

Przegląd zmian w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów w zakresie kryteriów obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji

Spis treści

- I. Uwagi wprowadzające
- II. Nowe zasady obliczania progów wymiaru krajowego dla poszczególnych rodzajów koncentracji
 1. Uwagi ogólne
 2. Regulacja prawna liczenia obrotów grup kapitałowych uczestników pasywnych koncentracji w przypadku przejęcia kontroli i nabycia części mienia
 3. Obliczanie obrotów grup kapitałowych uczestników koncentracji (zasady wspólne dla wszystkich rodzajów koncentracji)
- III. Obowiązek zgłoszenia w przypadku koncentracji wieloetapowych
- IV. Objęcie progiem bagatelności koncentracji dotychczas niepodlegających zasadzie wyłączenia *de minimis* (rozszerzenie katalogu wyłączeń spod obowiązku zgłoszenia)
- V. Konkluzje

Streszczenie

W artykule dokonano przeglądu zmian wprowadzonych w ustawie z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów ustawą z 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, w zakresie dotyczącym przepisów o kontroli koncentracji przedsiębiorców. Kompleksowo omówiono wprowadzone do ustawy zmiany dotyczące kryteriów obowiązku zgłoszenia. Krytycznej analizie poddano także nowe rozporządzenie wykonawcze w sprawie sposobu obliczania obrotu przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji. Autor podjął próbę oceny wprowadzonych rozwiązań z punktu widzenia praktyki stosowania przepisów dotyczących administracyjnej kontroli nad rynkową konsolidacją przedsiębiorców. Artykuł nie obejmuje analizy nowych instytucji prawa procesowego.

Słowa kluczowe: ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów; nowelizacja; zmiany w prawie kontroli koncentracji; nowe rozporządzenia wykonawcze w sprawach koncentracji; obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji; obrót przedsiębiorców; wymiar krajowy; koncentracje wieloetapowe; koncentracje bagatelne; wyłączenia spod obowiązku zgłoszenia.

* Prawnik w praktyce prawa konkurencji kancelarii Wardyński i Wspólnicy; doktorant na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie; e-mail: andrzej.madala@wardynski.com.pl.

I. Uwagi wprowadzające

Mamy już za sobą ponad dwuletni okres dyskusji i konsultacji nad projektem zmian¹ ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: uokik²) oraz oczekiwania na jego przyjęcie. Po zakończeniu procesu legislacyjnego i opublikowaniu przepisów nowelizujących uokik³, tj. ustawy z 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (dalej: nowelizacja lub ustawa zmieniająca), zakończył się również półroczny okres *vacatio legis*. Zmienione prawo antymonopolowe obowiązuje od 18 stycznia bieżącego roku⁴.

Publicznoprawne instrumenty oddziaływania Prezesa UOKiK na procesy konsolidacji rynkowej przedsiębiorców wskazane w Działach III (koncentracje przedsiębiorców) oraz VI (postępowanie przed Prezesem UOKiK) uokik nie podlegały zmianom od początku obowiązywania tego aktu prawnego⁵. Zmiany wprowadzone w tym zakresie nowelizacją z 2014 r. są więc pierwszymi od prawie ośmiu lat funkcjonowania przywołanych przepisów w systemie ochrony konkurencji w Polsce⁶.

Wieloletnia praktyka stosowania uokik dowiodła potrzeby zarówno uproszczenia i odformalizowania procedur, jak i zwiększenia gwarancji procesowych uczestników postępowań przed Prezesem UOKiK czy wyeliminowania przepisów budzących wątpliwości interpretacyjne. Prace nad obszerną nowelizacją uokik, również w zakresie kontroli koncentracji, zostały zapowiedziane już w 2011 r.⁷, a projekt zmian opracowany przez Prezesa UOKiK⁸ był szeroko komentowany przez środowiska biznesowe i prawnicze⁹. Zainteresowani byli zgodni, że obowiązująca regulacja w wielu miejscach wymaga modyfikacji. Podczas prac nad nowelizacją zgłaszano szereg postulatów. Po zakończeniu konsultacji i procesu legislacyjnego przepisy ustawy zmieniającej uokik weszły w życie, wprowadzając kilka istotnych i szereg mniejszych zmian w dotychczasowej regulacji kontroli koncentracji przedsiębiorców.

Czy został spełniony główny cel nowelizacji uokik, tj. wdrożenie rozwiązań wzmacniających polski system ochrony konkurencji i konsumentów poprzez wzrost skuteczności regulacji

¹ Projekt założeń z 15.05.2012 r. do projektu ustawy zmieniającej uokik został opublikowany pierwotnie na stronie internetowej UOKiK 16.05.2012 r. Pobrano z: http://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=3429&news_page=13 (16.03.2015).

² Dz.U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.

³ Ostateczną wersję ustawy zmieniającej uokik Sejm uchwalił 10.06.2014 r., ustawa uzyskała akceptację Prezydenta RP 30.06.2014 r., po czym została ogłoszona w Dzienniku Ustaw RP 17.07.2014 r. (Dz.U. z 2014 r., poz. 945). Zob. akt opublikowany na stronach Rządowego Centrum Legislacyjnego: <http://dokumenty.rcl.gov.pl/DU/rok/2014/pozycja/945> (16.03.2015).

⁴ Tekst jednolity uokik został ogłoszony obwieszczeniem Marszałka Sejmu RP z 26.01.2015 r. w sprawie opublikowania jednolitego tekstu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów opublikowanym 5.02.2015 r. (Dz.U. z 2015 r., poz. 184).

⁵ Do chwili uchwalenia ustawy zmieniającej z 2014 r. przepisy uokik były ośmiokrotnie zmieniane. Dwie zmiany weszły w życie w 2007 r. (Dz.U. Nr 99, poz. 660 oraz Dz.U. Nr 171, poz. 1206), jedna w 2008 r. (Dz.U. Nr 157, poz. 976), trzy w 2009 r. (Dz.U. z 2008 r., nr 223, poz. 1458, Dz.U. z 2009 r., nr 18, poz. 97 oraz Dz.U. z 2008 r., nr 227, poz. 1505), po jednej zmianie w 2010 r. (Dz.U. z 2009 r., nr 157, poz. 1241) oraz w 2011 r. (Dz.U. Nr 34, poz. 173). Żadna ze zmian nie dotyczyła jednak ustawowej regulacji w zakresie kontroli koncentracji. Zmiany te uwzględnia tekst jednolity uokik opublikowany w Dzienniku Ustaw z 2015 r. pod pozycją 184. Zob. przypis 4.

⁶ Uokik, ogłoszona 21.03.2007 r., zaczęła obowiązywać 21.04.2007 r.

⁷ W rządowej *Polityce konkurencji na lata 2011-2013*, przyjętej przez Radę Ministrów w 2011 r., wskazano na zadania legislacyjne Prezesa UOKiK w zakresie m.in. przeanalizowania możliwości wprowadzenia dwufazowej procedury rozpatrywania koncentracji oraz przygotowania odpowiednich rozwiązań prawnych w tym zakresie czy dokonania przeglądu przepisów regulujących prowadzenie postępowania antymonopolowego oraz przygotowania zmian w prawie eliminujących problemy proceduralne występujące w trakcie postępowania przed Prezesem UOKiK. Zob. www.uokik.gov.pl/download.php?plik=10111 (16.03.2015 r.).

⁸ Założenia projektu nowelizacji uokik zostały opublikowane w maju 2012 r. Zob. link opublikowany na stronach Rządowego Centrum Legislacji: <http://legislacja.rcl.gov.pl/lista/1/projekt/43452> (16.03.2015).

⁹ Dyskusja na temat projektowanych zmian uokik prowadzona była również na łamach iKAR-a. Zob. numery iKAR-a z lat 2012–2013. Kwestii planowanych zmian w zakresie kontroli koncentracji dotyczyły m.in. artykuły: M. Kolański, *Polityka kontroli koncentracji w Polsce – stan obecny i możliwe zmiany*, iKAR 2012, nr 1(1), s. 74; Sz. Sypa, *Postulowane zmiany w prawie kontroli koncentracji – uwagi na tle propozycji Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, iKAR 2012, nr 2(1), s. 16; D. Wolskiego, *Kierunek zmian w zakresie kontroli koncentracji przedsiębiorców w projekcie nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, iKAR 2013, nr 1(2), s. 8 czy *Uwagi dotyczące wybranych instytucji w projekcie nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, iKAR 2013, nr 7(2), s. 16 oraz D. Aziewicz, *Dwufazowość postępowania antymonopolowego w sprawach koncentracji a możliwość zawieszenia terminu w nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, iKAR 2013, nr 7(2), s. 50.

antymonopolowej m.in. w zakresie kontroli koncentracji? Czy zostały osiągnięte cele szczegółowe, jak np. eliminacja lub zmiana przepisów budzących wątpliwości interpretacyjne ujawnione na gruncie uokik czy skupienie uwagi organu antymonopolowego na najbardziej istotnych sprawach koncentracyjnych i wyłączenie spod jego oddziaływania koncentracji bagatelnych z punktu widzenia rynku i konkurencji?¹⁰ Oczywiście najpełniej będzie można odpowiedzieć na te pytania po pewnym okresie obowiązywania zmienionej ustawy, gdy poznamy praktykę stosowania nowych przepisów przez Prezesa UOKiK. Znając jednak ostateczną treść i zakres zmian normatywnych wprowadzanych do przepisów regulujących prawa i obowiązki przedsiębiorców oraz działania organu antymonopolowego na gruncie uokik w zakresie kontroli koncentracji, można pokusić się o wstępną diagnozę.

Poniżej przedstawiam listę zmian w zakresie prawa materialnego wprowadzonych do przepisów dotyczących kontroli koncentracji przedsiębiorców nowelizacją z 2014 r. wraz z omówieniem uregulowań nowego rozporządzenia wykonawczego do uokik (chodzi o rozporządzenie Rady Ministrów w sprawie obliczania obrotu przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji z 23 grudnia 2014 r.¹¹) oraz analizą wyjaśnień UOKiK w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK¹², w omawianym zakresie. Przedstawiam również ocenę przewidywanych skutków ich wprowadzenia dla stosowania przepisów uokik.

Zmiany kryteriów obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji można, co do zasady, zakwalifikować do trzech podstawowych kategorii:

- zmiany w zasadach obliczania obrotów przedsiębiorców na potrzeby ustalenia obowiązku zgłoszenia (poprzez wprowadzenie szczegółowej regulacji w zakresie weryfikowania podstawowych progów zgłoszeniowych wskazanych w art. 13 ust. 1 uokik dla poszczególnych rodzajów koncentracji wymienionych w art. 13 ust. 2 uokik);
- wprowadzenia do przepisów uokik regulacji dotyczącej obowiązku zgłaszania ciągu kilku koncentracji jako jednej koncentracji istotnej rynkowo (tzw. koncentracji wieloetapowych);
- rozszerzenia wyłączenia *de minimis* w dotychczasowym katalogu wyłączeń spod obowiązku zgłoszenia zawartego w art. 14 uokik.

Nowe instytucje prawa procesowego (w szczególności dwuetapowe postępowanie zgłoszeniowe, wprowadzenie instytucji zastrzeżeń do planowanej koncentracji oraz uregulowania rozporządzenia Rady Ministrów z 23 grudnia 2014 r. w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji wprowadzającego zmieniony kwestionariusz zgłoszeniowy WID¹³) pozostawiono poza zakresem niniejszej publikacji.

¹⁰ Zob. uzasadnienie projektu nowelizacji z 2014 r., pkt I pt. „Potrzeba i cel uchwalenia projektowanej regulacji”, s. 1, druk sejmowy nr 1703, opublikowany na stronie internetowej Sejmu RP: <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=1703> (16.03.2015).

¹¹ Rozporządzenie opublikowane zostało w Dzienniku Ustaw z 15.01.2015 r. pod pozycją 79 i zastąpiło dotychczasowe rozporządzenie Rady Ministrów z 17.07.2007 r. w sprawie sposobu obliczania obrotu przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji (Dz.U. z 2007 r., nr 134, poz. 935). W tym samym dzienniku ustaw pod pozycją 80 opublikowane zostało drugie rozporządzenie Rady Ministrów, również z 23.12.2014 r. w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji przedsiębiorców (zastępując wcześniejsze rozporządzenie Rady Ministrów z 17.07.2007 r. w sprawie zgłaszania zamiaru koncentracji przedsiębiorców (Dz.U. z 2007 r., nr 134, poz. 937).

¹² Wyjaśnienia datowane na 23.01.2015 r. zostały opublikowane na stronach internetowych UOKiK. Zob. komunikat prasowy UOKiK z 27.01.2015 r. dostępny na http://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=11437 (16.03.2015). Wytyczne w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania koncentracji dostępne są na stronie internetowej pod adresem: http://www.uokik.gov.pl/wyjasnienia_i_wytyczne.php (16.03.2015). Wyjaśnienia ze stycznia bieżącego roku zastąpiły wcześniejsze wytyczne Prezesa UOKiK w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania koncentracji z 2010 r.; te ostatnie są również dostępne na stronie internetowej UOKiK: www.uokik.gov.pl/download.php?plik=9147 (16.03.2015).

¹³ Zob. przypis 11.

II. Nowe zasady obliczania progów wymiaru krajowego dla poszczególnych rodzajów koncentracji

1. Uwagi ogólne

W dotychczasowym stanie prawnym zasady i sposób obliczania obrotów przedsiębiorców dla ustalenia wymiaru krajowego koncentracji¹⁴ regulował wyłącznie art. 16 ust. 1 uokik. Nowelizacja z 2014 r. nie zmieniła podstawowych progów wielkości obrotów wskazujących *prima facie*¹⁵ na obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK w przypadku ich przekroczenia w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia. Wymiar krajowy koncentracji statuuje więc w dalszym ciągu alternatywnie: łączny obrót światowy przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji przewyższający równowartość 1 miliarda euro lub ich łączny obrót na terytorium RP plasujący się powyżej równowartości 50 milionów euro. Nowelizacja nie zmieniła również generalnej zasady (zawartej w omawianym art. 16 ust. 1 uokik), zgodnie z którą przy weryfikacji wymiaru krajowego koncentracji, w aspekcie zarówno globalnym (granica 1 miliarda euro), jak i krajowym (próg 50 milionów euro), należy brać pod uwagę sumę obrotów uzyskanych nie tylko przez bezpośrednich uczestników koncentracji, lecz także przez ich całe grupy kapitałowe¹⁶. Z jednej strony zasada ta została słusznie ograniczona do nabywanych podmiotów lub aktywów (w przypadku koncentracji polegających na przejęciu kontroli oraz na nabyciu części mienia innego przedsiębiorcy), z drugiej zaś – uległa faktycznemu rozszerzeniu o części obrotów uzyskiwanych przez podmioty spoza grupy kapitałowej.

2. Regulacja prawna liczenia obrotów grup kapitałowych uczestników pasywnych koncentracji w przypadku przejęcia kontroli i nabycia części mienia

Zmiany wprowadzone nowelizacją dotyczą sposobu obliczania obrotów przedsiębiorców na potrzeby ustalenia istnienia wymiaru krajowego dla różnych rodzajów koncentracji. W tym celu znacznemu rozbudowaniu uległ art. 16 uokik (z dotychczasowych dwóch ustępów został powiększony do pięciu). W pierwszej kolejności nowa regulacja wprowadziła odstępstwo od ogólnej zasady liczenia obrotów na potrzeby ustalenia wymiaru krajowego koncentracji (z uwzględnieniem obrotów grup kapitałowych wszystkich uczestników koncentracji) dla koncentracji dotyczących przejęcia kontroli nad przedsiębiorcami (art. 13 ust. 2 pkt 2 uokik) oraz koncentracji polegających na nabyciu części mienia innych przedsiębiorców (art. 13 ust. 2 pkt 4 uokik). W tych dwóch przypadkach w analizie obrotu nie będzie uwzględniana grupa kapitałowa zbywcy. Pod uwagę będą brane wyłącznie obroty grup kapitałowych nabywców oraz obroty przedsiębiorców przejmowanych i przedsiębiorców od nich zależnych, a także obrót generowany przez nabywaną część mienia (art. 16 ust. 2 uokik w nowej redakcji). Wprowadzona zmiana jest w pełni uzasadniona i uwzględnia

¹⁴ Progi wymiaru krajowego koncentracji, czyli dolne granice obowiązku zgłoszenia koncentracji do Prezesa UOKiK. Takim pojęciem podstawowe progi zgłoszeniowe z uokik określał T. Skoczny, wskazując, że pozostaje to w zgodzie z konwencją prawa unijnego (gdzie progi wymiaru unijnego wyznaczające zasięg kontroli koncentracji prowadzonej na podstawie przepisów rozporządzenia Rady nr 139/2004 z 20.01.2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. UE z 2004 r. L 24/1) przez Komisję Europejską. Zob. T. Skoczny, W. Podlasin oraz T. Skoczny, D. Aziewicz, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, wyd. 2, C.H. Beck, Warszawa 2014, odpowiednio s. 592–593 oraz s. 225–227.

¹⁵ Pomimo spełnienia podstawowych kryteriów obrotów wskazanych w art. 13 ust. 1 uokik, dana koncentracja może ostatecznie nie podlegać obowiązkowi zgłoszenia, jeśli zostaną spełnione dodatkowe kryteria wyłączeniowe zgodnie z art. 14 uokik.

¹⁶ Definicja grupy kapitałowej zawarta jest w art. 4 pkt 14 uokik. Przedsiębiorcy prowadzący działalność w ramach jednej grupy kapitałowej traktowani są przez prawo ochrony konkurencji jako jeden organizm gospodarczy. Posiadają oni wprawdzie odrębną osobowość prawną, jednakże ich działania charakteryzują się brakiem niezależności ekonomicznej wobec ich podmiotów dominujących. Wynika to z faktu, że przedsiębiorca dominujący ma możliwość wywierania decydującego wpływu na działalność zarówno przedsiębiorców bezpośrednio zależnych, jak i zależnych pośrednio. Zob. np. C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2009, s. 161 oraz wyr. Sądu Antymonopolowego z 17.01.1996 r., Amr 54/95, Wokanda 1997/4/82.

wielokrotnie podnoszony postulat, aby w badaniu obowiązku zgłoszenia nie brać pod uwagę siły rynkowej grupy kapitałowej zbywcy, gdyż nie ma to najmniejszego ekonomicznego uzasadnienia z punktu widzenia ochrony konkurencji i funkcji przepisów o kontroli koncentracji¹⁷. Analizowana zmiana spowoduje pewne zmniejszenie liczby koncentracji zgłaszanych Prezesowi UOKiK, co jest zgodne z założeniami nowelizacji¹⁸.

3. Obliczanie obrotów grup kapitałowych uczestników koncentracji (zasady wspólne dla wszystkich rodzajów koncentracji)

Nowelizacja zmienia zasady obliczania obrotów grup kapitałowych uczestników wszystkich czterech rodzajów koncentracji odnośnie do weryfikacji progów zgłoszeniowych wskazanych w uokik. W dotychczasowym stanie prawnym obrót taki obejmował sumę obrotów uzyskanych przez wszystkich przedsiębiorców bezpośrednio lub pośrednio kontrolowanych przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę¹⁹. Omawiana zmiana zakłada, że do obrotu grup kapitałowych branych pod uwagę przy weryfikacji wymiaru krajowego koncentracji, wliczane będą w odpowiedniej proporcji obroty podmiotów współkontrolowanych przez te grupy kapitałowe (nowy art. 16 ust. 3 pkt 1 uokik) oraz obroty przedsiębiorców wspólnie kontrolujących te grupy kapitałowe (nowy art. 16 ust. 3 pkt 2 uokik). Przykładowo, jeśli spółka dominująca dla grupy kapitałowej uczestnika koncentracji sprawuje wspólną kontrolę wraz z innym przedsiębiorcą (spółza swojej grupy kapitałowej) nad daną spółką, a nad kolejną spółką sprawuje wspólną kontrolę z dwoma innymi podmiotami spoza swojej grupy, to do obrotu grupy kapitałowej należy dodać odpowiednio 50% obrotu pierwszej spółki oraz 33% obrotu drugiej spółki wspólnie kontrolowanej²⁰. Co więcej, w przypadku gdy bezpośredni uczestnik koncentracji kontrolowany jest wspólnie na podstawie art. 16 ust. 3 pkt 2 uokik, do obrotów grupy kapitałowej uczestnika koncentracji doliczone muszą zostać w odpowiedniej proporcji obroty współkontrolujących go przedsiębiorców (oraz obroty wszystkich spółek zależnych od współkontrolujących również w takiej samej proporcji). Proporcjonalne uwzględnienie obrotów podmiotów współkontrolowanych i współkontrolujących w ramach danej grupy kapitałowej zdaniem Prezesa UOKiK ma pozwolić na realną ocenę siły ekonomicznej przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji²¹ czy – jak wskazuje E. Kosiński – ma spowodować swoiste „uszczelnienie” pojęcia obrotu przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji (zdaniem tego autora obrót ten będzie odtąd traktowany realnie całościowo, obejmując całą istniejącą grupę kapitałową i oddając pełnię powiązań kapitałowych między przedsiębiorcami na rynku²²). Nie można w pełni zgodzić się z takim poglądem. Być może, że uwzględnienie w odpowiedniej proporcji obrotów przedsiębiorców współkontrolowanych i współkontrolujących²³ pozwoli

¹⁷ Zob. K. Kohutek, [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, wydanie 2, Wolters Kluwer, Warszawa 2014, s. 515.

¹⁸ Zob. uzasadnienie projektu nowelizacji..., s. 8.

¹⁹ Tj. grupy kapitałowej zgodnie z art. 4 pkt 14 uokik.

²⁰ Zgodnie z komunikatem UOKiK z 27.11.2014 r. opublikowanym na stronie internetowej UOKiK w związku z nowelizacją prawa antymonopolowego. Zamieszczono tam informację, jak liczyć obrót grupy kapitałowej i które spółki uwzględniać w kalkulacji na potrzeby stosowania nowego art. 16 ust. 3 uokik. Dla każdego z czterech rodzajów koncentracji UOKiK zamieścił odpowiednie schematy kalkulacyjne. Zob. http://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=11327 (16.03.2015).

²¹ Tak w uzasadnieniu projektu nowelizacji..., s. 8.

²² Zob. E. Kosiński, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji...*, s. 642.

²³ Włączając w to obroty generowane przez spółki zależne tych ostatnich również w odpowiedniej proporcji. Np. jeśli bezpośredni uczestnik koncentracji jest podmiotem wspólnie kontrolowanym przez dwóch odrębnych przedsiębiorców (w proporcji 50/50%), to do obrotu grupy kapitałowej uczestnika koncentracji wliczone powinny zostać również – ale tylko w 50% – obroty generowane przez wszystkich przedsiębiorców w pełni kontrolowanych przez każdego z przedsiębiorców współkontrolujących uczestnika koncentracji, tj. wszystkie podmioty należące do grup kapitałowych współkontrolujących.

bardziej wnikliwie ocenić siłę ekonomiczną przedsiębiorców, jednak tak sformułowany przepis art. 16 ust. 3 uokik będzie pozostawał w sprzeczności z definicją ustawową grupy kapitałowej, przez którą należy rozumieć wszystkich przedsiębiorców kontrolowanych ostatecznie przez **jednego** przedsiębiorcę (art. 4 pkt 14 uokik). Zgodnie z przywołaną definicją zachowującą swoją aktualność po wejściu w życie nowelizacji, jeżeli jeden lub więcej przedsiębiorców sprawuje łączną (wspólną) kontrolę nad innym przedsiębiorcą, takich przedsiębiorców sprawujących wspólną kontrolę nie zaliczymy do grupy kapitałowej przedsiębiorcy przez nich kontrolowanego. Podmiot wspólnie kontrolowany może natomiast tworzyć swoją grupę kapitałową²⁴. W literaturze słusznie zwracano uwagę, że takie podejście ustawodawcy do zwiększenia obrotów grupy kapitałowej o obroty podmiotów współkontrolowanych stanowi odejście od dotychczasowego orzecznictwa Prezesa UOKiK, w którym wyrażano pogląd, że podmiot współkontrolowany nie należy do żadnej z grup kapitałowych podmiotów go kontrolujących²⁵.

Wprowadzenie nowego ustępu 3 do art. 16 uokik skutkuje nie tylko wewnętrzną niespójnością przepisów ustawy (jak wskazano powyżej). Jestem zdania, że nowe przepisy będą rodzić problemy praktyczne – skomplikują liczenie obrotów przedsiębiorców i weryfikację obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji²⁶. Należy też zauważyć, że uwzględnianie obrotów przedsiębiorców współkontrolowanych i współkontrolujących w ramach obrotów danej grupy kapitałowej powoduje objęcie kontrolą szeregu dodatkowych koncentracji, tj. takich, w których obroty grup kapitałowych uczestników koncentracji plasowałyby się poniżej progów wymiaru krajowego, ale powiększone o obroty podmiotów współkontrolowanych i współkontrolujących będą podlegać przepisom Działu III uokik (jest to więc faktyczne rozszerzenie stosowania przepisów uokik odnoszących się do kontroli koncentracji)²⁷.

W związku z nowelizacją, na podstawie art. 17 uokik Rada Ministrów wydała nowe rozporządzenie z 23 grudnia 2014 r. w sprawie sposobu obliczania obrotu przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji. Rozporządzenie to, od 18 stycznia bieżącego roku, zastąpiło funkcjonujące do tego czasu przepisy analogicznego rozporządzenia z 2007 r.²⁸.

W nowym rozporządzeniu obrotowym zrezygnowano z niepotrzebnej, a funkcjonującej uprzednio definicji „roku poprzedzającego” rok obrotowy. Samo zaś pojęcie „rok obrotowy” zostało wprowadzone nowelizacją do słowniczka uokik w art. 4 (nowy pkt 16a, który odsyła do definicji

Zob. komunikat UOKiK z 27.11.2014 r., o którym mowa w przypisie 14, oraz schematy dotyczące obliczania obrotów grupy kapitałowej na potrzeby stosowania art. 16 ust. 3 uokik.

²⁴ Taki pogląd autor niniejszego artykułu wyrażał już wcześniej; zob. A. Maďala, [w:] A. Bolecki, S. Drozd, S. Famirska, M. Kozak, M. Kulesza, A. Maďala, T. Wardyński, *Prawo konkurencji*, LexisNexis Polska, Warszawa 2011, s. 397–398. Nie jest to pogląd odosobniony, zob. np. C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji...*, s. 163. Również sam organ antymonopolowy w swoich wyjaśnieniach w sprawie kryteriów i procedury zgłoszenia zamiaru koncentracji wskazywał, że do obrotu grupy kapitałowej wlicza się obrót (jednego) przedsiębiorcy dominującego dla całej grupy oraz innych przedsiębiorców bezpośrednio lub pośrednio zależnych od (jednego) przedsiębiorcy dominującego. Zob. pkt I.4.2 *Wyjaśnienie w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK*, UOKiK, Warszawa 2010, s. 28.

²⁵ Ibidem, pkt I.3.6, s. 28. Takie stanowisko organu antymonopolowego zostało podtrzymane w obowiązujących *Wyjaśnieniach w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania koncentracji Prezesowi UOKiK*, UOKiK, Warszawa 2015, pkt I.3.6, s. 30. Podkreśla to również M. Kolasiński, *Polityka kontroli koncentracji...*, s. 83.

²⁶ Sceptycznie do omawianych zmian w obliczaniu obrotów przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji odnosili się również inni autorzy. Zob. np. Sz. Syp, *Postulowane zmiany w prawie kontroli koncentracji...*, s. 22.

²⁷ M. Kolasiński słusznie zauważa, że „omawiana zmiana może przyczynić się do wzrostu ilości zgłoszeń koncentracyjnych ze strony przede wszystkim grup inwestorów finansowych, którzy zazwyczaj lokując środki w określonych spółkach gwarantują sobie zabezpieczenie inwestycji w postaci praw interpretowanych co najmniej jako współkontrola pasywna”. Dodajmy, że tego typu koncentracje z reguły nie przynoszą negatywnych skutków dla konkurencji na rynku, ponieważ mają charakter inwestycji finansowych. Zob. M. Kolasiński, *Polityka kontroli koncentracji...*, s. 83.

²⁸ Zob. przypis 11.

zawartej w ustawie o rachunkowości²⁹). Usunięto również przepis odnoszący się do obliczania obrotów generowanych przez narodowe fundusze inwestycyjne³⁰.

Istotna zmiana dotyczy pojęcia obrotu zdefiniowanego obecnie w § 2 nowego rozporządzenia (w poprzednim rozporządzeniu – § 3). Obrót został określony jako suma przychodów netto³¹ składających się na „normalną działalność przedsiębiorców”, a nie – jak dotychczas – na „działalność operacyjną przedsiębiorców”. Dodatkowo przychody przedsiębiorców nie będą już powiększane o wartość dotacji przedmiotowych (w nowym rozporządzeniu brak jest takiego zapisu). Zgodnie z oceną skutków regulacji przedstawioną przez UOKiK powyższe zmiany w definicji obrotu miały na celu określenie w możliwie precyzyjny sposób potencjału gospodarczego przedsiębiorców. Wskazano np., że w aktualnym stanie prawnym do obrotu nie będą wliczane przychody pochodzące z jednorazowych zdarzeń finansowych, np. dotyczących sprzedaży środków trwałych, które stanowią przychody operacyjne³². W związku z tym obowiązujące pojęcie obrotu (§ 2 nowego rozporządzenia) jest tożsame z regulacją unijną³³.

W przypadku przychodów osób fizycznych branych pod uwagę przy obliczaniu obrotu na potrzeby kontroli koncentracji obowiązujące rozporządzenie odnosi się do przychodów związanych z prowadzoną przez te osoby działalnością gospodarczą. W redakcji nowych przepisów zrezygnowano z dotychczasowej konieczności powiększania przychodów osób fizycznych o wartość uzyskanych dotacji przedmiotowych. Doprecyzowano, że powyższe zasady obliczania obrotów odnoszą się również do innych podmiotów niesporządzających rachunku zysków i strat. Dodatkowo wskazano, że ustalając obroty osób fizycznych posiadających kontrolę nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, jeżeli podejmują one dalsze działania podlegające kontroli koncentracji (art. 4 pkt 1 lit. c uokik), należy brać pod uwagę zarówno przychody netto uzyskiwane przez takie osoby z prowadzonej przez nie działalności gospodarczej lub z wykonywania zawodu we własnym imieniu i na własny rachunek (lub prowadzonej działalności w ramach wykonywania tego zawodu), jak i obroty osiągane przez przedsiębiorców kontrolowanych przez osoby fizyczne (§ 8 ust. 2 nowego rozporządzenia).

Nowe rozporządzenie określa wprost (w odróżnieniu od wcześniejszego aktu prawnego z 2007 r.), że na potrzeby ustalania obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji należy brać pod uwagę aktualny skład grupy kapitałowej³⁴. Tak jak dotychczas, do obrotu tego nie wlicza się obrotu dokonywanego z innymi przedsiębiorcami należącymi do danej grupy kapitałowej (§ 10 ust. 1 nowego rozporządzenia). W tym miejscu należy wytknąć projektodawcom nowelizacji brak konsekwencji we wprowadzonych zmianach dotyczących obliczania obrotu uczestników koncentracji.

²⁹ Art. 3 ust. 1 pkt 9 ustawy z 29.09.1994 r. o rachunkowości (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 330 z późn. zm.). Zgodnie z przywołanym przepisem rok obrotowy oznacza rok kalendarzowy lub inny okres trwający 12 pełnych miesięcy kalendarzowych określonych w statutach lub umowach, na podstawie których utworzono jednostki, do których mają zastosowanie przepisy tej ustawy (jednostki wskazane w art. 2 ust. 1 ustawy o rachunkowości).

³⁰ Regulacja ta straciła rację bytu w związku z uchynieniem ustawy z 30.04.1993 r. o narodowych funduszach inwestycyjnych i likwidacją NFI. Zob. ustawę z 30.03.2012 r. o uchyleniu ustawy o narodowych funduszach inwestycyjnych i ich prywatyzacji oraz o zmianie niektórych innych ustaw, której przepisy weszły w życie 1.01.2013 r. (Dz.U. z 2012 r., poz. 596).

³¹ Tj. po odliczeniu udzielonych rabatów i innych zmniejszeń oraz podatku od towarów i usług, a także innych podatków związanych z obrotem. Zob. § 2 i § 8 ust. 1 nowego rozporządzenia w sprawie sposobu obliczania obrotu przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji.

³² Zob. projekt omawianego rozporządzenia wraz z oceną skutków regulacji dostępny na stronach Rządowego Centrum Legislacji: <http://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/248043/katalog/248093#248093> (16.03.2015).

³³ Zgodnie z rozporządzeniem Rady (WE) nr 139/2004 z 20.01.2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw łączny obrót (*aggregate turnover*) obejmuje „kwoty uzyskane przez zainteresowane przedsiębiorstwa w poprzednim roku finansowym ze sprzedaży produktów i świadczenia usług składających się na normalną działalność przedsiębiorstw (...)” – zob. art. 5 ust. 1 tego rozporządzenia.

³⁴ Wcześniejsze rozporządzenie z 17.07.2007 r. nie zawierało takiego przepisu. Zasada taka była jednak stosowana w praktyce zgłoszeniowej. Por. *Wyjaśnienia w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK z 2010 r.*, pkt I.4.3 *Różnice w składzie grupy kapitałowej*, s. 29. Dokument dostępny pod adresem: www.uokik.gov.pl/download.php?plik=9147 (16.03.2015 r.).

Skoro bowiem, obliczając obrót grupy kapitałowej, zgodnie z nowym art. 16 ust. 3 uokik należy uwzględnić obroty przedsiębiorców współkontrolowanych i współkontrolujących w ramach danej grupy, to analogiczna zasada powinna obowiązywać w przypadku liczenia obrotu wewnątrzgrupowego (tj. do obrotu grupy kapitałowej nie powinno się wliczać, w odpowiednich proporcjach, obrotu dokonywanego z przedsiębiorcami współkontrolowanymi przez podmioty z danej grupy kapitałowej oraz z przedsiębiorcami współkontrolującymi daną grupę). Nowe rozporządzenie nie zawiera jednak takiej regulacji.

Kolejną istotną zmianą wprowadzoną w nowym rozporządzeniu (§ 10 ust. 2) jest usankcjonowanie dotychczasowej praktyki Prezesa UOKiK³⁵ dotyczącej sposobu obliczania wewnątrzgrupowego obrotu przedsiębiorcy, nad którym przejmowana jest kontrola, na potrzeby obliczania podstawowych progów wymiaru krajowego koncentracji wskazanych w art. 13 ust. 1 uokik oraz na potrzeby wyłączenia *de minimis* z art. 14 uokik. Rozporządzenie wprowadza zasadę, że na potrzeby liczenia obrotu wewnątrzgrupowego w odniesieniu do przedsiębiorcy przejmowanego należy brać pod uwagę jedynie transakcje dokonywane pomiędzy podmiotem przejmowanym a jego przedsiębiorcami zależnymi, jak również między tymi przedsiębiorcami zależnymi.

III. Obowiązek zgłoszenia w przypadku koncentracji wieloetapowych

Nowelizacja uokik objęła wprost kontrolą antymonopolową kilka transakcji (ciąg koncentracji³⁶) połączonych ze sobą pod względem przedmiotowym, podmiotowym i czasowym. Celem regulacji według Prezesa UOKiK³⁷ było zapobieżenie obchodzeniu przepisów uokik poprzez podział planowanych koncentracji na kilka części i dokonywanie ich etapami w stosunkowo niedługim okresie, w taki sposób, aby każdy z etapów rozpatrywany oddzielnie nie podlegał obowiązkowi zgłoszenia Prezesowi UOKiK (koncentracje podzielone³⁸). Wskazywano, że w takich sytuacjach może dochodzić do koncentracji, które mogą wywoływać znaczne skutki rynkowe, a nie będą objęte kontrolą organu antymonopolowego. Wprowadzone do polskiej ustawy przepisy wzorowane były na rozwiązaniach przyjętych w prawie antymonopolowym Unii Europejskiej, tj. w regulacji

³⁵ Prezes UOKiK interpretował obowiązujące przed nowelizacją przepisy uokik i rozporządzenia w sprawie sposobu obliczania obrotu przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji z 2007 r. (§ 12 ust. 1) w taki sposób, że na potrzeby zastosowania wyłączenia *de minimis* z art. 14 pkt 1 uokik dla koncentracji polegających na przejęciu kontroli nad innym przedsiębiorcą za obrót wewnątrzgrupowy dotyczący grupy kapitałowej przedsiębiorcy pasywnego uznawał jedynie obrót dokonywany pomiędzy przedsiębiorcą przejmowanym i przedsiębiorcami od niego zależnymi oraz pomiędzy tymi przedsiębiorcami, a nie obrót grupy kapitałowej w rozumieniu art. 4 pkt 14 uokik (czyli dokładnie w taki sposób, jak po nowelizacji uokik i po przyjęciu nowego rozporządzenia obrotowego z 2015 r.). Zob. interpretację przepisów dotyczącą stanu prawnego sprzed nowelizacji opublikowaną na stronie internetowej UOKiK pt. „Obliczanie obrotu przedsiębiorcy, nad którym ma nastąpić przejęcie kontroli”. Pobrano z: http://www.uokik.gov.pl/interpretacje_przepisow2.php#faq1538 (16.03.2015). Moim zdaniem stosowana przez Prezesa UOKiK wykładnia ówczesnie obowiązującego § 12 ust. 1 rozporządzenia obrotowego z 2007 r., w świetle przepisów uokik sprzed nowelizacji (art. 16 ust. 2 w zw. z art. 14 pkt 1), była błędna. Reguła nieuwzględniania tzw. obrotu wewnątrzgrupowego przy obliczaniu obrotów wskazanych m.in. w art. 14 pkt 1 uokik nie wynikała bowiem z art. 16 uokik. Przesądzał o tym właśnie ówczesny przepis § 12 ust. 1 rozporządzenia obrotowego, który stanowił uszczegółowienie ogólnej zasady obliczania obrotu przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji zarówno na potrzeby ustalenia obowiązku zgłoszenia (art. 13 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 uokik), jak i na potrzeby ustalenia czy koncentracja podlega wyłączeniu na podstawie art. 14 pkt 1 uokik. § 12 ust. 1 rozporządzenia obrotowego z 2007 r. odwoływał się do pojęcia grupy kapitałowej zdefiniowanego w art. 4 pkt 14 uokik i nie zawierał, jak w obecnym rozporządzeniu obrotowym z 2015 r., przepisów szczególnych (zob. § 10 ust. 2 pkt 1 nowego rozporządzenia obrotowego) odnoszących się do ogólnej reguły (zob. § 10 ust. 1 zd. 2 nowego rozporządzenia). W związku z tym w stanie prawnym obowiązującym do 18.03.2015 r. na potrzeby obliczania obrotu wewnątrzgrupowego w celu ustalenia wyłączenia z art. 14 pkt 1 uokik w pełni zasadne było branie pod uwagę obrotów dokonywanych między przedsiębiorcą nabywanym a wszystkimi przedsiębiorcami należącymi do grupy kapitałowej, w której skład wchodził (np. między nim a jego spółką matką lub spółką ostatecznie kontrolującą całą grupę kapitałową).

³⁶ Takiego pojęcia używa E. Kosiński, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji...*, s. 643 i nast.

³⁷ Zob. uzasadnienie do projektu nowelizacji z 2014 r., pkt III pt. *Opis proponowanych rozwiązań, A. Zmiany w przepisach dotyczących kontroli koncentracji*, s. 7, druk sejmowy nr 1703, opublikowany na stronie internetowej Sejmu RP: <http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=1703> (16.03.2015).

³⁸ W literaturze dokonano rozróżnienia koncentracji wieloetapowych i koncentracji podzielonych. Jak zauważa M. Błachucki, koncentracje wieloetapowe (np. typu opcyjnego – nabycie opcji daje prawo, ale nie obowiązek nabycia lub zamiany opcji na udziały i przejęcia przedsiębiorcy) można uzasadnić względami obrotu gospodarczego, podczas gdy w przypadku koncentracji podzielonych może chodzić często o uniknięcie obowiązku zgłoszeniowego. Zob. M. Błachucki, *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców*, UOKiK, Warszawa 2012, s. 194.

rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 z 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw³⁹.

- Nowy art. 16 ust. 5 uokik wprowadził zasadę, że jeżeli jednocześnie lub w okresie do dwóch lat:
- następuje przejęcie kontroli nad co najmniej dwoma przedsiębiorcami należącymi do tej samej grupy kapitałowej;
 - przedsiębiorca nabywa części mienia należące do przedsiębiorcy lub przedsiębiorców należących do tej samej grupy kapitałowej;
 - następuje przejęcie kontroli nad przedsiębiorcą lub przedsiębiorcami należącymi do jednej grupy kapitałowej oraz nabycie części mienia przedsiębiorcy lub przedsiębiorców należących do tej grupy kapitałowej;

to takie transakcje (ciąg koncentracji) rozłożone w czasie są traktowane jako jedna koncentracja (podzielona). Koncentracje tego typu podlegają aktualnie zgłoszeniu na podstawie art. 13 ust. 2 pkt 2 lub pkt 4 uokik w zależności od tego czy obejmują przejęcie kontroli nad przedsiębiorcami (czy też łącznie nad przedsiębiorcami i częścią lub częściami mienia przedsiębiorców należących do jednej grupy kapitałowej), czy też dotyczą kilku części mienia przedsiębiorcy lub przedsiębiorców z jednej grupy. Te dwa typy koncentracji (przejęcie kontroli oraz nabycie części mienia) lub ich połączenie określają zakres przedmiotowy koncentracji podzielonej.

Należy przy tym zauważyć, że koncentracje będące połączeniem różnych form koncentracji (np. takich, o których mowa w art. 16 ust. 5 uokik) podlegały kontroli antymonopolowej Prezesa UOKiK na gruncie przepisów uokik obowiązujących już przed nowelizacją⁴⁰. Nie było wówczas również przeszkód, aby Prezes UOKiK rozpatrzył zgłoszenie zamiaru koncentracji wieloetapowej⁴¹, która polegałaby na nabyciu przez przedsiębiorcę jednocześnie (lub kolejno w pewnym odstępie czasowym) kilku spółek zależnych czy mienia należącego do innego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców z tej samej grupy kapitałowej⁴².

Zakres podmiotowy koncentracji wieloetapowej został określony szeroko⁴³. Po stronie zbywcy obejmuje on wszystkich przedsiębiorców wchodzących w skład jednej grupy kapitałowej (nad którymi dana grupa kapitałowa wyzbywa się kontroli lub których mienie jest zbywane). Po stronie nabywcy nowelizacja nie zawiera jednoznacznego wskazania. W art. 16 ust. 5 pkt 1 oraz pkt 3

³⁹ Chodzi o art. 5 ust. 2 akapit drugi rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004, który stanowi: „Jednakże dwie transakcje lub więcej, w rozumieniu akapitu pierwszego, które mają miejsce na przestrzeni dwóch lat między tymi samymi osobami lub przedsiębiorstwami, traktowane są jako jedna i ta sama koncentracja zachodząca w dniu zawarcia ostatniej transakcji”. Przepisy art. 16 ust. 5 uokik nie powielają w pełni rozwiązań przyjętych w cytowanym przepisie ww. rozporządzenia.

⁴⁰ Zgodnie z zasadą przyjętą przez Prezesa UOKiK przy tego typu transakcjach zgłoszeniu podlegał ich ostateczny skutek. Organ antymonopolowy przyjmował, że ma do czynienia „*de facto* z jedną przeprowadzaną jednocześnie koncentracją”. Zob. *Wyjaśnienia w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK z 2010 r.*, pkt I.2.2, s. 14.

⁴¹ W takich przypadkach zgłoszeniu podlegał ostatni etap danej transakcji (wieloetapowej) – co też wiązało się z zasadą zgłaszania ostatecznego skutku koncentracji. Ibidem, pkt II.1.8, s. 38.

⁴² Możliwe to było na podstawie art. 13 ust. 2 pkt 2 (przejęcie kontroli) oraz pkt 4 uokik (nabycie części mienia). Zob. np. decyzję Prezesa UOKiK z 13.04.2012 r., DKK-31/2012. Zaaprobowana koncentracja dotyczyła przejęcia pośredniej kontroli nad spółką będącą faktycznym przedmiotem (celem) transakcji przez nabycie wszystkich udziałów (i tym samym przejęcie bezpośredniej kontroli) w pięciu spółkach cypryjskich, które z kolei posiadały łącznie większościowy pakiet akcji w pośrednio przejmowanej spółce (celu transakcji). Dodatkowo nabywca w ramach tej samej transakcji zgodził się przejąć dwie inne spółki sprzedającego (również cypryjskie) – niezwiązane w żaden sposób z faktycznym przedmiotem transakcji (tj. spółką pośrednio przejmowaną w ramach koncentracji). Wspólnym „łącznikiem”, który pozwalał zakwalifikować przejęcie kontroli nad wszystkimi siedmioma podmiotami w ramach jednej koncentracji, był łącznik podmiotowy (te same strony transakcji kupna-sprzedaży udziałów) oraz objęcie wszystkich spółek jedną i tą samą transakcją (tożsamość transakcji).

⁴³ Zakres regulacji art. 16 ust. 5 uokik obejmuje transakcje między różnymi podmiotami (różnymi osobami w rozumieniu kodeksu cywilnego), powiązanymi kapitałowo (należącymi do tej samej grupy kapitałowej). Tak E. Kosiński, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji...*, s. 644. Równocześnie należy wskazać, że analogiczna regulacja dotycząca koncentracji wieloetapowych, a obowiązująca na gruncie rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 z 20.01.2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (art. 5 ust. 2 zdanie drugie), jest bardziej ograniczona pod względem podmiotowym. Dotyczy bowiem „tych samych osób lub przedsiębiorstw”, a nie całych grup kapitałowych.

nabywcę określono w sposób bezosobowy („następuje przejęcie kontroli (...)"), a w pkt 2 wskazano na „przedsiębiorcę”, który nabywa część mienia.

Należy jednak przypuszczać, że Prezes UOKiK będzie interpretował wskazane przepisy w aspekcie nabywcy równie szeroko⁴⁴, tj. że na potrzeby badania progów zgłoszeniowych oraz wyłączenia *de minimis* będą brane pod uwagę we wskazanym przedziale czasowym koncentracje przejścia kontroli i nabywania mienia przez przedsiębiorców należących do jednej grupy kapitałowej od przedsiębiorców należących do kolejnej (drugiej) grupy kapitałowej. Biorąc pod uwagę *ratio legis* wprowadzonej regulacji oceniam, że jej zakres podmiotowy jest zbyt szeroki i spowoduje objęcie kontrolą organu antymonopolowego dodatkowych koncentracji (nieplanowanych pierwotnie przez strony jako koncentracje wieloetapowe), których jedynym „łącznikiem” będzie to, że zostały dokonane przez przedsiębiorców jednej grupy kapitałowej z przedsiębiorcami wchodzącymi w skład drugiej grupy kapitałowej (tożsamość grup kapitałowych po stronie nabywców i zbywców). W szczególności chybione wydaje się traktowanie różnych przejęć niepowiązanych transakcyjnie, w przypadku bardzo rozbudowanych grup kapitałowych, które prowadzą działalność w wielu obszarach gospodarki, jako jednej transakcji wieloetapowej, właśnie ze względu na czynnik podmiotowy (grupy kapitałowe) oraz, w mniejszym zakresie, czasowy – o czym niżej.

Jako zakres czasowy miarodajny do oceny koncentracji wieloetapowych ustawodawca przyjął okres dwuletni („w okresie nie dłuższym niż 2 lata”). Jak wspomniano powyżej, podążono tu drogą wytyczoną wcześniej w prawie konkurencji Unii Europejskiej i przyjęto zakres czasowy określony w analogicznym przepisie rozporządzenia nr 139/2004⁴⁵. W piśmiennictwie dotyczącym przedziału czasowego przyjętego dla oceny koncentracji wieloetapowych większość autorów wskazuje, że okres ten wydaje się za długi i może powodować objęcie kontrolą Prezesa UOKiK koncentracji bagatelnych, które powodowane były decyzjami biznesowymi, a nie miały na celu sztucznego dzielenia transakcji i omięcia prawa⁴⁶. Postulowaną w większości przypadków perspektywą czasową jest przedział jednego roku⁴⁷. Moim zdaniem argumentem przemawiającym za przyjęciem dwuletniej perspektywy czasowej dla rozpatrywania koncentracji jako wieloetapowych, spójnym z przyjętymi już wcześniej rozwiązaniami na gruncie uokik, jest przywołanie art. 22 uokik, wskazującego, że decyzje wydane przez Prezesa UOKiK w sprawach kontroli koncentracji wygasają, jeżeli w terminie 2 lat od dnia ich wydania koncentracja nie została dokonana, czy też art. 14 uokik, zgodnie z którym badanie bagatelności koncentracji prowadzone jest w okresie dwuletnim (wyłączenia *de minimis*). Z kolei argumentem wskazującym na zasadność krótszej perspektywy czasowej, tj. jednego roku, była również dotychczasowa praktyka organu antymonopolowego bazująca na ocenie, że w przypadku koncentracji wieloetapowych czas trwania etapu przejściowego nie powinien co do zasady przekraczać jednego roku⁴⁸.

⁴⁴ Co do zakresu podmiotowego omawianych przepisów od strony nabywcy, to brak jest wskazań interpretacyjnych w obowiązujących *Wyjaśnieniach w sprawie kryteriów i procedury...*, UOKiK, Warszawa 2015. Znając dotychczasową praktykę Prezesa UOKiK w stosowaniu wykładni rozszerzającej do przepisów uokik (np. co do art. 1 uokik w zakresie potencjalnego skutku koncentracji na terytorium Polski), wskazane przypuszczenie wydaje się zasadne.

⁴⁵ Zob. przypis 39.

⁴⁶ Tak. M. Kolański, *Polityka kontroli koncentracji...*, s. 83. D. Wolski zauważa, że w takim dość długim okresie czasu (dwa lata) mogą wystąpić tak istotne zmiany na rynku, w tym pojawić się nowe sektory działalności, nowi konkurenci, że nie należy analizować koncentracji wieloetapowych w tak długiej perspektywie. Zob. D. Wolski, *Kierunek zmian...*, s. 14. Por. również K. Kohutek, [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie...*, s. 517.

⁴⁷ Zob. np. Sz. Syp, *Postulowane zmiany w prawie kontroli koncentracji...*, s. 22. Pojawiają się jednak głosy wskazujące, że bardziej trafny dla omawianej instytucji byłby okres dłuższy niż dwuletni, np. trzyletni. E. Kosiński zauważa, że dłuższa perspektywa czasowa pozwalałaby na bardziej wnikliwą ocenę danej koncentracji. Zob. E. Kosiński, [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji...*, s. 644.

⁴⁸ Zob. *Wyjaśnienia w sprawie kryteriów i procedury...*, UOKiK, Warszawa 2010, pkt II.1.8, s. 38.

Istotnym mankamentem regulacji wprowadzonej w art. 16 ust. 5 uokik jest brak uwzględnienia w niej elementów, które pozwalałyby w sposób niebudzący wątpliwości na zastosowanie regulacji w praktyce transakcyjnej. Ustawodawca nie wskazał bowiem, który moment w ciągu transakcji wykonywanych w okresie dwóch lat należy brać pod uwagę dla oceny koncentracji wieloetapowej. Słusznie wskazywał D. Wolski, że może to rodzić szereg problemów praktycznych – np. w zakresie ustalenia, dla których dwóch lat obrotowych ma być liczony obrót przy analizie art. 13 czy art. 14 uokik czy też w jakim zakresie model kontroli prewencyjnej (*ex ante*) ma zastosowanie do takich koncentracji i jak badać ich wpływ na rynek i oceniać skutki dla konkurencji⁴⁹. Niektóre z wątpliwości Prezes UOKiK starał się usunąć na poziomie opublikowanych wyjaśnień w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji ze stycznia bieżącego roku⁵⁰. W wyjaśnieniach tych wskazuje, że okresem, za jaki należy zsumować obrót w celu oceny koncentracji wieloetapowej, będzie okres właściwy dla ostatniej transakcji, której realizacja jest planowana w okresie nie dłuższym niż dwa lata od pierwszej z transakcji (na potrzeby badania wyłączenia *de minimis* należy zaś brać pod uwagę każde z dwóch lat poprzedzających rok zamiaru dokonania ostatniej z ciągu transakcji rodzącej obowiązek zgłoszeniowy⁵¹).

Wprowadzenie do uokik omawianej regulacji doprowadzi do ograniczenia możliwości korzystania przez przedsiębiorców z wyłączenia *de minimis* odnośnie do koncentracji o znikomym wpływie na rynek⁵² i faktycznie poszerzy zakres prewencyjnej kontroli Prezesa UOKiK (regulacja obejmuje przede wszystkim zbyt szeroki zakres podmiotowy – transakcje pomiędzy tymi samymi grupami kapitałowymi, a nie tymi samymi podmiotami).

IV. Objęcie progiem bagatelności koncentracji dotychczas niepodlegających zasadzie wyłączenia *de minimis* (rozszerzenie katalogu wyłączeń spod obowiązku zgłoszenia)

Ustawa zmieniająca wprowadziła nowe regulacje poszerzające zakres wyłączenia spod obowiązku zgłoszenia dla koncentracji bagatelnych opartych na stosunkowo niskim obrocie przedsiębiorcy na terytorium Polski⁵³. Wyłączeniem *de minimis* objęto przede wszystkim koncentracje polegające na połączeniu przedsiębiorców (art. 13 ust. 2 pkt 1 uokik) oraz te dotyczące utworzenia przez przedsiębiorców wspólnego przedsiębiorcy (art. 13 ust. 2 pkt 3 uokik). Brak możliwości zastosowania omawianego wyłączenia do wszystkich typów koncentracji był istotnym mankamentem regulacji obowiązującej przed 18 stycznia 2015 r.⁵⁴

Katalog z art. 14 uokik został poszerzony o pkt 1a, zgodnie z którym wyłączenie spod obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji ma zastosowanie do wyżej wskazanych koncentracji,

⁴⁹ Zob. D. Wolski, *Kierunek zmian...*, s. 14–15.

⁵⁰ Zob. przypis 12.

⁵¹ Zob. *Wyjaśnienia w sprawie kryteriów i procedury...*, UOKiK, Warszawa 2015, pkt I.4.3, s. 34 i wskazany tam przykład. Jest to rozwiązanie bazujące na regulacji art. 5 ust. 2 rozporządzenia unijnego w sprawie kontroli koncentracji nr 139/2004 (zob. przypis 39 powyżej).

⁵² Takie stanowisko wyrażał również wcześniej D. Wolski. Zob. D. Wolski, *Kierunek zmian...*, s. 13.

⁵³ Przed nowelizacją wyłączenia bagatelne obejmowały koncentracje polegające na przejęciu kontroli nad przedsiębiorcą (lub przedsiębiorcami) ze względu na niski obrót (poniżej 10 milionów euro) osiągnięty przez przedsiębiorcę przejmowanego na terytorium Polski w każdym z dwóch lat poprzedzających transakcję (art. 14 pkt 1 uokik) oraz koncentracje polegające na nabywaniu części mienia innego przedsiębiorcy ze względu na niski obrót generowany przez nabywane mienie na terytorium Polski (również poniżej 10 milionów euro) w analogicznie określonym czasie (art. 13 ust. 2 pkt 4 uokik – tutaj jednak próg bagatelności stanowi dodatkową przesłankę uznania danej transakcji za koncentrację).

⁵⁴ Zob. np. *Stanowisko Grupy Roboczej Stowarzyszenia Prawa Konkurencji w sprawie propozycji zmian ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów*, Warszawa, 6 października 2008 r., s. 12, dostępne na stronie internetowej stowarzyszenia: <http://www.spk.com.pl/news/49/35/2008-10-06> (16.03.2015).

jeżeli obrót żadnego z przedsiębiorców w nich uczestniczących na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w żadnym z dwóch lat obrotowych poprzedzających zgłoszenie nie przekroczył równowartości 10 milionów euro. W związku z tym należy odrębnie ustalić obrót każdego z przedsiębiorców łączących się lub tworzących wspólnego przedsiębiorcę (z uwzględnieniem ich grup kapitałowych) osobno dla każdego z dwóch lat poprzedzających koncentrację. Jeżeli obrót któregoś z nich (biorąc również pod uwagę obrót innych przedsiębiorców wchodzących w skład grupy kapitałowej każdego z uczestników koncentracji) przekroczył równowartość 10 milionów euro na terytorium Polski – w którymkolwiek z dwóch badanych lat obrotowych – wyłączenie nie znajdzie zastosowania⁵⁵.

Obrót na potrzeby zastosowania tego wyłączenia oblicza się według zasad ogólnych przewidzianych w uokik. Dlatego bagatelność koncentracji polegających na połączeniu przedsiębiorców lub utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy badana jest przez pryzmat obrotów uzyskanych przez całe grupy kapitałowe uczestników koncentracji (oraz proporcjonalnie obrotów przedsiębiorców współkontrolujących i współkontrolowanych) na terytorium Polski^{56,57}. Zastosowanie przez ustawodawcę kryterium obrotów całych grup kapitałowych uczestników do oceny bagatelności koncentracji z art. 13 ust. 2 pkt 1 i pkt 3 uokik spowoduje, że wiele koncentracji faktycznie nieistotnych rynkowo będzie podlegało kontroli Prezesa UOKiK (w szczególności w przypadku dużych grup kapitałowych oraz wobec braku zmiany interpretacji przez organ antymonopolowy kryterium skutku na terytorium Polski w odniesieniu do koncentracji eksterytorialnych⁵⁸).

Oprócz wyłączenia *de minimis* dla koncentracji wskazanych w art. 13 ust. 2 pkt 1 i pkt 3 uokik (art. 14 pkt 1a uokik omówiony powyżej), katalog wyłączeń koncentracji bagatelnych rozszerzono, dodając kolejny pkt 1b do art. 14 uokik. Zgodnie z tym przepisem zgłoszeniu nie będzie podlegać zamiar koncentracji polegającej na jednoczesnym przejęciu kontroli nad jednym lub kilkoma przedsiębiorcami należącymi do jednej grupy kapitałowej oraz na nabyciu części mienia przedsiębiorcy lub przedsiębiorców należących do tej samej grupy kapitałowej. Na potrzeby zastosowania wyłączenia łączny obrót przejmowanych przedsiębiorców oraz nabywanego mienia nie może przekroczyć na terytorium Polski równowartości 10 milionów euro w każdym z dwóch ostatnich lat obrotowych poprzedzających transakcję. Jak wskazano w uzasadnieniu projektu nowelizacji, dodanie omawianego wyłączenia dotyczącego połączenia na potrzeby transakcyjne dwóch form wskazanych w wyłączeniu koncentracji miało doprecyzować istniejące na gruncie uokik wątpliwości interpretacyjne dotyczące tego czy takie koncentracje mogą być rozpatrywane łącznie⁵⁹. Takie uzasadnienie wprowadzenia wyłączenia nie wydaje się przekonujące. Stosowanie wykładni celowościowej do przepisów uokik dotyczących obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji przedsiębiorców (tj. art. 13 i 14 uokik) przed nowelizacją umożliwiało ich stosowanie do transakcji będących połączeniem różnych form koncentracji czy koncentracji wieloetapowych^{60,61}. Koncentracje polegające jednocześnie na przejęciu

⁵⁵ Zob. *Wyjaśnienia w sprawie kryteriów i procedury...*, UOKiK, Warszawa 2015, pkt I.3.2, s. 25.

⁵⁶ *Ibidem*, s. 25 i 26.

⁵⁷ Zob. uwagi do pkt 3 w niniejszym opracowaniu.

⁵⁸ Przesłanka skutku (czy potencjalnego skutku) na terytorium RP interpretowana jest wciąż przez organ antymonopolowy w taki sam sposób. Prezes UOKiK przyjmuje, że przesłanka ta jest spełniona, jeżeli co najmniej jeden z uczestników koncentracji (grupa kapitałowa, do której należy) osiąga obrót na terytorium Polski. Zob. *Wyjaśnienia w sprawie kryteriów i procedury...*, UOKiK, Warszawa 2015, pkt I.1.4, s. 12.

⁵⁹ Zob. uzasadnienie do projektu nowelizacji z 2014 r., pkt III pt. *Opis proponowanych rozwiązań, A. Zmiany w przepisach dotyczących kontroli koncentracji*, s. 8, druk sejmowy nr 1703, opublikowany na stronie internetowej Sejmu RP: <http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=1703> (16.03.2015).

⁶⁰ Zob. część III niniejszego opracowania.

⁶¹ Zob. przypisy 40 i 41.

kontroli nad kilkoma przedsiębiorcami i na nabyciu części mienia przedsiębiorców (przedsiębiorcy) należących do jednej grupy kapitałowej mogły moim zdaniem być zgłaszane organowi antymonopolowemu łącznie jako jedna koncentracja na podstawie art. 13 ust 2 pkt 2 (przy odwołaniu się do definicji „przejęcia kontroli” z art. 4 pkt 4 uokik w szczególności do lit. e tego przepisu, gdzie mowa jest o „prawie do całości lub części mienia innego przedsiębiorcy”) lub na podstawie zbiegu przepisów dotyczących dwóch różnych typów koncentracji, tj. art. 13 ust. 2 pkt 2 i pkt 4 uokik⁶². Do tych koncentracji w analogiczny sposób można by stosować zasady wyłączenia *de minimis* wskazane w art. 14 pkt 1 i w samym art. 13 ust. 2 pkt 4 uokik⁶³.

Obrót na potrzeby stosowania art. 14 pkt 1b uokik oblicza się według zasad wskazanych w danym nowelizacją art. 16 ust. 5 pkt 3 uokik (należy brać pod uwagę łączne obroty uzyskane przez nabywane części mienia oraz przedsiębiorców, nad którymi przejmowana jest kontrola i ich przedsiębiorców zależnych oraz proporcjonalnie współkontrolowanych przez nich lub przez ich podmioty zależne). Można przy tym wskazać, że w zasadzie art. 14 pkt 1b jest tożsamy z art. 16 ust. 5 pkt 3 uokik. Dlatego w art. 16 ust. 5 pkt 3 uokik wystarczyło odwołać się do już istniejących przepisów wyłączeniowych, tj. do art. 14 pkt 1 oraz do art. 13 ust. 2 pkt 4 uokik⁶⁴. Uniknięto by w ten sposób, moim zdaniem, niepotrzebnego i sztucznego wprowadzenia art. 14 pkt 1b do katalogu wyłączeń uokik.

Odnosić należy doprecyzowanie przez nowelizację zakresu (dopuszczalności) wyłączenia odnoszącego się do koncentracji następujących w toku postępowania upadłościowego (art. 14 pkt 4 uokik). Przepis ten wskazuje, że wyłączenie to ma zastosowanie, w szczególności, do koncentracji w formie przejścia kontroli i nabycia części mienia przedsiębiorcy. Przed nowelizacją wyłączenie nie obejmowało sytuacji, gdy zamierzający przejąć kontrolę był konkurentem przedsiębiorcy przejmowanego lub należał do grupy kapitałowej, do której należeli konkurenci przedsiębiorcy przejmowanego. Do dotychczasowego ograniczenia zakresu wyłączenia nowelizacją dodano również przypadki, gdy nabywający część mienia jest konkurentem albo należy do grupy kapitałowej, do której należą konkurenci przedsiębiorcy, którego część mienia jest nabywana⁶⁵. Wskazaną zmianę należy ocenić pozytywnie.

V. Konkluzje

Ocena nowelizacji uokik w części dotyczącej kryteriów obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK nie jest jednoznaczna.

Niewątpliwie należy przyjąć z zadowoleniem wprowadzenie zasady obliczania obrotów na potrzeby ustalenia wymiaru krajowego dla koncentracji przejścia kontroli i nabycia części mienia bez uwzględniania obrotów całej grupy kapitałowej zbywcy (art. 16 ust. 2 uokik) oraz objęcie

⁶² W *Wyjaśnieniach w sprawie kryteriów i procedury...*, UOKiK, Warszawa 2010, wskazano, że zgłoszenie przejścia kontroli nad wieloma przedsiębiorcami możliwe jest w ramach jednego wniosku zgłoszeniowego, jeżeli dokonywane jest w ramach tej samej transakcji lub transakcji ze sobą powiązanych, w szczególności gdy przejmowani przedsiębiorcy należą do jednej grupy kapitałowej (zob. pkt I.2.3.5, s. 18).

⁶³ W tym samym dokumencie wskazano, że „jeżeli kontrola jest przejmowana nad co najmniej dwoma przedsiębiorcami, należącymi do tej samej grupy kapitałowej, a do przejścia kontroli dochodzi w ramach tej samej transakcji lub transakcji powiązanych, mamy do czynienia *de facto* z jedną koncentracją. W takiej sytuacji, przy liczeniu obrotów dla oceny czy omawiane zwolnienie (chodzi o art. 14 pkt 1 uokik – przyp. autora) znajduje zastosowanie, należy uwzględnić (zsumować) obrót zrealizowany przez wszystkich przedsiębiorców, nad którymi przejmowana jest kontrola. (...) Taka interpretacja wynika również z faktu, iż na potrzeby prawa konkurencji przedsiębiorcy należący do jednej grupy kapitałowej traktowani są jako jeden organizm gospodarczy”. *Ibidem*, pkt I.3.2, s. 23.

⁶⁴ Przepis art. 16 ust. 5 pkt 3 mógłby wtedy mieć brzmienie: „następuje przejście kontroli nad przedsiębiorcą lub przedsiębiorcami należącymi do jednej grupy kapitałowej oraz nabycie części mienia przedsiębiorcy lub przedsiębiorców należących do tej grupy kapitałowej – obrót, o którym mowa w art. 14 pkt 1 oraz art. 13 ust. 2 pkt 4, obejmuje łącznie obrót wszystkich przedsiębiorców, nad którymi jest przejmowana kontrola i ich przedsiębiorców zależnych oraz obrót realizowany przez wszystkie nabywane części mienia”.

⁶⁵ Wprowadzona zmiana polegała na dodaniu na końcu dotychczasowego art. 14 pkt 4 uokik słów: „lub którego część mienia jest nabywana”.

wyłączeniem *de minimis* koncentracji polegających na połączeniu przedsiębiorców czy utworzeniu nowego przedsiębiorcy (art. 14 pkt 1a uokik). Co do zasady są to zmiany długo oczekiwane i w pełni uzasadnione.

Z drugiej strony można zgłaszać szereg zastrzeżeń do przyjętych rozwiązań, które obowiązują od 18 stycznia 2015 r.

Zastosowanie przez ustawodawcę kryterium obrotów całych grup kapitałowych uczestników do oceny bagatelności koncentracji polegających na połączeniu przedsiębiorców czy utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy spowoduje, że wiele koncentracji faktycznie nieistotnych rynkowo będzie podlegało kontroli Prezesa UOKiK (w tym kontekście należy wskazać na podtrzymanie bardzo szerokiej interpretacji przez organ antymonopolowy kryterium skutku na terytorium Polski w odniesieniu do koncentracji eksterytorialnych)⁶⁶.

Mam tu również na myśli art. 16 ust. 3 uokik – na podstawie którego w obrotach grupy kapitałowej uwzględniać należy również (w odpowiedniej proporcji) obroty podmiotów współkontrolowanych przez przedsiębiorców z grupy kapitałowej oraz przedsiębiorców wspólnie kontrolujących grupę kapitałową. Wprowadzenie tej regulacji bez odpowiednich zmian w art. 4 pkt 14 uokik (definicji grupy kapitałowej) skutkuje wewnętrzną niespójnością przepisów uokik.

Wątpliwości interpretacyjnych nie uniknięto także poprzez objęcie wprost obowiązkiem zgłoszenia koncentracji wieloetapowych (nowy art. 16 ust. 5 uokik). Włączenie do uokik omawianej regulacji w przyjętym kształcie faktycznie poszerzy zakres prewencyjnej kontroli Prezesa UOKiK, ze względu przede wszystkim na zbyt szeroki zakres podmiotowy. Ciąg koncentracji obejmuje bowiem, jak się wydaje, transakcje pomiędzy tymi samymi grupami kapitałowymi, a nie tymi samymi podmiotami.

Wprowadzono również zmiany, które w mojej ocenie nie były niezbędne do prawidłowego stosowania dotychczasowych przepisów uokik w zakresie omawianym w artykule (np. wyłączenia bagatelnego dla koncentracji polegających na przejęciu kontroli i jednoczesnym nabyciu części mienia – art. 14 pkt 1b uokik).

W efekcie należy uznać, że nowelizacja uokik, choć niewątpliwie potrzebna, została w wielu miejscach niedopracowana. Być może w niedługim czasie potrzebna będzie kolejna ustawa nowelizująca poprawiająca niedociągnięcia tej z 2014 r. oraz wprowadzająca dodatkowe zmiany.

⁶⁶ Szerzej na ten temat pisał: M. Kolasiński, *Polityka kontroli koncentracji...*, s. 78.