

Eliza Iwaniszyn\*

## Nabycie części mienia przedsiębiorcy jako przesłanka zgłoszenia zamiaru koncentracji na przykładzie decyzji Prezesa UOKiK z 31 grudnia 2019 r. w sprawie *Dino Polska S.A.*

### Spis treści

- I. Wstęp
- II. Uwagi ogólne
- III. Zamiar koncentracji i moment złożenia wniosku
- IV. Definicja nabycia mienia
- V. Przepisanie obrotu nabywanemu mieniu
- VI. Podsumowanie

**Słowa kluczowe:** *gun jumping*; koncentracja; nabycie części mienia; zgłoszenie koncentracji.

**JEL:** K21

### I. Wstęp

Choćby pobieżna analiza statystyki decyzyjnej Prezesa UOKiK w roku 2019 wskazuje, że rozkład wniosków dotyczących zgłoszenia zamiaru dokonania koncentracji, a w konsekwencji uzyskania zgody na jej dokonanie, jest mniej więcej porównywalny w zakresach przejęcia kontroli (134 decyzje), jak i utworzenia wspólnego przedsiębiorcy (112 decyzji). Jednocześnie ilość decyzji Prezesa UOKiK wyrażających zgodę na dokonanie koncentracji wskutek nabycia części mienia jest zdecydowanie niższy (22 decyzje)<sup>1</sup>.

Skromna praktyka decyzyjna Prezesa UOKiK w tym zakresie może wynikać z relatywnie niskiego zainteresowania przedsiębiorców dokonywaniem koncentracji właśnie poprzez nabycie części mienia innego przedsiębiorcy (całości lub części przedsiębiorstwa). Powodem może być także fakt braku przesłanek wymuszających dokonanie zgłoszenia zamiaru dokonania koncentracji (art. 13 ust. 1 uokik<sup>2</sup>) bądź spełnienie przesłanki wyłączającej taki obowiązek (art. 14 uokik).

Jakkolwiek jednak skromny byłby dorobek decyzyjny, to orzecznictwo i doktryna wskazują na okoliczności i warunki, które należy spełnić, aby dokonanie zgłoszenia zamiaru koncentracji poprzez nabycie części mienia było prawidłowe. Ostatnia decyzja Prezesa UOKiK w roku 2019

\* Radca prawny, Partner w Kancelarii FAIRLEGAL; była Dyrektorka Działu Prawnego międzynarodowego lidera branży FMCG; email: eliza.iwaniszyn@fairlegal.pl. <https://orcid.org/0000-0003-2644-0402>.

<sup>1</sup> Statystyka nie uwzględnia decyzji dot. połączenia, dotyczących nałożonych kar za niezgłoszenie zamiaru koncentracji lub decyzji mieszanych.

<sup>2</sup> Ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 1667 ze zm.), dalej jako: uokik.

dotyczyła nałożenia kary na *Dino* za niedokonanie zgłoszenia zamiaru koncentracji<sup>3</sup>. Lektura uzasadnienia decyzji Prezesa UOKiK w tej sprawie wydaje się wskazywać na niezamierzony błąd wnioskodawcy, a co najmniej brak spójności w argumentacji w toku postępowania. Abstrahując od okoliczności faktycznych towarzyszących *Dino*, które nie są publicznie dostępne, warto przyjrzeć się tej konkretnej decyzji bliżej – choćby dla przypomnienia podstawowych elementów kluczowych dla prawidłowej oceny danej transakcji i potencjalnych obszarów spornych.

## II. Uwagi ogólne

21 grudnia 2019 r. właściciel *Dino* zgłosił do UOKiK zamiar nabycia części mienia należącego do Domex-Kuśnierek – 12 sklepów. We wniosku spółka poinformowała, że przewidziała trzy etapy tej transakcji: nabycie nieruchomości, wynajęcie jej spółce Domex-Kuśnierek oraz po uzyskaniu zgody prezesa UOKiK – przejęcie materialnych i niematerialnych składników tych sklepów. Urząd uznał, że już w dniu złożenia wniosku spółka *Dino* była właścicielem 12 sklepów prowadzonych na podstawie najmu przez Domex-Kuśnierek. Ponadto na podstawie umowy franczyzowej *Dino* kształtowało ceny sprzedawanych towarów oraz warunki dostawy i sprzedaży. *Dino* nabyła te sklepy bez wymaganej uprzedniej zgody Prezesa UOKiK. Za naruszenie obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK urząd nałożył na spółkę karę finansową w wysokości 100 tys. zł.

Na wstępie należy zauważyć, że zgodnie z art. 13 uokik zamiar koncentracji podlega zgłoszeniu Prezesowi Urzędu, jeżeli: 1) łączny światowy obrót przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekracza równowartość 1 000 000 000 euro lub 2) łączny obrót na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekracza równowartość 50 000 000 euro. Dalej, zgodnie z ust. 4 art. 13, obowiązek wynikający z ust. 1 dotyczy zamiaru nabycia przez przedsiębiorcę części mienia innego przedsiębiorcy (całości lub części przedsiębiorstwa), jeżeli obrót realizowany przez to mienie w którymkolwiek z dwóch lat obrotowych poprzedzających zgłoszenie przekroczył na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej równowartość 10 000 000 euro.

## III. Zamiar koncentracji i moment złożenia wniosku

Ustawa uokik nie zawiera definicji koncentracji, niemniej wskazuje na koncentrację jako taki zespół działań faktycznych i prawnych, które podejmowane przez jednego lub więcej przedsiębiorców prowadzą w swym efekcie do powstania przedsiębiorców połączonych (połączonego przedsiębiorcy), przejęcia (zmiany) kontroli nad przedsiębiorcą (przedsiębiorcami) podlegającym kontroli innego bądź innych niż poprzednio przedsiębiorców, powstania wspólnego przedsiębiorcy, a także powiększenia aktywów przedsiębiorcy w wyniku nabycia takiego mienia innego przedsiębiorcy, które zdolne jest przed jego nabyciem do realizowania obrotu, ze względu na cechę jego gospodarczego zorganizowania (Wierciński, 2016, s. 450). Jednocześnie istotne jest określenie treści pojęcia „zamiaru koncentracji”, ponieważ jego istnienie, przy spełnieniu ustawowych przesłanek zawartych w art. 13 i 14 uokik, rodzi po stronie przedsiębiorcy prawny obowiązek zgłoszenia zamierzonej koncentracji Prezesowi UOKiK. Przypisanie określonych obowiązków już

<sup>3</sup> Decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2019r. nr DKK-270/2019 w sprawie *Dino Polska S.A.*

do samego „zamiaru” dokonania koncentracji przez przedsiębiorcę lub przedsiębiorców ściśle wiąże się z prewencyjnym charakterem kontroli nad stanem koncentracji na rynku sprawowanej przez Prezesa UOKiK. Organ antymonopolowy musi mieć bowiem możliwość zajęcia stanowiska przed dokonaniem czynności, które skutkować będą połączeniem potencjałów ekonomicznych przedsiębiorców.

Z uzasadnienia decyzji *Dino* wynika, że spółka zaplanowała transakcję realizowaną etapami: 1) nabycia przez *Dino* nieruchomości zabudowanych placówkami handlowymi od Domex-Kuśnierek, na których prowadzona jest działalność Domex-Kuśnierek jako franczyzobiorców *Dino*; 2) wynajęcia przez *Dino* nabytych nieruchomości w celu kontynuowania przez Domex-Kuśnierek działalności polegających na prowadzeniu sklepów *Dino*, oraz w etapie 3) nabycia przez *Dino* zorganizowanej części przedsiębiorstwa Domex-Kuśnierek, na który składa się zespół składników materialnych i niematerialnych służących wykonywaniu przez Domex-Kuśnierek działalności handlowej pod nazwą „*Dino*” w przejmowanych sklepach, tj.: wyposażenie, towary (zapasy), materiały, umowy z pracownikami, umowy handlowe, koncesje, zezwolenia, umowy najmu, umowy z dostawcami energii elektrycznej, gazu, wody lub prawa z innych dokumentów związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej polegającej na sprzedaży detalicznej artykułów konsumpcyjnych codziennego użytku w tych sklepach. To ten trzeci etap według *Dino* podlegał zgłoszeniu jako zamiar koncentracji, a dwa poprzednie miały charakter przejściowy, nie prowadziły do trwałej zmiany sytuacji na rynku, gdyż nie była tam prowadzona działalność operacyjna w tychże nieruchomościach.

Moment dokonania zgłoszenia zamiaru koncentracji nie został w uokik wyraźnie sprecyzowany. W praktyce często pojawia się problem, na jakim etapie przygotowywania koncentracji należy zgłosić jej zamiar. Oczywiście obowiązkwowi zgłoszenia Prezesowi UOKiK podlega zamiar koncentracji, a nie fakt jej dokonania. Według doktryny koncentracja ma miejsce także wtedy, kiedy nabycie zorganizowanej całości bądź części mienia następuje w trakcie więcej niż jednej czynności prawnej, które w efekcie końcowym prowadzą do nabycia przedsiębiorstwa. Wówczas dokonaniem koncentracji będzie ostatnia z istotnych czynności prawnych dotyczących mienia innego przedsiębiorcy (Wierciński, 2016, s. 469). Podobnie, Wyjaśnienia UOKiK w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji<sup>4</sup> przewidują sytuację, w której koncentracja składa się z więcej niż jednego etapu (np. przejście wyłącznej kontroli może poprzedzać sprawowanie wspólnej kontroli; wyłączną kontrolę może sprawować przez pewien okres inny niż docelowo przedsiębiorca itp.). W takich sytuacjach możliwe jest zgłoszenie Prezesowi UOKiK wyłącznie ostatniego etapu. Konieczne jest jednak w tym celu, po pierwsze, aby w dniu zgłoszenia zamiaru koncentracji istniała pewność, że etap pośredni jest jedynie przejściowy (w praktyce oznacza to, że powinno istnieć porozumienie przedsiębiorców, określające te kwestie). Po drugie, czas trwania etapu przejściowego nie powinien co do zasady przekraczać dwóch lat.

Nie znając szczegółów transakcji *Dino*, trudno ocenić czy i w jakim zakresie ww. argumentacja znalazłaby oparcie w stanie faktycznym i prawnym. Warto będzie jednak śledzić rozwój sprawy, o ile będzie miała ciąg dalszy w kontekście rozcłonkowania transakcji na etapy i bezpieczeństwa prawnego w przypadku zgłaszania zamiaru koncentracji na etapie końcowym.

<sup>4</sup> UOKiK (2015). *Wyjaśnienia UOKiK w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK*, Warszawa, s. 44.

## IV. Definicja nabycia mienia

Zgodnie z art. 55<sup>1</sup> k.c. przedsiębiorstwo jest zorganizowanym zespołem składników niematerialnych i materialnych przeznaczonym do prowadzenia działalności gospodarczej, obejmującym w szczególności: (a) oznaczenie indywidualizujące przedsiębiorstwo lub jego wyodrębnione części (nazwa przedsiębiorstwa); (b) własność nieruchomości lub ruchomości, w tym urządzeń, materiałów, towarów i wyrobów oraz inne prawa rzeczowe do nieruchomości lub ruchomości; (c) prawa wynikające z umów najmu i dzierżawy nieruchomości lub ruchomości oraz prawa do korzystania z nieruchomości lub ruchomości wynikające z innych stosunków prawnych; (d) wierzytelności, prawa z papierów wartościowych i środki pieniężne; (e) koncesje, licencje i zezwolenia; (f) patenty i inne prawa własności przemysłowej; (g) majątkowe prawa autorskie i majątkowe prawa pokrewne; (h) tajemnice przedsiębiorstwa; (i) księgi i dokumenty związane z prowadzeniem działalności gospodarczej.

Dotychczasowe orzecznictwo Prezesa UOKiK konsekwentnie dowodzi tego, że zgłoszeniu będzie podlegać nabycie części mienia w postaci praw do nieruchomości<sup>5</sup>. Prezes UOKiK rozpatrywał zgłoszenia dotyczące zamiarów koncentracji polegających na: nabyciu części mienia w postaci własności i prawa użytkowania wieczystego nieruchomościami zabudowanymi stacjami paliw, prawa do korzystania z nieruchomości zabudowanych stacjami paliw w drodze przejęcia praw i obowiązków z umów dzierżawy lub poddzierżawy oraz własności nieruchomości znajdujących się w obrębie stacji paliw, nabyciu mienia w postaci nieruchomości zabudowanych budynkami biurowymi, nabyciu mienia w postaci centrum handlowego czy też zawarciu umowy dzierżawy kurników i odchowni drobiu.

W orzecznictwie (choć skromnym) również Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z 22 października 2019 r.<sup>6</sup> wyjaśnił, iż część mienia, o której mowa w art. 13 ust. 2 pkt 4 uokik winna wskazywać cechy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55<sup>1</sup> k.c., a więc stanowić zespół składników materialnych i niematerialnych, które tworzą całość pozwalającą na prowadzenie działalności gospodarczej. Do zbycia przedsiębiorstwa nie jest konieczne przeniesienie całego mienia, lecz jedynie tych jego elementów, z którymi jest związane dobro będące istotą konkretnego przedsiębiorstwa. Dobro to wyznacza bowiem minimum składników determinujących funkcje spełniane przez przedsiębiorstwo, które powinny stanowić przedmiot jednej lub też kilku czynności prawnych, aby można było uznać każdą z nich oddzielnie bądź też łącznie, że dotyczą one przedsiębiorstwa jako całości, a nie poszczególnych elementów wchodzących w jego skład.

Podobnie jak w poprzednich decyzjach, także w tej dotyczącej *Dino*, Prezes UOKiK ocenił, iż mienie nabyte przez *Dino* od *Domex-Kuśnierek* spełnia ww. cechy, stanowi ono bowiem mienie pozwalające na prowadzenie działalności gospodarczej polegającej na sprzedaży detalicznej, stanowi też tę część mienia, której nabycie umożliwia i jest wystarczające dla *Dino* do kontynuowania działalności handlowej pod nazwą „*Dino*”. Mienie to pozwoliłoby *Dino* na kontynuowanie dotychczasowej działalności *Domex-Kuśnierek*, tj. sprzedaży detalicznej, bez dokonywania specjalnych, niezwiązanych z normalnym tokiem działalności, przedsięwzięć inwestycyjnych i organizacyjnych. Zdaniem Prezesa UOKiK, *Dino* nabyło nieruchomości, które już w momencie nabycia służyły

<sup>5</sup> Zob. dec. Prezesa UOKiK z 14.06.2019 r. nr DKK-133/2019; dec. Prezesa UOKiK z 6.06.2018 r. nr DKK-93/2018; dec. Prezesa UOKiK z 19.09.2017 r. nr DKK-145/2017.

<sup>6</sup> Wyr. SOKiK z 22.10.2019 r., sygn. XVII AmA 49/17.

prowadzeniu działalności gospodarczej polegającej na sprzedaży detalicznej – nieruchomości te bowiem są zabudowane sklepami już działającymi, posiadającymi swoich klientów i będącymi rozpoznawalnymi ze względu chociażby na swoją nazwę, wspólne dla całej sieci logo czy przynależność do sieci.

## V. Przypisanie obrotu nabywanemu mieniu

Zdolność przypisania obrotu, a więc pośrednio osiągnięcie minimum stopnia zorganizowania, dotyczy istnienia powiązania funkcjonalnego między składnikami materialnymi i niematerialnymi podlegającymi nabyciu, które pozwala nabywcy po transakcji bez dokonywania specjalnych, niezwiązanych z normalnym tokiem działalności, przedsięwzięć inwestycyjnych i organizacyjnych, na kontynuowanie działalności gospodarczej w zakresie zasadniczo podobnym do tej, którą prowadził zbywca wykorzystujący komercyjnie to mienie.

Jednocześnie, cechą przesądzającą, iż dana operacja powinna być zakwalifikowana jako przypadek określony w art. 13 ust. 2 pkt 4 uokik, jest ustalenie, że obrót realizowany przez nabywaną część mienia w którymkolwiek z 2 lat obrotowych poprzedzających zgłoszenie przekroczył na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej równowartość 10 mln euro. Obroty bowiem są osiągnięte (i kalkulowane) przez „całego” przedsiębiorcę, bez precyzowania zatem z wykorzystaniem jakiej części mienia tego przedsiębiorcy zostały uzyskane. Ustalenie jednak jaka część mienia przedsiębiorcy generuje określony obrót na potrzeby zgłoszenia zamiaru koncentracji może być – w zależności od przypadku – stosunkowo proste bądź też stwarzać spore trudności (Kohutek, 2014, s. 488). Przykładowo, w pierwszym przykładzie – jeśli nabywaną część mienia innego przedsiębiorcy stanowią będące jeden lub kilka sklepów, hoteli czy stacji paliw – ustalenie obrotów nie powinno nasręczać większych problemów. Każda z tych placówek – stanowiąc część przedsiębiorstwa („mienia”) generuje określone obroty, które zazwyczaj można w miarę jednoznacznie przypisać mieniu. Dla odmiany – drugi przypadek może stanowić sytuacja, gdy nabywaną część mienia stanowią będąc określone składniki (rzeczy), które same w sobie nie generują obrotu wcale lub generują takie obroty, których nie można jednoznacznie przypisać danym składnikom – np. części składowe rurociągu/gazociągu, elementy taboru kolejowego, wartościowe licencje itp.

Według twierzeń Dino, sam zakup nieruchomości przez Dino nie może zostać zakwalifikowany jako transakcja dotycząca mienia, które generuje obrót o ustawowych progach. Doktryna wskazuje, że w przypadku nabycia części przedsiębiorstwa za koncentrację w rozumieniu uokik może być uznane nabycie jedynie takiej części przedsiębiorstwa, która jest w stanie samodzielnie funkcjonować na rynku w sposób autonomiczny i samodzielnie generować obrót (Sołtyński i Kanton, 2010, s. 208).

Decyzja *Dino* została zaskarżona, pozostaje śledzić potencjalną polemikę w zakresie tego czy sam zakup 12 nieruchomości zabudowanych sklepami, ale bez zatowarowania, bez personelu, umów handlowych i innych składników jest wystarczający do samodzielnej egzystencji gospodarczej i generowania obrotu.



## VI. Podsumowanie

Jako wieloletni prawnik wewnętrzny przedsiębiorstwa będę sekundować batalii *Dino* na drodze odwoławczej, o ile taka nastąpi/-ła. Przedsiębiorstwom planującym nabycie mienia w przyszłości, którzy potencjalnie kwalifikują się do spełnienia kryteriów zgłoszenia zamiaru kontencjacji oraz ich pełnomocnikom pozostaje radzić uważną i ostrożną lekturę w temacie, który nie jest mimo wszystko oczywisty.

### Bibliografia

- Kohutek, K. (2014). Komentarz do art. 13. W: K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Sołtysiński, S. i Kanton, K. (2010). Kryteria zgłaszania zamiaru koncentracji do Prezesa UOKiK – uwagi de lege lata i de lege ferenda. W: M. Krasnodębska-Tomkiel (red.), *Zmiany w polityce konkurencji na przestrzeni ostatnich dwóch dekad* (s. 199–212). Warszawa: UOKiK.
- Wierciński, A. (2016). Komentarz do art. 13. W: A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.