniu Prezesowi UOKiK „pomysłów” takich koncentracji, których dokonanie prowadziłoby do istotnego ograniczenia konkurencji na rynku właściwym.

III. A tymczasem w Rumunii...

Można zastanawiać się czy podobnie wygląda decyzja rumuńskiej Rady Konkurencji. I nie, i tak. Po pierwsze, rumuński organ ochrony konkurencji zakończył prowadzone przez siebie postępowanie w sprawie kontroli koncentracji znacznie szybciej niż Prezes UOKiK. Już prawie pół roku wcześniej (30 lipca 2013 r.) Biuro Prasowe Rady Konkurencji poinformowało, że Rada wyraziła zgodę na przejęcie 20 hipermarketów Real przez Auchan na terytorium Rumunii²¹.

Warto podkreślić, że rumuńska ustawa nr 21/1996 z 21 kwietnia 1996 r. – Prawo konkurencji²² przewiduje (w pewnym stopniu podobnie jak uokik) podwójny test, tj. test istotnego ograniczenia konkurencji oraz dominacji rynkowej. Koncentracje, które mogą skutkować powstaniem znacznego ograniczenia konkurencji na rynku rumuńskim bądź jego znacznej części, w szczególności poprzez powstanie bądź umocnienie pozycji dominującej, są niedozwolone. Po przeprowadzeniu testów Rada Konkurencji udzieliła stronom warunkowej zgody na dokonanie koncentracji (podobnie jak miało to miejsce w postępowaniu przed polskim organem ochrony konkurencji).

Zobowiązania przyjęte dobrowolnie przez strony w postępowaniu przed rumuńską Radą Konkurencji różnią się jednak istotnie od warunku ujętego w decyzji polskiego organu ochrony konkurencji. Te pierwsze dotyczą dwóch rynków lokalnych na terytorium Rumunii – Craiova i Târgu Mureș – i polegają na zobowiązaniu Auchan do powstrzymania się od: (1) podwyższania cen sprzedaży o więcej niż 5% w stosunku do średnich cen innych sklepów w okresie 3 lat; (2) otwierania bądź nabywania nowych sklepów na obu rynkach w okresie 5 lat. Rada Konkurencji uznała, że w takich okolicznościach (jeśli Auchan spełni oba warunki) koncentracja nie będzie skutkować powstaniem istotnych barier w efektywnej konkurencji, w szczególności poprzez powstanie bądź umocnienie pozycji dominującej na zidentyfikowanych rynkach właściwych. Przewodniczący Rady Konkurencji – Bogdan Chiritoiu stwierdził, że zobowiązania przyjęte przez strony zapewniają właściwe funkcjonowanie tych rynków w przeszłości.

¹⁹ DKK-11/2014.

²⁰ Co do lat 2007–2009 (2007 – 2 takie decyzje, 2008 – 2, 2009 – 1) zob. statystykę przedstawioną w: A. Piszcz, *Competition Law in Comparative Perspective*, Temida 2, Białystok 2011, s. 164. W roku 2010 wydano 2 takie decyzje, 2011 – 3, 2012 – 1; zob. http://www.uokik.gov.pl/sprawozdania_z_dzialalnosci_urzedu.php (7.03.2014).

²¹ Zob. oficjalną informację Biura prasowego na stronie internetowej Rady Konkurencji: http://www.consiliulconcurentei.ro/uploads/docs/items/id8462/consiliul_concurentei_a_authorized_preuarea_magazinelor_real_english_doc.pdf (7.03.2014).

²² Na stronie internetowej Rady Konkurencji opublikowano jej nieoficjalne tłumaczenie na język angielski: <http://www.consiliulconcurentei.ro/en/official-documents/competition/legislation/competition-law-21-1996.html> (7.03.2014).

Z perspektywy Grupy Auchan lepszym „policjantem” okazał się rumuński organ ochrony konkurencji – zgody udzielił znacznie szybciej, a związane z nią warunki wydają się być łagodniejsze. Nie przewidują definitywnego wyzbycia się sklepów na rynkach zagrożonych powstaniem pozycji dominującej Auchan, lecz na określony czas ograniczają działalność Auchan na tych rynkach. Powstaje jednak pytanie czy istotnie będą one w stanie uchronić te rynki przed powstaniem pozycji dominującej Auchan po upływie wskazanych w decyzji terminów.

Dr hab. Anna Piszcz

Radca prawny, adiunkt w Katedrze Prawa Gospodarczego Publicznego
na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Białymstoku