

## Regulacja prawna zgody warunkowej na dokonanie koncentracji po nowelizacji

### Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Tymczasowe nieudostępnianie terminu spełnienia warunków
- III. Klauzula przeglądowa
- IV. Zmiany w procedurze uzgadniania warunków
- V. Wnioski końcowe i *de lege ferenda*

### Streszczenie

Niniejszy artykuł przedstawia wybrane elementy regulacji prawnej w zakresie warunkowej zgody na dokonanie koncentracji w kształcie ustalonym ustawą nowelizującą, która weszła w życie z dniem 18 stycznia 2015 r. W pierwszej kolejności omówiono regulację umożliwiającą tymczasowe nieudostępnianie tej części decyzji warunkowej, która określa termin na realizację warunków nałożonych na przedsiębiorcę. Następnie przeanalizowano możliwość wprowadzania przez Prezesa UOKiK na wniosek przedsiębiorcy zmian w decyzji warunkowej już po wydaniu takiej decyzji, oraz przedstawiono procedurę uzgadniania treści warunków, które mają być nałożone na przedsiębiorców zgłaszających zamiar koncentracji. Na ostatnią część składa się zaś ocena zmian wprowadzonych powyższą nowelizacją oraz wnioski *de lege ferenda*.

**Słowa kluczowe:** kontrola koncentracji; decyzja warunkowa; warunki; klauzula przeglądowa.

### I. Wprowadzenie

Regulacja umożliwiająca wydanie przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK lub Prezes Urzędu) decyzji o wyrażeniu warunkowej zgody na dokonanie koncentracji<sup>1</sup> funkcjonuje w krajowym porządku prawnym od dnia 19 maja 1995 r., tj. od dnia wejścia w życie ustawy z 3 lutego 1995 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym<sup>2</sup>. Znacznie bardziej szczegółowa regulacja tego zagadnienia znalazła się w kolejnej krajowej ustawie antymonopolowej – w ustawie z 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: uokik z 2000 r.)<sup>3</sup>, tj. od 1 kwietnia 2001 r. Z wyłączeniem nowelizacji zmieniającej kryterium

\* Doktorantka w Katedrze Prawa Gospodarczego Publicznego Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku; prawnik w Kancelarii Radcy Prawnego RES Jerzy Bieluk; e-mail: p.korycinska@gmail.com.

<sup>1</sup> W niniejszym artykule w odniesieniu do warunkowej zgody na dokonanie koncentracji będę posługiwać również określeniem „warunkowa zgoda na koncentrację” lub „zgoda warunkowa”, a w konsekwencji decyzja zawierająca warunki w rozumieniu art. 19 ust. 1 uokik określana będzie także jako „decyzja warunkowa”.

<sup>2</sup> Dz. U. z 1995 r., Nr 41, poz. 208.

<sup>3</sup> T.j. Dz.U. z 2005 r., nr 244, poz. 2080 ze zm.

badania dopuszczalności koncentracji<sup>4</sup> regulacja dotycząca warunkowej zgody na koncentrację nie ulegała modyfikacjom. Następnie w niezmienionym kształcie została przeniesiona do obecnie obowiązującej ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: uokik lub uokik z 2007 r.)<sup>5</sup>.

W okresie obowiązywania uokik z 2000 r. oraz uokik z 2007 r. decyzje o warunkowej zgodzie na dokonanie koncentracji zostały wydane w 23 przypadkach, z czego 8 na podstawie uokik 2000 r.<sup>6</sup>, natomiast 15 – na podstawie uokik 2007 r.<sup>7</sup> Biorąc pod uwagę okres funkcjonowania tych przepisów oraz liczbę wydanych w oparciu o nie decyzji, należy stwierdzić, że instytucja ta stosowana jest stosunkowo rzadko.

Ustawa z 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (dalej: ustawa nowelizująca)<sup>8</sup> wprowadziła z dniem 18 stycznia 2015 r. szereg zmian w zakresie modelu warunkowej zgody na dokonanie koncentracji. Celem niniejszego artykułu jest analiza wybranych elementów regulacji dotyczącej warunkowej zgody na dokonanie koncentracji w kształcie ustalonym powyższą ustawą nowelizującą oraz próba ustalenia czy wprowadzone zmiany mają szansę spełnić oczekiwania przedsiębiorców i jak bardzo wpłyną one na sytuację tych podmiotów, wobec których decyzja warunkowa ma zostać wydana. Wreszcie wnioski płynące z tej analizy będą stanowiły podstawę do sformułowania postulatów *de lege ferenda*, które zostaną zawarte w ostatniej części tego opracowania.

## II. Tymczasowe nieudostępnianie terminu spełnienia warunków

Jednym z zadań Prezesa UOKiK jest gromadzenie i upowszechnianie orzecznictwa w sprawach z zakresu ochrony konkurencji i konsumentów, w szczególności przez zamieszczanie decyzji Prezesa UOKiK na stronie internetowej Urzędu (art. 31 pkt 15 uokik). W praktyce na stronie internetowej Urzędu udostępniane są wszystkie decyzje oraz postanowienia wydane przez Prezesa UOKiK<sup>9</sup>, z pominięciem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa oraz innych tajemnic podlegających ochronie na podstawie przepisów odrębnych<sup>10</sup>.

W stanie prawnym obowiązującym do 18 stycznia 2015 r., publikacja na stronie internetowej UOKiK decyzji o warunkowej zgodzie na koncentrację była równoznaczna w każdym przypadku

<sup>4</sup> Z dniem 1.05.2004 r. zmianie uległo kryterium badania dopuszczalności koncentracji, tj. w miejsce tzw. testu dominacji wprowadzono tzw. test istotnego ograniczenia konkurencji. Por. zmiany wprowadzone ustawą z 16.04.2004 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2004 r., nr 93, poz. 891).

<sup>5</sup> T.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 184.

<sup>6</sup> Decyzje Prezesa UOKiK z: 5.02.2003 r., RLU-4/03; 6.03.2003 r., DDF-11/2003; 18.05.2004 r., DOK-36/2004; 20.04.2005 r., DOK-35/2005; 30.09.2005 r., DOK-123/05; 3.10.2006 r., DOK-116 /06; 5.06.2007 r., DOK-71/07; 28.06.2007 r., DOK-86/2007. Źródło: opracowanie własne na podstawie bazy decyzji Prezesa UOKiK dostępnej na: [http://www.uokik.gov.pl/decyzje\\_prezesa\\_uokik3.php](http://www.uokik.gov.pl/decyzje_prezesa_uokik3.php) (8.02.2015).

<sup>7</sup> Decyzje Prezesa UOKiK z: 19.06.2008 r., DKK-49/08; 24.09.2008 r., DKK-76/2008; 25.02.2009 r., DKK-9/09; 12.07.2010 r., DKK-64/10; 18.10.2010 r., DKK-105/2010; 28.01.2011 r., DKK-70/11; 5.09.2011 r., DKK-101/11; 7.10.2011 r., DKK-128/2011; 26.03.2012 r., DKK-23/2012; 20.05.2013 r., DKK-63/2013; 24.10.2013 r., DKK-135/2013; 21.01.2014 r., DKK-4/2014; 6.02.2014 r., DKK-11/2014; 31.03.2014 r., DKK-40/2014; 18.09.2014 r., DKK-121/2014. Źródło: opracowanie własne na podstawie bazy decyzji Prezesa UOKiK dostępnej na: [http://www.uokik.gov.pl/decyzje\\_prezesa\\_uokik3.php](http://www.uokik.gov.pl/decyzje_prezesa_uokik3.php) (8.02.2015).

<sup>8</sup> Dz.U. z 2014 r., poz. 945.

<sup>9</sup> J. Krüger, *Komentarz do art. 71 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wolters Kluwer, LEX, Warszawa 2011.

<sup>10</sup> W ustawie brakuje regulacji, która wprost nakazywałaby usuwanie z decyzji oraz postanowień Prezesa UOKiK przed ich publikacją na stronie internetowej UOKiK informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa lub innych tajemnic chronionych na podstawie przepisów odrębnych. Jednakże obowiązek ten wywodzić należałoby z przepisów art. 5 ust. 2 ustawy z 6.09.2001 r. o dostępie do informacji publicznej (t.j. Dz.U. z 2014 r., poz. 782), ograniczającego prawo dostępu do informacji publicznej ze względu na prywatność osoby fizycznej lub tajemnicę przedsiębiorcy. Dodatkowo obowiązek pomijania tych danych w publikowanych orzeczeniach Prezesa UOKiK wzmocniony jest wynikającym z przepisu art. 71 ust. 1 uokik zobowiązaniem pracowników UOKiK do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, jak również innych informacji, podlegających ochronie na podstawie odrębnych przepisów, o których powzięli wiadomość w toku postępowania.

z podaniem do publicznej wiadomości w szczególności informacji dotyczących treści warunków<sup>11</sup>, do spełnienia których zobligowani zostali przedsiębiorcy zamierzający dokonać koncentracji, jak również terminu na wykonanie tych warunków. Takie rozwiązanie zapewniało jawność decyzji warunkowej w bardzo szerokim zakresie i pozwalało innym uczestnikom rynku na niezwłoczne zapoznanie się nie tylko z kształtem planowanej koncentracji, ale i również przyszłymi działaniami jej uczestników zwłaszcza w odniesieniu do realizacji warunków. Uzyskanie informacji o treści warunków i terminu zakreślonego na ich realizację dawało konkurentom możliwość przygotowania się na zmiany, które mogły zaistnieć na rynku w następstwie realizacji obowiązków nałożonych na uczestników koncentracji w decyzji warunkowej.

Dotychczasowa regulacja była przedmiotem krytyki ze strony zarówno niektórych przedstawicieli doktryny<sup>12</sup>, jak i samych przedsiębiorców<sup>13</sup>. U jej podstaw leżało przede wszystkim spostrzeżenie, że ujawnienie treści warunków oraz terminu wyznaczonego na ich realizację utrudniało wykonanie nałożonych obowiązków i prowadziło do nieuzasadnionego wzmocnienia pozycji negocjacyjnej kontrahentów przystępujących do rozmów z przedsiębiorcą zobowiązanym do określonego zachowania. Świadomość motywacji zobowiązanego umożliwiała kontrahentowi narzucenie niekorzystnych warunków, znacznie odbiegających od tych, na których transakcja mogłaby zostać sfinalizowana, gdyby druga strona nie posiadała tak szczegółowych informacji na temat przyczyn i terminu dokonania przez drugą stronę określonych czynności<sup>14</sup>.

Ustawa nowelizująca częściowo łagodzi negatywne skutki wynikające z publikacji na stronie internetowej UOKiK pełnej treści decyzji warunkowej. Przewiduje ona wydawanie, na wniosek przedsiębiorcy, postanowienia o tymczasowym nieudostępnianiu decyzji o wyrażeniu warunkowej zgody na dokonanie koncentracji w zakresie dotyczącym terminu wyznaczonego na spełnienie warunków (dalej: postanowienie o tymczasowym nieudostępnianiu decyzji warunkowej). Organem właściwym do wydania takiego postanowienia jest Prezes UOKiK. Na postanowienie w przedmiocie odroczenia podania do publicznej wiadomości wyznaczonego terminu nie przysługuje zażalenie (art. 19 ust. 4 uokik).

Nieudostępnianie fragmentu decyzji określającego termin na wykonanie warunków trwa do dnia ich spełnienia, jednak nie później niż do upływu terminu do ich spełnienia (art. 19 ust. 4 uokik). W konsekwencji konstrukcja przewidziana w przywołanym przepisie oznacza jedynie możliwość czasowego odroczenia ujawnienia informacji w zakresie terminu na realizację warunków, a nie trwałe jej zachowanie w poufności. Wydaje się jednak, że tymczasowe nieudostępnienie tej informacji jest wystarczające dla wzmocnienia pozycji negocjacyjnej przedsiębiorcy, na którego nałożony został obowiązek doprowadzenia do ziszczenia się warunku i ułatwienia mu wykonania konkretnego obowiązku.

<sup>11</sup> Określenie przez ustawodawcę obowiązków z art. 19 ust. 1 uokik „warunkami” skutkuje powstaniem niespójności terminologicznej – decyzja o warunkowej zgodzie na dokonanie koncentracji nie jest klasyczną decyzją administracyjną wydaną z zastrzeżeniem obowiązku dopełnienia przez stronę warunku. Niespełnienie przez stronę obowiązków zastrzeżonych w decyzji o warunkowej zgodzie na dokonanie koncentracji nie skutkuje bowiem stwierdzeniem przez organ administracyjny wygaśnięcia decyzji na podstawie art. 162 § 1 pkt 2 k.p.a. (szerzej por. A. Piszcz, *Sankcje w polskim prawie antymonopolowym*, Temida 2, Białystok 2013, s. 160). Analizując regulację prawną warunkowej zgody na dokonanie koncentracji, dla określenia obowiązków nakładanych na przedsiębiorcę w decyzji warunkowej, będę posługiwała się pojęciem „obowiązku” albo za ustawodawcą – „warunku”.

<sup>12</sup> Por. D. Wolski, *Wybrane zagadnienia z zakresu wydawania i realizacji decyzji udzielających warunkowej zgody na dokonanie koncentracji przedsiębiorców*, iKAR 2012, nr 2(1), s. 45; 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; A. Piszcz, *Kara pieniężna za zwłokę w wykonaniu decyzji Prezesa UOKiK o wyrażeniu warunkowej zgody na dokonanie koncentracji – glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 17.05.2012 r. (VI ACa 1428/11)*, „Glosa – Prawo Gospodarcze w Orzeczeniach i Komentarzach” 2014, nr 1, s. 102.

<sup>13</sup> Por. uzasadnienie projektu ustawy nowelizującej, s. 5. Dokument dostępny pod adresem: <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/85314/85379/85381/dokument80753.pdf> (8.02.2015).

<sup>14</sup> Por. D. Wolski, *Kierunek zmian w zakresie kontroli koncentracji...*, s. 11–12.

Wydanie postanowienia o tymczasowym nieudostępnianiu decyzji warunkowej zostało uzależnione od ziszczenia się tylko jednej przesłanki – złożenia przez przedsiębiorcę, zamierzającego dokonać koncentracji, wniosku w tym przedmiocie (art. 19 ust. 4 uokik). Rozwiązanie to uniemożliwia Prezesowi UOKiK działanie z urzędu – postanowienie o tymczasowym nieudostępnianiu decyzji warunkowej wydane pomimo braku wniosku przedsiębiorcy byłoby dotknięte sankcją nieważności (art. 156 § 1 pkt 1 k.p.a. w zw. z art. 82 ust. 2 uokik). Przyjęcie przez ustawodawcę konstrukcji przyznającej przedsiębiorcom, zamierzającym dokonać koncentracji, wyłączną inicjatywę co do możliwości wydania przez organ antymonopolowy postanowienia o tymczasowym nieudostępnianiu decyzji warunkowej należy ocenić pozytywnie. Nie ulega wątpliwości, że to przedsiębiorcy zamierzający dokonać koncentracji posiadają najpełniejszą wiedzę w zakresie możliwych skutków udostępnienia decyzji w całości<sup>15</sup>.

Wydanie postanowienia o tymczasowym nieudostępnianiu decyzji warunkowej powoduje, że sentencja oraz uzasadnienie decyzji w zakresie dotyczącym terminu wyznaczonego przez organ antymonopolowy na spełnienie warunków nie podlegają publikacji oraz nie są podawane w inny sposób do publicznej wiadomości. W celu zapewnienia pełnej poufności tej części decyzji ustawodawca wyłączył również możliwość udostępnienia utajnionych fragmentów decyzji w trybie przepisów ustawy z 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej<sup>16</sup> (art. 19 ust. 5 uokik).

W przypadku wydania postanowienia o tymczasowym nieudostępnianiu decyzji warunkowej uczestnicy rynku mogą podejmować próby oszacowania długości terminu, jaki prawdopodobnie został określony. Generalną zasadą obowiązującą przy ustalaniu terminu jest dążenie do tego, aby jego długość uniemożliwiała przedłużające się ograniczanie konkurencji, co mogłoby następować w sytuacji, gdy koncentracja zostałaby przeprowadzona niezwłocznie po wydaniu decyzji warunkowej, a wykonanie warunków zostało odłożone i dokonane pod koniec określonego terminu<sup>17</sup>.

Zasadniczy wpływ na długość terminu ma przede wszystkim charakter nałożonych na przedsiębiorcę warunków. W dotychczasowych decyzjach warunkowych dominują warunki o charakterze strukturalnym, w tym zwłaszcza zobowiązujące do zbycia określonych składników majątku. W przypadku obowiązków o takim charakterze istotne jest, aby termin na realizację warunku był możliwie jak najkrótszy. Natomiast w przypadku nakładania na przedsiębiorcę warunków o charakterze behawioralnym, polegających na obowiązku powstrzymywania się od określonych działań bądź obowiązku utrzymywania określonego stanu rzeczy, termin ten niekoniecznie musi być krótki<sup>18</sup>. Przy szacowaniu długości terminu pomocne mogą okazać się dotychczas wydane decyzje o wyrażeniu warunkowej zgody na dokonanie koncentracji<sup>19</sup>, choć ich analiza nigdy nie dostarczy wniosków dających absolutną pewność.

Wprowadzenie możliwości tymczasowego nieudostępniania decyzji warunkowej niewątpliwie stanowi jedną z istotniejszych zmian w zakresie kontroli koncentracji. Analiza przepisów art. 19

<sup>15</sup> Por. D. Wolski, *Kierunek zmian w zakresie kontroli koncentracji...*, s. 12.

<sup>16</sup> T.j. Dz.U. z 2014 r., poz. 782, ze zm.

<sup>17</sup> Por. A. Piszcz, *Sankcje w polskim prawie...*, s. 172.

<sup>18</sup> Termin nałożonego obowiązku doprowadzenia do zaniechania przez Agros Nova sp. z o.o. oraz innych przedsiębiorców wchodzących w skład grupy kapitałowej, do której należy ta spółka, wprowadzania do obrotu dżemów pod marką „Kotilin” wynosił 3 lata od dnia sprzedaży pakietu aktywów (decyzja Prezesa UOKiK z 25.02.2009, DKK-9/09). Natomiast dwukrotnie termin na realizację warunków strukturalnych określony został na 1 rok (decyzja Prezesa UOKiK z 20.05.2013, DKK-63/2013; decyzja Prezesa UOKiK z 31.03.2014, DKK-40/2014).

<sup>19</sup> Z dotychczasowych decyzji wydanych na podstawie uokik wynika, że termin na realizację obowiązku zbycia określonych składników majątku wynosił najczęściej 18 miesięcy (decyzje Prezesa UOKiK z: 28.06.2011, DKK-70/11; 5.09.2011, DKK-101/11; 26.03.2012, DKK-23/2012; 21.01.2014, DKK-4/2014) oraz 6 miesięcy (decyzje Prezesa UOKiK z: 25.02.2009 r., DKK-9/09; 12.07.2010, DKK-64/10; 31.03.2014, DKK-40/2014 – choć w tym ostatnim przypadku, gdyby przedsiębiorcy podjęli decyzję o uprzednim wniesieniu składników majątku, podlegających zbyciu, do innej spółki, termin na realizację obowiązku wynosiłby alternatywnie 9 miesięcy). Trzykrotnie termin ten wynosił 12 miesięcy (decyzje Prezesa UOKiK z: 27.10.2011, DKK-128/2011; 24.10.2013, DKK-135/2013; 6.02.2014, DKK-11/2014), natomiast raz wynosił aż 2 lata (decyzja Prezesa UOKiK z 18.10.2010, DKK-105/2010).

ust. 4–5 uokik rodzi jednak wątpliwości czy rozwiązanie to, w kształcie zaproponowanym przez ustawodawcę, ma szansę istotnie poprawić sytuację przedsiębiorców będących adresatami decyzji o warunkowej zgodzie na dokonanie koncentracji.

Ideę wprowadzenia regulacji umożliwiającej tymczasowe nieudostępnianie pewnych elementów decyzji o wyrażeniu warunkowej zgody na dokonanie koncentracji należy ocenić pozytywnie<sup>20</sup>. Jednakże ograniczenie możliwości „utajnienia” jedynie do tej części decyzji, która określa termin na spełnienie warunków, poddaje w wątpliwość celowość i skuteczność instytucji tymczasowego nieudostępniania decyzji warunkowej. Nie ulega wątpliwości, że czasowe zachowanie w poufności informacji dotyczącej terminu, w którym uczestnicy koncentracji powinni doprowadzić do ziszczenia się określonych warunków, wzmacnia ich pozycję negocjacyjną. Jednakże z ekonomicznego punktu widzenia znacznie istotniejszą częścią decyzji niż oznaczenie terminu, do którego nałożone przez organ antymonopolowy warunki powinny być spełnione, jest samo określenie tych warunków<sup>21</sup>. I właśnie pozyskanie tej informacji będzie dla potencjalnego kontrahenta znacznie bardziej wartościowe.

W praktyce tymczasowe nieudostępnianie decyzji warunkowej w części dotyczącej terminu na spełnienie warunków nałożonych na przedsiębiorców nie wpłynie znacząco na poprawę pozycji negocjacyjnej zobowiązanego przedsiębiorcy. Przystępujący do negocjacji inwestor nadal będzie miał świadomość tego, że przedsiębiorca został zobowiązany do określonego postępowania i pozyskane informacje będzie mógł wykorzystać do narzucenia drugiej stronie warunków mniej korzystnych, odbiegających od warunków rynkowych. Niestety w aktualnym stanie prawnym brakuje podstawy prawnej do odroczenia publikacji tej części decyzji, która określa warunki, jakie powinny być spełnione.

Dla pełnego osiągnięcia celów, które miały zostać urzeczywistnione wraz z wejściem w życie ustawy nowelizującej, pożądane byłoby rozszerzenie instytucji tymczasowego nieudostępniania decyzji warunkowej także o możliwość tymczasowego utajnienia warunków nałożonych na przedsiębiorców zamierzających przeprowadzić koncentrację<sup>22</sup>. Włączenie do zakresu informacji, których publikacja mogłaby zostać odroczone, także treści warunków skutkowałoby dalszym ograniczeniem jawności działania organów administracji publicznej oraz zmniejszałoby możliwość sprawowania kontroli społecznej nad przebiegiem koncentracji. Należałoby jednak rozważyć czy w tym przypadku pierwszeństwa nie należałoby raczej przyznać ważnemu interesowi podmiotu, na który został nałożony obowiązek realizacji warunku<sup>23</sup>.

Postulat rozszerzenia zakresu informacji, których publikacja mogłaby zostać odroczone, także o treść nałożonych warunków, choć sformułowany na etapie konsultacji społecznych, nie

<sup>20</sup> Kierunek zmian został pozytywnie oceniony także przez S. Dudzika (S. Dudzik, *Kontrola koncentracji w świetle ostatnich zmian ustawowych*, iKAR 2015, nr 2(4), s. 39) oraz – jak się wydaje – przez T. Skoczno i M. Kolański (T. Skoczny i M. Kolański, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 707–708) i K. Kohutka (*Komentarz do art. 19 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wolters Kluwer, LEX, Warszawa 2014).

<sup>21</sup> Potrzeby wprowadzenia możliwości odroczenia podania do publicznej wiadomości treści warunków nałożonych na przedsiębiorców były formułowane w toku toczących się postępowań w sprawie wyrażenia zgody na koncentrację (por. decyzja Prezesa UOKiK z 28.06.2011 r., DKK-70/11), jak również w toku konsultacji społecznych dotyczących projektu ustawy nowelizującej; por. pkt 11 zestawienia uwag zgłoszonych w toku konsultacji społecznych projektu nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (kontrola koncentracji, ochrona konsumentów, uwagi dotyczące pozostałych zagadnień). Zestawienie stanowi załącznik nr 3 do Uzasadnienia nowelizacji ustawy. Dokument dostępny pod adresem: <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/85314/85318/85321/dokument64619.pdf> (8.02.2015).

<sup>22</sup> S. Dudzik zwraca uwagę na potrzebę rozważenia nieudostępniania decyzji także w zakresie przedmiotów majątkowych, podlegających zbyciu w ramach realizacji warunków (S. Dudzik, *Kontrola koncentracji...*, s. 40). Za potrzebą rozszerzenia zakresu informacji, których publikacja mogłaby być odroczone, zdają się opowiadać także T. Skoczny i M. Kolański (T. Skoczny, M. Kolański, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji...*, s. 707–708).

<sup>23</sup> Za przyznaniem pierwszeństwa ważnemu interesowi podmiotu zobowiązanego opowiada się S. Dudzik i wskazuje, że ujawnienie pełnej treści warunków może ingerować w prawo własności i swobodę działalności gospodarczej podmiotu zobowiązanego (por. S. Dudzik, *Kontrola koncentracji...*, s. 40).

został uwzględniony z uwagi na to, że jak wskazano: „Tak szeroki zakres informacji utajnianych w decyzji przeczyć będzie zasadzie jawności”<sup>24</sup>. Odmowa uwzględnienia tej propozycji oraz sposób jej uzasadnienia zostały poddane krytyce przez T. Skoczego oraz D. Aziewiczza, którzy wskazują, że takie stanowisko pozostaje w sprzeczności z dopuszczeniem nieudostępniania terminu na wykonanie warunków i zwracają uwagę na to, że dla opinii publicznej najistotniejsza jest informacja czy zgoda na koncentrację została wydana, czy też nie<sup>25</sup>. Co więcej, rozszerzenie zakresu informacji, których publikacja mogłaby zostać odroczone, poprzez objęcie nim także warunków nałożonych na uczestników koncentracji należałoby uznać za spójne z założeniami leżącymi u podstaw samej instytucji warunkowej zgody na dokonanie koncentracji. Celem wprowadzenia możliwości wydawania decyzji o wyrażeniu warunkowej zgody na dokonanie koncentracji jest bowiem zmodyfikowanie pierwotnej koncepcji planowanej koncentracji, w taki sposób, aby transakcja nie skutkowała istotnym ograniczeniem na konkurencji na rynku, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku.

### III. Klauzula przeglądowa

Adresatami warunków zawartych w decyzji warunkowej mogą być wyłącznie przedsiębiorcy zgłaszający zamiar dokonania koncentracji<sup>26</sup>. Niewykonanie przez przedsiębiorcę chociaż jednego z warunków określonych w decyzji o wyrażeniu warunkowej zgody na dokonanie koncentracji naraża tego przedsiębiorcę na dotkliwe konsekwencje. W sytuacji, gdy zobowiązany pozostaje w opóźnieniu z wykonaniem warunku, Prezes UOKiK jest uprawniony do zastosowania sankcji dwojakiego rodzaju:

- 1) uchylenia decyzji o warunkowej zgodzie na dokonanie koncentracji, a jeżeli koncentracja została już dokonana, może on zastosować także środki określone w przepisie art. 21 ust. 2 uokik;
- 2) nałożenia na przedsiębiorcę na podstawie przepisu art. 107 uokik kary pieniężnej za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu decyzji o warunkowej zgodzie na dokonanie koncentracji.

Równoległe zastosowanie obu tych sankcji nie zostało przez ustawodawcę wyłączone – w przypadku stosowania ich obu kara pieniężna może zostać wymierzona za okres od następnego dnia po bezskutecznym upływie terminu na spełnienie warunku do dnia wydania decyzji uchylającej decyzję o warunkowej zgodzie na dokonanie koncentracji<sup>27</sup>.

Pomimo że nałożenie na przedsiębiorcę warunków wymaga jego zgody, w praktyce zdarza się, że wykonanie niektórych obowiązków określonych w decyzji okazuje się niemożliwe bądź znacznie utrudnione. Przyczyny takiego stanu rzeczy mogą wynikać między innymi z upływu czasu pomiędzy wydaniem decyzji warunkowej a realizacją warunków oraz wystąpienia już po wydaniu decyzji niespodziewanych zmian na rynku. W takich sytuacjach pojawia się pytanie o możliwość dokonywania zmian w decyzji o wyrażeniu warunkowej zgody na dokonanie koncentracji.

<sup>24</sup> Pkt 11 zestawienia uwag zgłoszonych w toku konsultacji społecznych projektu nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (kontrola koncentracji, ochrona konsumentów, uwagi dotyczące pozostałych zagadnień).

<sup>25</sup> T. Skoczny, D. Aziewicz, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji...*, s. 708.

<sup>26</sup> Tak: T. Skoczny, M. Kolasiński, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji...*, s. 683 oraz przywołana nam literatura. Tak również: E. Stawicki, *Komentarz do art. 19 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji...* Natomiast S. Dudzik zwraca uwagę na to, że nowelizacja nie usunęła wątpliwości w zakresie kręgu podmiotów, mogących być adresatami warunków (por. S. Dudzik, *Kontrola koncentracji...*, s. 39).

<sup>27</sup> Por. T. Skoczny, D. Aziewicz, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji...*, s. 705.

Przepisy regulujące postępowanie prowadzone przez Komisję Europejską w sprawach kontroli koncentracji dopuszczają, w uzasadnionych sytuacjach, możliwość przedłużenia terminów na wykonanie warunków lub, w wyjątkowych przypadkach, nawet uchylenie, zmianę lub zastąpienie zobowiązań. Dokonanie takich modyfikacji jest możliwe dzięki zamieszczeniu w decyzji o warunkowej zgodzie na dokonanie koncentracji wydawanej przez Komisję Europejską tzw. klauzuli przeglądowej<sup>28</sup>.

Analogiczna regulacja, z której dopuszczalność zmiany decyzji o warunkowej zgodzie na dokonanie koncentracji wynikałaby wprost, nie została jednak przeniesiona do krajowego porządku prawnego. Należałoby zatem rozważyć czy pod rządami aktualnie obowiązujących przepisów uokik Prezes UOKiK jest uprawniony do zmiany decyzji o warunkowej zgodzie na dokonanie koncentracji w zakresie terminów na realizację warunków lub treści samych warunków.

Niekiedy wskazuje się, że podstawę prawną do zmiany decyzji Prezesa UOKiK o warunkowej zgodzie na dokonanie koncentracji może stanowić przepis art. 21 ust. 1 uokik, który zawiera upoważnienie do uchylenia decyzji warunkowej w sytuacji, gdy przedsiębiorcy nie spełniają nałożonych na nich warunków, i następnie orzeczenia co do istoty sprawy<sup>29</sup>. Jednak ponieważ zastosowanie tej regulacji możliwe jest wyłącznie na etapie, kiedy koncentracja nie została jeszcze dokonana<sup>30</sup>, praktyczne jej wykorzystanie w celu przesunięcia terminu na wykonanie warunków, czy też zmiany treści tych warunków, wydaje się mało prawdopodobne. W rzeczywistości bowiem przedsiębiorcom, którzy uzyskali warunkową zgodę na koncentrację, najczęściej zależy na jak najszybszym przeprowadzeniu koncentracji. Dlatego też z jej dokonaniem nie wstrzymują się do czasu wypełnienia wszystkich warunków nałożonych na nich w decyzji organu antymonopolowego. Dążenie do jak najszybszego przeprowadzenia koncentracji wydaje się uzasadnione względami ekonomicznymi i pragmatycznymi. Nie może ulegać wątpliwości, że odkładanie momentu dokonania koncentracji może być niekorzystne z punktu widzenia wszystkich podmiotów uczestniczących w tym procesie. Zwykle bowiem od momentu podpisania warunkowej umowy dotyczącej koncentracji do dokonania koncentracji podejmowanie znaczących decyzji przez każdy z podmiotów zamierzających uczestniczyć w koncentracji będzie wymagało zgody pozostałych stron. W konsekwencji przedłużający się okres pomiędzy podpisaniem warunkowej umowy inwestycyjnej dotyczącej koncentracji a dokonaniem koncentracji może skutkować znacznym utrudnieniem w zakresie podejmowania istotnych decyzji mających wpływ na funkcjonowanie uczestników koncentracji. Ponadto, im okres pomiędzy podpisaniem umowy warunkowej a dniem dokonania koncentracji jest dłuższy, tym większa niepewność w zakresie tego czy transakcja w zamierzonym kształcie w ogóle zostanie przeprowadzona. Z powyższych względów ewentualne trudności z terminowym wykonaniem włożonych na przedsiębiorców w decyzji warunkowej obowiązków pojawiają się już na etapie, kiedy koncentracja została dokonana. Na tym etapie zmiana decyzji na podstawie przepisu art. 21 ust. 1 uokik byłaby jednak niedopuszczalna.

Pewną namiastką klauzuli przeglądowej istniejącej w postępowaniach prowadzonych przez Komisję Europejską może w krajowym porządku prawnym stanowić przepis art. 155 k.p.a., dopuszczający uchylenie lub zmianę decyzji ostatecznej, na mocy której strona nabyła prawo,

<sup>28</sup> Pkt 71 Zawiadomienia Komisji w sprawie środków zaradczych dopuszczalnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 i rozporządzenia Komisji (WE) nr 802/2004 (2008/C 267/01).

<sup>29</sup> Por. D. Wolski, *Wybrane zagadnienia...*, s. 45.

<sup>30</sup> C. Banasiński, E. Piontek, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 382.

jeżeli przemawia za tym interes społeczny lub słuszny interes strony, a strona wyrazi na to zgodę. Możliwość zmiany decyzji warunkowej w oparciu o przywołaną podstawę prawną jest jednak ograniczona ze względu na przepis art. 82 ust. 1 uokik, zgodnie z którym od decyzji Prezesa UOKiK stronie nie przysługują środki prawne wzruszenia decyzji przewidziane w k.p.a. dotyczące zmiany decyzji. Powyższe oznacza, że w postępowaniu w sprawie kontroli koncentracji instytucja zmiany decyzji może zostać zastosowana przez organ tylko z urzędu w ramach przysługującej mu władzy dyskrecyjnej, a zwrócenie się przez stronę z żądaniem zmiany decyzji warunkowej nie będzie obligowało Prezesa UOKiK do wydania orzeczenia w tym zakresie<sup>31</sup>. To z kolei wyklucza możliwość zainicjowania przez stronę postępowania sądowego w celu kontroli stanowiska organu antymonopolowego, gdy pomimo ziszczenia się wszystkich przesłanek określonych w przepisie art. 155 k.p.a. decyzja warunkowa nie została by przez Prezesa UOKiK zmieniona.

#### IV. Zmiany w procedurze uzgadniania warunków

Przepisy ustawy antymonopolowej w brzmieniu obowiązującym do 18 stycznia 2015 r. w sposób wyraźny przyznawały uprawnienie do przedstawienia warunków, od których przyjęcia uzależnione było wydanie decyzji o wyrażeniu zgody (warunkowej) na dokonanie koncentracji, jedynie Prezesowi UOKiK<sup>32</sup>. Stąd w doktrynie podnoszone były wątpliwości czy analogiczne uprawnienie przysługuje także przedsiębiorcy uczestniczącemu w koncentracji. Według stanowiska dominującego do przedstawienia propozycji warunków przedsiębiorca również był legitymowany<sup>33</sup>. Taki pogląd znajdował swoje oparcie przede wszystkim w przepisie art. 96 ust. 2 uokik stanowiącym, że w przypadku przedstawienia warunków przez przedsiębiorcę termin 2-miesięczny, w którym postępowanie antymonopolowe w sprawach koncentracji powinno zostać zakończone, ulegał przedłużeniu o 14 dni. Choć w zakresie legitymacji przedsiębiorcy do proponowania warunków pojawiały się także stanowiska odmienne<sup>34</sup>.

Przepisy nie regulowały także w sposób wyczerpujący samej procedury proponowania warunków przez przedsiębiorcę. Uważano wówczas, że możliwość zaproponowania przez przedsiębiorcę uczestniczącego w koncentracji warunków istniała na różnych etapach postępowania – warunki takie mogły zostać zaproponowane nie tylko jako odpowiedź na warunki zaproponowane przez Prezesa UOKiK, lecz także wcześniej<sup>35</sup>. Możliwość przedstawiania warunków alternatywnych wobec tych wskazywanych przez Prezesa UOKiK była przez przedsiębiorców wykorzystywana<sup>36</sup>.

Ustawa nowelizująca porządkuje procedurę proponowania warunków, od których przyjęcia uzależnione jest wydanie decyzji o wyrażeniu zgody (warunkowej) na dokonanie koncentracji, usuwając szereg wątpliwości dotyczących kręgu podmiotów legitymowanych do przedstawienia warunków. Wprowadzonych przepisów nie można jednak traktować jako wyczerpującego uregulowania procedury przedstawiania warunków oraz uzgadniania ostatecznej ich treści. Regulacja

<sup>31</sup> Por. wyr. SO w Warszawie z 17.04.2014 r., XVII AmA 23/13. Pobrano z: [http://orzeczenia.warszawa.so.gov.pl/details/\\$N/154505000005127\\_XVII\\_AmA\\_000023\\_2013\\_Uz\\_2014-04-17\\_001](http://orzeczenia.warszawa.so.gov.pl/details/$N/154505000005127_XVII_AmA_000023_2013_Uz_2014-04-17_001) (28.03.2015).

<sup>32</sup> Przepis art. 95 ust. 2 uokik w brzmieniu obowiązującym do 18.01.2015 r. stanowił, że Prezes Urzędu może przedstawić przedsiębiorcy lub przedsiębiorcom uczestniczącym w koncentracji warunki, o których mowa w art. 19 ust. 2, wyznaczając termin na ustosunkowanie się do zgłoszonej propozycji; brak odpowiedzi lub odpowiedź negatywna powoduje wydanie decyzji, o której mowa w art. 20 ust. 1.

<sup>33</sup> C. Banasiński, E. Piontek, *Ustawa o ochronie konkurencji...*, s. 792.

<sup>34</sup> M. Błachucki, *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców*, Wydawnictwo Naukowe UMK, Warszawa 2012, s. 296.

<sup>35</sup> C. Banasiński, E. Piontek, *Ustawa o ochronie konkurencji...*, s. 792.

<sup>36</sup> Por. decyzje Prezesa UOKiK z: 25.02.2009 r., DKK-9/09; 12.07.2010 r., DKK-64/10 oraz 5.09.2011 r., DKK-101/11.



ta jedynie w sposób ramowy określa sposoby komunikacji pomiędzy przedsiębiorcami zgłaszającymi zamiar dokonania koncentracji a organem antymonopolowym.

Istotną zmianą w tym zakresie jest wprowadzenie rozwiązania zbliżonego do istniejącego w prawie unijnym *statement of objections*<sup>37</sup>, zobowiązującego Prezesa UOKiK do poinformowania przedsiębiorcy lub przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji o zastrzeżeniach wobec koncentracji jeszcze przed wydaniem decyzji kończącej postępowanie antymonopolowe. Instytucja ta stanowi rozwinięcie dotychczasowej regulacji zawartej w przepisie art. 74 uokik, zgodnie z którym Prezes UOKiK, wydając decyzję kończącą postępowanie, uwzględnia tylko zarzuty, do których strony mogły się ustosunkować. Tym samym zastrzeżenia wobec koncentracji nie stanowią zupełnego *novum* w polskim prawie antymonopolowym<sup>38</sup>.

Instytucja zastrzeżeń wobec koncentracji znajduje zastosowanie w sprawach, w których istnieje uzasadnione prawdopodobieństwo istotnego ograniczenia konkurencji na rynku w wyniku dokonania koncentracji (art. 96a ust. 3 uokik). Co istotne, choć zastrzeżenia Prezesa UOKiK formułowane w tym trybie muszą bezwzględnie być powiązane z kryteriami oceny koncentracji, to nie mają one charakteru definitywnego<sup>39</sup>. Oznacza to, że przedstawienie zastrzeżeń co do planowanej koncentracji nie uniemożliwia wydania po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego decyzji wyrażającej bezwarunkową zgodę na dokonanie koncentracji<sup>40</sup>.

Organ antymonopolowy nie może poprzestać na samym sformułowaniu zastrzeżeń, ale zobowiązany jest również do ich uzasadnienia. Uzasadnienie powinno w bezpośredni sposób odnosić się do kryteriów oceny planowanej koncentracji, a w szczególności powinno z niego jasno wynikać, z jakich przyczyn Prezes UOKiK uznaje, że zachodzi uzasadnione prawdopodobieństwo istotnego ograniczenia konkurencji na rynku w wyniku dokonania koncentracji w sposób opisany przez przedsiębiorcę.

Uzyskanie przez przedsiębiorców zamierzających dokonać koncentracji informacji o zastrzeżeniach jeszcze przed wydaniem decyzji kończącej postępowanie w sprawie koncentracji będzie miało walor informacyjny, ale przede wszystkim umożliwi im przedstawienie swojego stanowiska i podjęcie próby przekonania organu antymonopolowego, że przeprowadzenie koncentracji w zaproponowanym przez przedsiębiorców zamierzających dokonać koncentracji kształcie nie wpłynie istotnie na konkurencję na rynku. Będzie stanowiło również impuls do przygotowania przez przedsiębiorcę własnej propozycji warunków, które następnie będą mogły zostać zaprezentowane organowi antymonopolowemu.

W obecnym stanie prawnym przedsiębiorca może ustosunkować się do zastrzeżeń Prezesa UOKiK w terminie 14 dni od dnia ich doręczenia (art. 96a ust. 4 uokik)<sup>41</sup>. Przedstawiając swoje stanowisko, może on od razu przedstawić proponowane przez siebie warunki i zobowiązać się do ich spełnienia (art. 96a ust. 6 uokik). Może też, bez utraty uprawnienia do zaproponowania warunków na późniejszym etapie postępowania, poprzestać na przedstawieniu argumentacji

<sup>37</sup> R. Gago, P.K. Rosiak, *Uwagi dotyczące zakresu postanowienia o wszczęciu postępowania w świetle wymogu zapewnienia realizacji prawa do obrony oraz w związku z zakresem unijnego postanowienia o przedstawieniu zarzutów (Statement of objections)*, iKAR 2013, nr 7(2), s. 45.

<sup>38</sup> S. Dudzik, *Kontrola koncentracji...*, s. 34; M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2011, s. 112–113. Odmiennie T. Skoczny, M. Modzelewska de Raad [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji...*, s. 1175.

<sup>39</sup> T. Skoczny, M. Modzelewska de Raad, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji...*, s. 1175.

<sup>40</sup> Por. K. Kohutek, *Komentarz do art. 96(a) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji...*

<sup>41</sup> Ten, stosunkowo krótki, termin może zostać przez Prezesa UOKiK przedłużony na uzasadniony wniosek przedsiębiorcy o nie więcej niż dalsze 14 dni (art. 96a ust. 4 uokik).

zmierzającej do przekonania Prezesa UOKiK, że przeprowadzenie koncentracji w kształcie pierwotnie zaplanowanym nie spowoduje istotnego ograniczenia konkurencji.

W przypadku, gdy podmiotem przedstawiającym warunki jest Prezes UOKiK, przedsiębiorca ma możliwość ustosunkowania się do nich w terminie 14 dni od dnia ich doręczenia – termin ten może zostać przedłużony o nie więcej niż 14 dni na uzasadniony wniosek przedsiębiorcy (art. 96a ust. 5 w zw. z art. 96a ust. 4 uokik). W odpowiedzi na przedstawienie warunków przedsiębiorca może również przedstawić proponowane przez siebie warunki (art. 96a ust. 6 uokik).

Nowelizacja utrzymuje poprzednio obowiązującą zasadę, zgodnie z którą nałożenie na przedsiębiorców w decyzji o warunkowej zgodzie na dokonanie koncentracji zobowiązań do wykonania określonych warunków wymaga zaakceptowania tych warunków zarówno przez Prezesa UOKiK, jak i przez przedsiębiorcę. Oznacza to, że zarówno brak przekazania przez przedsiębiorcę Prezesowi UOKiK stanowiska odnośnie do warunków zaproponowanych przez Prezesa UOKiK w ustawowym terminie (traktowany jako konkludentna odmowa), wyraźna odmowa przyjęcia takich warunków przez przedsiębiorcę, jak i odmowa akceptacji przez Prezesa UOKiK warunków przedstawionych przez przedsiębiorcę (akceptacja przez Prezesa UOKiK warunków musi być dokonana w sposób wyraźny) będą co do zasady skutkowały wydaniem decyzji o zakazie koncentracji (art. 96a ust. 7 uokik). Chyba że na skutek przedłużających się uzgodnień postępowanie prowadzone przez organ antymonopolowy nie zostałoby zakończone w terminie miesiąca od dnia jego wszczęcia (art. 96 ust. 1 uokik), a w przypadku koncentracji bardziej złożonych określonych w art. 96a ust. 1 pkt 1–3 uokik – w terminie 5 miesięcy od tego dnia, gdyż upływ tych terminów skutkuje uchynieniem zakazu dokonania koncentracji (art. 97 ust. 2 uokik).

Takie ukształtowanie procedury uzgadniania warunków, na jakich planowana koncentracja miałaby zostać dokonana, powinno usprawnić komunikację pomiędzy organem antymonopolowym a przedsiębiorcami uczestniczącymi w koncentracji. Nie gwarantuje ono jednak w dostateczny sposób przyspieszenia postępowania w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji. Ustawodawca wprowadził co prawda stosunkowo krótkie terminy na ustosunkowanie się przez przedsiębiorców do zastrzeżeń Prezesa UOKiK i formułowanych przez niego propozycji odnośnie do warunków. Nie określił jednak najpóźniejszego możliwego terminu, w którym Prezes UOKiK mógłby poinformować przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji o zastrzeżeniach wobec koncentracji<sup>42</sup>. Oznacza to, że formalnie organ antymonopolowy może takie zastrzeżenia przedstawić w dowolnym momencie, także w końcowej fazie postępowania, co w sposób oczywisty wpłynie na konieczność przedłużenia postępowania. Przepisy nie określają także momentu, do którego organ antymonopolowy powinien przedstawić propozycję warunków oraz nie wskazują, w jakim terminie Prezes UOKiK powinien ustosunkować się do warunków przedstawionych przez przedsiębiorcę. Wnioskować należy, że stanowisko organu antymonopolowego odnośnie do warunków zaproponowanych przez przedsiębiorcę może zostać wyrażone najpóźniej w decyzji kończącej prowadzone postępowanie. Dlatego też to czy zmiany w zakresie procedury uzgadniania warunków rzeczywiście wpłyną na przyspieszenie postępowań w sprawie kontroli koncentracji w znacznej mierze będzie uzależnione od szybkości procedowania organu antymonopolowego i stosowania nowych regulacji w praktyce.

<sup>42</sup> Postulat taki został zgłoszony na etapie konsultacji społecznych. Uwaga ta nie została jednak uwzględniona. Jako uzasadnienie wskazano: „Wprowadzenie takiego terminu nie jest możliwe. Zdarzają się sytuacje, że zastrzeżenia pojawiają się dopiero na końcowym etapie postępowania, co spowodowane może być koniecznością przeprowadzenia szczegółowego badania rynku”. Pkt 18 zestawienia uwag zgłoszonych w toku konsultacji społecznych projektu nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (kontrola koncentracji, ochrona konsumentów, uwagi dotyczące pozostałych zagadnień).

## V. Wnioski końcowe i *de lege ferenda*

Przy ocenie zmian wprowadzonych przez ustawodawcę do regulacji prawnej warunkowej zgody na dokonanie koncentracji nie można zapominać, że u podstaw wydania decyzji warunkowej leży przekonanie, że dokonanie koncentracji w sposób pierwotnie przez przedsiębiorców zaplanowany skutkowałoby istotnym ograniczeniem konkurencji, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej. Z tego też powodu należałoby uznać, że wykonanie przez przedsiębiorców wszystkich nałożonych na nich w decyzji warunków leży w interesie publicznym. Nie należy zapominać, że brak realizacji choć jednego z warunków nie tylko będzie skutkowało dokonaniem koncentracji z naruszeniem przepisów i możliwością nałożenia na przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji kar pieniężnych, lecz także może przede wszystkim istotnie zaburzyć konkurencję na rynku w taki sposób, że przywrócenie jej równowagi może okazać się niemożliwe. Powyższe oznacza, że w interesie publicznym leży odpowiednie ukształtowanie tych instytucji przewidzianych w ustawie, których celem jest zachowanie efektywnej konkurencji na rynku.

Ograniczenie możliwości odroczenia podania do publicznej wiadomości jedynie tego fragmentu decyzji warunkowej, który określa długość terminu wyznaczonego na realizację warunków, nie stanowi dostatecznej gwarancji dla przedsiębiorcy zobowiązanego, że nie będzie on musiał w celu terminowego wykonania określonych obowiązków dokonywać czynności na warunkach nierynkowych. Przed taką sytuacją daleko bardziej zabezpieczałoby go zachowanie w poufności treści warunków, ku czemu brakuje jednak podstaw prawnych. Dlatego też należałoby rozważyć rozszerzenie możliwości tymczasowego nieudostępniania decyzji warunkowej także o informacje dotyczące treści obowiązków, które mają być wykonane. Takie rozwiązanie wydaje się atrakcyjne nie tylko z punktu widzenia zobowiązanego przedsiębiorcy. Za jego wprowadzeniem przemawiają także względy związane z ochroną interesu publicznego – odroczenie podania do publicznej wiadomości treści warunków mogłoby przyczynić się do zwiększenia szansy na terminowe i prawidłowe wykonanie wszystkich warunków, a w konsekwencji zapobiec zaburzeniu konkurencji na rynku. Co więcej, znacznie zmniejszałoby ono ryzyko, że przedsiębiorca, stojąc przed wyborem czy wykonać nałożony na niego obowiązek na warunkach rażąco nierynkowych narzuconych przez kontrahenta, czy nie, świadomie podejmie decyzję o zaniechaniu wykonania warunku, licząc się ze wszystkimi wiążącymi się z tym konsekwencjami.

Należałoby także postulować wprowadzenie do krajowego porządku prawnego rozwiązania zbliżonego do klauzuli przeglądowej funkcjonującej w prawie europejskim i wprowadzenie do uokik przepisu, umożliwiającego żądanie przez stronę już po wydaniu decyzji warunkowej przedłużenia terminów wyznaczonych na realizację warunków oraz modyfikacji treści tych warunków. Powyższa możliwość powinna, podobnie jak zostało to przyjęte w prawie europejskim<sup>43</sup>, być dopuszczalna jedynie w sytuacjach uzasadnionych, w szczególności, gdy realizacja decyzji warunkowej w pierwotnym kształcie jest niemożliwa z przyczyn niezależnych od zobowiązanego przedsiębiorcy<sup>44</sup>. Za uregulowaniem możliwości wprowadzania zmian w decyzji warunkowej w sytuacji, gdy realizacja pierwotnie nałożonych na przedsiębiorcę warunków okazuje się niemożliwa z przyczyn nieleżących po stronie podmiotu zobowiązanego, przemawia przede wszystkim to, że przesunięcie terminu

<sup>43</sup> Pkt 71 Zawiadomienia Komisji w sprawie środków zaradczych dopuszczalnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 i rozporządzenia Komisji (WE) nr 802/2004 (2008/C 267/01).

<sup>44</sup> Pkt 72 Zawiadomienia Komisji w sprawie środków zaradczych....

czy też modyfikacja pierwotnych warunków w większości przypadków mogłyby mieć znacznie mniej negatywny wpływ na stan konkurencji na rynku niż przeprowadzenie koncentracji przy braku terminowej realizacji pierwotnych warunków. Nie ulega również wątpliwości, że wprowadzenie pewnych modyfikacji (przedłużenie terminu czy też wprowadzenie nowych warunków w miejsce dotychczasowych) do decyzji warunkowej w sposób prostszy i bardziej efektywny ograniczyłoby istotne zakłócenie konkurencji na rynku niż następcze stosowanie przez Prezesa UOKiK środków określonych w przepisach art. 21 ust. 1 uokik. W wielu przypadkach przywrócenie efektywnej konkurencji po dokonaniu koncentracji z naruszeniem warunków nałożonych na przedsiębiorcę nie będzie możliwe. Za przepisami dopuszczającymi możliwość wprowadzania zmian w decyzjach warunkowych przemawia także okoliczność, że najczęściej nałożone na przedsiębiorcę warunki nie są jedynymi zobowiązaniami, których realizacja zapobiegałaby istotnemu wpływowi na konkurencję. Oznacza to, że warunki określone w decyzji warunkowej, których realizacja nie jest możliwa, mogłyby zostać zastąpione przez inne warunki (alternatywne) bez powstania negatywnych konsekwencji w zakresie konkurencji na rynku.

Oceniając uregulowanie przez ustawodawcę zastrzeżeń Prezesa UOKiK odnośnie do planowanej koncentracji, należy stwierdzić, że stanowią one jedynie namiastkę istniejącego w prawie unijnym *statement of objections*. Wydaje się, że instytucja zastrzeżeń będzie przede wszystkim pełniła funkcję inicjującą kontakt przedsiębiorcy z organem antymonopolowym, a w mniejszym zakresie służyła realizacji prawa do obrony<sup>45</sup>. Dla zapewnienia pełnej efektywności zastrzeżeń odnośnie do planowanej koncentracji pożądane byłoby, aby były one przez Prezesa UOKiK formułowane i przekazywane przedsiębiorcom na wczesnym stadium postępowania antymonopolowego w sprawie koncentracji. Zgłaszanie zastrzeżeń na końcowym etapie postępowania, tuż przed wydaniem decyzji w sprawie koncentracji, będzie skutkowało przedłużeniem postępowania i niekorzystnym z ekonomicznego punktu widzenia utrzymywaniem stanu niepewności co do wyniku postępowania. Na marginesie warto wspomnieć, że choć w toku konsultacji społecznych postulat określenia najpóźniejszego możliwego terminu, w którym Prezes UOKiK mógłby przedstawić przedsiębiorcy zastrzeżenia, został zgłoszony, to jednak uwaga ta nie spotkała się z aprobatą<sup>46</sup>. Wydaje się, że takie ograniczenie organu antymonopolowego terminem określonym w ustawie nie byłoby uzasadnione. Wskazane jednak byłoby, aby kwestia najpóźniejszego momentu na przedstawienie zastrzeżeń została uregulowana w wyjaśnieniach wydanych przez organ antymonopolowy na podstawie art. 31a uokik.

Podsumowując należałoby stwierdzić, że zmiany wprowadzone przez ustawodawcę do regulacji prawnej warunkowej zgody na dokonanie koncentracji mają przede wszystkim charakter porządkujący, a ich głównym celem jest inicjowanie i usprawnienie komunikacji pomiędzy przedsiębiorcami zamierzającymi dokonać koncentracji a organem antymonopolowym. Nie wydaje się, aby mogły one znacząco wpłynąć na poprawę sytuacji przedsiębiorców, wobec których wydana zostanie decyzja o warunkowej zgodzie na dokonanie koncentracji. Nie zmienia to faktu, że kierunek zainicjowanych zmian należy ocenić pozytywnie.

<sup>45</sup> Tak również S. Dudzik, *Kontrola koncentracji...*, s. 36.

<sup>46</sup> Por. pkt 18 zestawienia uwag zgłoszonych w toku konsultacji społecznych projektu nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (kontrola koncentracji, ochrona konsumentów, uwagi dotyczące pozostałych zagadnień).