

Głos w sprawie racjonalizacji stosowania zgód warunkowych w sprawach koncentracji przedsiębiorców (o możliwości zmiany decyzji o zgodzie warunkowej) Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa, 30 maja 2017 r.

W maju 2017 r. Zakład Prawa Konkurencji INP PAN zorganizował seminarium naukowe poświęcone problematyce antymonopolowej kontroli koncentracji przedsiębiorców. Przedmiotem dyskusji naukowej uczyniono problematykę zmiany decyzji o warunkowej zgodzie na dokonanie koncentracji, wydawanych przez Prezesa UOKiK na podstawie art. 19 ustawy antymonopolowej¹.

Wprowadzeniem do dyskusji był referat wygłoszony przez dr. Jarosława Łukawskiego, absolwenta studiów doktoranckich INP PAN, który poświęcił swoją pracę doktorską problematyce ściśle powiązanej z tematyką seminarium².

Wprowadzenie do problematyki seminarium wygłosiła promotorka tej rozprawy doktorskiej, prof. dr hab. Małgorzata Król-Bogomińska (WPiA UW). Pani Profesor przybliżyła problematykę rozprawy doktorskiej dr. Łukawskiego, podkreślając wagę problemów związanych ze stosowaniem zgód warunkowych w sprawach koncentracji przedsiębiorców.

W wygłoszonym referacie dr Jarosław Łukawski, skupiając się na praktycznym znaczeniu omawianej tematyki, dowodził potrzeby zapewnienia możliwości zmiany, w określonych okolicznościach, warunkowej zgody na koncentrację lub jej uchylenia. W uzasadnieniu tego postulatu prelegent przytoczył interesujące wyniki badań decyzji udzielających warunkowej zgody na koncentrację, przeprowadzonych przez brytyjski organ ochrony konkurencji (OFT, obecnie CMA). Analiza ta wykazała, że spośród 71 przeanalizowanych przez CMA warunków strukturalnych aż 72% uzasadniało uchylenie obowiązków nałożonych na przedsiębiorców. Wstępne wyniki analiz 12 warunków behawioralnych zastosowanych przez CMA wskazały natomiast na zasadność ich uchylenia w ponad 90% przypadków. Do okoliczności uzasadniających możliwość zmiany warunków prelegent zaliczył ujawnienie się (dopiero podczas wykonywania decyzji warunkowej przez jej adresata) przeszkód uniemożliwiających realizację środka zaradczego. Wśród takich przeszkód prelegent wymienił trwałą i nieoczekiwaną zmianę sytuacji rynkowej, prawa osób trzecich do majątku objętego warunkiem, zmianę wartości rynkowej majątku objętego warunkiem oraz zmianę otoczenia regulacyjnego. Zmiana decyzji warunkowej powinna być też dostępna, gdy wprowadzenie nie ma obiektywnych przeszkód uniemożliwiających jej wykonanie, ale też brak jest rynkowego uzasadnienia dalszego wykonywania nałożonych warunków. Jest tak, gdy od momentu wydania decyzji nastąpiła trwała zmiana sytuacji rynkowej, wskutek której koncentracja, nawet bez warunków, przestaje powodować istotne ograniczenie konkurencji. Prelegent podkreślił, że utrzymywanie w takich okolicznościach warunków, o których mowa w art. 19 ustawy antymonopolowej, nadmierne ogranicza swobodę działalności przedsiębiorców, wykraczając ponad to, co jest niezbędne do eliminowania zagrożeń dla konkurencji wynikających z koncentracji.

¹ Ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t. j. Dz.U. 2017, poz. 299).

² Obrona tej pracy odbyła się w kwietniu 2017 r. Praca nosi tytuł: „Zgoda warunkowa na dokonanie koncentracji przedsiębiorców w polskim prawie ochrony konkurencji na tle rozwiązań w prawie unijnym”.

W referacie podkreślono, że obowiązująca ustawa antymonopolowa nie reguluje wyczerpująco przesłanek i trybu zmiany lub uchylecia zgody warunkowej. Przewidziane z kolei w KPA nadzwyczajne środki wzruszenia decyzji administracyjnej mogą być zastosowane przez organ ochrony konkurencji tylko z urzędu, przy czym adresat zgody warunkowej wnioskujący o zmianę lub uchYLECIE prawomocnej decyzji nie może skutecznie zaskarżyć odmowy uwzględnienia takiego wniosku przez Prezesa UOKiK. Z publicznie dostępnych informacji wynika, że organ odmówił zmiany decyzji nr DOK-86/2007 w sprawie *Carrefour/Ahold*, nie uwzględniając wniosku złożonego na podstawie art. 155 KPA. Według wiedzy referenta poza ww. sprawą istnieją także inne przypadki, w których przedsiębiorcy występowali do Prezesa UOKiK o zmianę zgody warunkowej. Brak praktyki orzeczniczej w tych sprawach wskazuje, że wnioski te zostały rozpatrzone odmownie. Prelegent podkreślił, że choć również prawo UE nie reguluje wyczerpująco przesłanek oraz trybu zmiany lub uchylecia zgody warunkowej Komisji Europejskiej, to jednak przesłanki uzasadniające zmianę warunków zostały określone w zawiadomieniu KE w sprawie środków zaradczych³. Z przywołanej w referacie praktyki Komisji wynika, że zmiana warunków po wydaniu decyzji jest realnie możliwa⁴. Również w praktyce orzeczniczej krajowych organów ds. konkurencji odnaleźć można przykłady takich rozstrzygnięć⁵.

Powyższe okoliczności były podstawą postulatów wobec polskiego prawa i praktyki jego stosowania. Zdaniem prelegenta, już obecnie obowiązująca regulacja prawna (art. 21 ust. 1 ustawy antymonopolowej, art. 155 KPA) daje pewne podstawy do ukształtowania praktyki zmiany lub uchylania decyzji warunkowych w przypadku, gdy nałożone warunki okażą się niewykonalne lub – z uwagi na trwałą i nieoczekiwaną zmianę sytuacji rynkowej – nieuzasadnione. Poza tym przedstawione zostały postulaty *de lege ferenda*:

- propozycja wprowadzenia procedury uchylecia lub zmiany decyzji warunkowej – na wniosek lub z urzędu, za zgodą przedsiębiorcy – „w przypadku, gdy nastąpiła [istotna] zmiana okoliczności mających istotny wpływ na wydanie decyzji”; na odmowę uwzględnienia wniosku przedsiębiorcy przysługiwać powinno zażalenie;
- propozycja wyłączenia zastosowania do decyzji warunkowych art. 82 ust. 1 ustawy antymonopolowej, ograniczającego możliwość zastosowania do decyzji Prezesa UOKiK środków prawnych wzruszenia decyzji przewidzianych w KPA.

Dyskusję po referacie rozpoczął prof. dr hab. Tadeusz Skoczny, zdaniem którego okoliczności uzasadniające zmianę warunków należy co do zasady podzielić na dwa przypadki: gdy warunek jest niewykonalny oraz gdy nie jest on potrzebny dla przywrócenia poziomu konkurencji. Zdaniem prof. Skoczniego, w tym drugim przypadku organ antymonopolowy powinien podejmować działania o charakterze prewencyjnym i czynić to z własnej inicjatywy. W tym kontekście, w opinii prof. Skoczniego, szczególnego znaczenia nabierają sprawozdania przedsiębiorców, w których informują oni organ antymonopolowy o przebiegu procesu realizacji nałożonych na nich warunków.

³ Zawiadomienie Komisji w sprawie środków zaradczych dopuszczalnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 i rozporządzenia Komisji (WE) nr 802/2004 (Dz. Urz. UE 2008 C 267/1).

⁴ Zob. decy. KE z 3.05.2011 r., COMP/M.950; decy. KE z 20.07.2010, COMP/M.2876; decy. KE z 28.11.2011 r., streszczenie: Dz. Urz. UE 2013 C 51; komunikat prasowy KE nr IP/02/1183.

⁵ Belgia (sprawa *Telenet/Canal+*); Włochy (sprawa C2309 *Snai Servizi-San Siro/Trenno*); Wielka Brytania (sprawa *Coloplast/SSL*).

W toku dyskusji podniesiony został także wątek orzeczeń, jakie zapadły na kanwie decyzji nakładającej na Carrefour karę pieniężną za niewykonanie w terminie warunku w postaci zbycia wszelkich praw do kilku placówek detalicznych⁶. Zdaniem dr. Łukawskiego, wynikające z tych wyroków stanowisko, iż wahania koniunktury rynkowej nie stanowią okoliczności usprawiedliwiającej niemożność wykonania warunków, a tym samym nie uzasadniają potrzeby ich zmiany, jest dyskusyjne, w szczególności, jeśli odnieść je do przypadków, w których Komisja dostrzegała zasadność zmiany warunków. Prof. Skoczny zwrócił jednak uwagę, że, jak dotychczas, jest to jedyna sprawa, w której sądy polskie miały możliwość zajęcia stanowiska w kwestii standardu odpowiedzialności przedsiębiorcy za niewykonanie nałożonego na niego warunku. Zauważył przy tym, że przeprowadzone przez niego badania wskazały, że sposób wykonania przez Carrefour warunku nie wyeliminował ograniczenia konkurencji wynikającego z koncentracji Carrefour/Ahold. Placówki te trafiły bowiem do podmiotów, które nie oferowały artykułów spożywczych codziennego użytku. Głos *ad vocem* zajęła w tej kwestii prof. Król-Bogomiłska, która podkreśliła wagę określoności warunku w decyzji o warunkowej zgodzie na koncentrację. W sentencji decyzji w tej sprawie⁷ była mowa ogólnie o „wyzbyciu się” wszelkich praw do określonych sklepów. Fakt, że w uzasadnieniu – zgodnie z tym, co wynika z ustawy – zaznaczono oczywiście, że realizacja warunków powinna doprowadzić do stanu, w którym koncentracja nie będzie źródłem istotnego ograniczenia konkurencji na rynku. Zaznaczono też, że skutkiem wyzbycia się praw do sklepów powinno być zmniejszenie udziału Carrefour na określonych rynkach lokalnych. Pozostaje jednak pytanie – podnoszone zresztą w toku postępowania w sprawie nałożenia kary za opóźnienie w wykonaniu decyzji – o sposób wykonania warunku; mianowicie czy rzeczywiście jedynym „prawidłowym” wykonaniem warunku miało być zbycie praw do sklepów na rzecz podmiotów z tej samej branży, co Carrefour. Przy daleko posuniętej ogólności określenia warunku istotne znaczenie należałoby przypisać badaniu winy i ewentualnego błędu po stronie adresata decyzji. Trudno przy tym podzielić tezę zaprezentowaną w decyzji o nałożeniu kary pieniężnej⁸, a potem również w orzeczeniach sądów orzekających w niniejszej sprawie⁹ – w myśl której odpowiedzialność z tytułu niewykonania czy opóźnienia w wykonaniu decyzji jest odpowiedzialnością nieopartą na winie (odpowiedzialnością obiektywną).

Dalsza dyskusja dotyczyła również możliwego wpływu zmiany terminu na wykonanie warunków na postanowienie Prezesa UOKiK wydawane na podstawie art. 19 ust. 4 ustawy antymonopolowej. Podniesiono wątpliwość czy obecne w ustawie rozwiązania umożliwiające niepodawanie do publicznej wiadomości terminu, w jakim ma zostać wykonany warunek, będą nadal chronić interesy adresatów zgód warunkowych w przypadkach, gdy termin ten zostanie wydłużony.

Problematyka poruszona przez uczestniczących w seminarium pracowników UOKiK skoncentrowała się na orzecznictwie sądów unijnych w sprawach dotyczących odmowy zmiany warunków nałożonych przez KE. Zauważono, że podstawę prawną skarg w tego typu sprawach stanowią ogólne przepisy traktatowe, a potwierdzeniem dopuszczalności drogi odwoławczej

⁶ Dec. Prezesa UOKiK z 28.08.2009 r., DKK-58/2009; wyr. SOKiK z 3.10.2011 r. (XVII Ama 8/10); wyr. SA w Warszawie z 17.05.2012 r. (VI Aca 1428/11); wyrok SN z 3.10.2013 r. (III SK 51/12).

⁷ Dec. Prezesa UOKiK z 28.06.2007 r., DOK-86/2007.

⁸ Dec. Prezesa UOKiK z 28.08.2009 r., DKK-58/2009.

⁹ Zob. orzeczenia wymienione w przypisie 6.

jest skarga EDF na odmowę przedłużenia terminu na wykonanie niektórych warunków z decyzji COMP/M.5549. Sprawa ta nie doczekała się jednak merytorycznej oceny z uwagi na wycofanie skargi przez EDF.

Seminarium zakończył głos prof. Tadeusza Skocznego, który pozytywnie ocenił przedstawione w referacie propozycje zmian *de lege ferenda* odnoszące się do treści art. 82 ust. 1 ustawy antymonopolowej.

dr Jarosław Łukawski

kancelaria Sołtysiński, Kawecki & Szlęzak

dr hab. Grzegorz Materna

INP PAN, kancelaria Hansberry Tomkiel