

Anna Gulińska*, Tomasz Kordala**

Kontrola koncentracji w Polsce w czasach pandemii koronawirusa i spowodowanego nią kryzysu gospodarczego – podsumowanie praktyki i postulaty *de lege ferenda*

Spis treści

- I. Wstęp
- II. Działalność Prezesa UOKiK w trakcie pandemii – podsumowanie
- III. Problematyka materialnej oceny koncentracji w czasie kryzysu gospodarczego
- IV. Doktryna upadającej firmy – czy możliwe jest rozluźnienie ram oceny
- V. Zmiana warunków nałożonych przez Prezesa UOKiK w kontekście problemów wywołanych pandemią
- VI. Wyłączenie obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji w ramach postępowania upadłościowego
- VII. Zgoda nadzwyczajna i inne wyjątkowe rozwiązania przydatne w czasie kryzysu
- VIII. Podsumowanie

Streszczenie

Artykuł przedstawia podsumowanie najważniejszych aspektów towarzyszących kontroli koncentracji w czasie kryzysu wywołanego pandemią koronawirusa i działalności UOKiK w jej czasie. Analizie poddano działalność UOKiK w trakcie pandemii, problematykę materialnej oceny koncentracji w czasie kryzysu gospodarczego oraz polskie reguły kontroli koncentracji, które mogą być pomocne dla zaadresowania problemów przedsiębiorców dotkniętych kryzysem.

Słowa kluczowe: kontrola koncentracji; materialna ocena koncentracji; doktryna upadającej firmy; decyzja warunkowa; wyłączenie obowiązku zgłoszenia; zgoda nadzwyczajna.

JEL: K21

I. Wstęp

Pandemia koronawirusa i spowodowany nią kryzys niewątpliwie wpłynęły i nadal mogą wpływać na kondycję finansową przedsiębiorców, w tym na rynek transakcji fuzji i przejęć, a co za tym idzie na postępowania w sprawach koncentracji prowadzone przez Prezesa UOKiK. Wpływ ten jest wieloaspektowy. Z jednej strony kryzys może ograniczać aktywność na polu koncentracji przedsiębiorców (przynajmniej początkowo), z drugiej zaś – same transakcje mogą być często

* Radca prawny; counsel w departamencie prawa konkurencji w Dentons; adres e-mail: anna.gulinska@dentons.com; ORCID: 0000-0003-3090-3828.

** Radca prawny, senior associate w departamencie prawa konkurencji w Dentons; adres e-mail: tomasz.kordala@dentons.com; ORCID: 0000-0002-9575-0343. Opinie wyrażone w artykule są prywatnymi opiniami autorów.

najlepszą (czasami jedyną) możliwą drogą do ratowania przedsiębiorców w trudnej sytuacji finansowej. Ponadto, tempo przeprowadzenia takich transakcji może mieć kluczowe znaczenie. W tym zakresie ich kontrola, dokonywana przez organy ochrony konkurencji, może mieć istotny wpływ na ich powodzenie jako jeden z głównych warunków zawieszających (*conditions precedent*) transakcji.

Dodatkowo, zmiany warunków rynkowych na skutek kryzysu gospodarczego utrudniają analizę pozycji rynkowej przedsiębiorców, co ma kluczowe znaczenie dla oceny koncentracji i możliwości realizacji obowiązków nałożonych na przedsiębiorców (np. możliwości wykonania warunków nałożonych przez Prezesa UOKiK w zmienionych okolicznościach rynkowych). Na to wszystko nakłada się też bardziej prozaiczna kwestia, jak administracyjne funkcjonowanie samego UOKiK w nowej rzeczywistości z różnymi ograniczeniami działalności.

Artykuł przedstawia podsumowanie najważniejszych aspektów towarzyszących kontroli koncentracji w czasie kryzysu i działalności UOKiK w czasach pandemii koronawirusa. Ze względu na moment pisania tego artykułu (luty 2021 r.) pewne aspekty mogą się zmienić lub wyglądać inaczej z perspektywy czasu. Niemniej jednak wydaje się, że niemal rok funkcjonowania w pandemicznej rzeczywistości pozwala na wyciągnięcie pewnych wniosków.

II. Działalność Prezesa UOKiK w trakcie pandemii – podsumowanie

Podobnie jak cały aparat administracyjny, UOKiK w połowie marca 2020 spotkał się z wyzwaniem zapewnienia ciągłości swojego działania. Pewną pomoc miało przynieść wprowadzone od 31 marca 2020 r. wstrzymanie rozpoczęcia i zawieszenie biegu przewidzianych przepisami prawa terminów procesowych w postępowaniach administracyjnych¹. Terminy rozpoczęły swój bieg lub biegły dalej od 23 maja 2020 r.², przy czym czynności dokonane w okresie zawieszenia pozostają skuteczne. Różne formy zawieszenia terminów zostały wprowadzone również w innych krajach³. W praktyce UOKiK działał jednak w trakcie zawieszenia biegu terminów i w żaden sposób nie ogłaszał ograniczenia⁴ działalności w związku z pandemią ani nie wzywał przedsiębiorców do wstrzymania lub opóźnienia zgłoszeń zamiaru koncentracji, co miało miejsce w przypadku kilku zagranicznych organów ochrony konkurencji⁵. UOKiK wprowadził częściowo pracę zdalną i ograniczył spotkania z przedsiębiorcami, ale ciągłość działalności UOKiK została zachowana. Kontakt w pewnym stopniu został utrudniony i każdy z przedsiębiorców i ich pełnomocników ma z pewnością swoje doświadczenia ze współpracy z UOKiK z tego okresu i związane z tym opinie. Warto jednak spojrzeć całościowo na działalność UOKiK w trakcie pandemii.

W porównaniu z rokiem poprzednim w 2020 r. UOKiK wszczął ok. 12% mniej postępowań w sprawach koncentracji⁶. Wskazuje to na niewielki spadek dynamiki transakcji fuzji i przejęć podlegających zgłoszeniu. Obecnie (luty 2021 r.) nie widać, aby pandemia wpłynęła negatywnie

¹ Art. 15z ustawy z 2003 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. 2020, poz. 374).

² Art. 46 pkt 20 ustawy z 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań osłonowych w związku z rozprzestrzenieniem się wirusa SARS-CoV-2 (Dz. U. 2020, poz. 875).

³ Np. Francja, Austria, Dania, Finlandia, Niemcy, Włochy, Hiszpania, Serbia, Norwegia.

⁴ W praktyce w niektórych rodzajach postępowań Prezes UOKiK zintensyfikował swoje działania, które przejawiają się np. krótkimi terminami wyznaczanymi przedsiębiorcom na przekazanie żądanych informacji (np. 3 dni w niektórych postępowaniach w sprawie wykorzystania przewagi kontraktowej).

⁵ Np. w przypadku KE, jak i organów ochrony konkurencji we Francji, w Niemczech, Finlandii, Irlandii, Islandii i na Litwie.

⁶ Obliczenia własne na dzień 19.02.2021 r. na podstawie <https://www.uokik.gov.pl/koncentracje.php>. Uwzględniono również zgłoszenia zamiaru koncentracji zakończone zwrotem i te, które do końca dnia 19.02.2020 r. nie zakończyły się decyzją. Procent ten może spaść przy uwzględnieniu kompletnych danych za 2020 r. po ich udostępnieniu.

na średnie tempo prowadzenia postępowań w sprawach koncentracji. Jest ono wręcz szybsze niż w 2019 roku. Postępowania w sprawach wszczętych w 2019 r. i zakończonych: (i) do dnia 31 grudnia 2019 r. trwały średnio 36 dni⁷, a (ii) do dnia 19 lutego 2021 r. trwały średnio 41 dni⁸. Natomiast postępowania w sprawach wszczętych w 2020 r. i zakończone do: (i) dnia 31 grudnia 2020 r. trwały średnio 33 dni⁹, a (ii) do dnia 19 lutego 2021 r. trwały średnio 37 dni¹⁰. Może to częściowo wynikać z mniejszej liczby spraw i faktu, że część postępowań wszczętych w 2020 r. jeszcze się nie zakończyła. Niemniej jednak widać, że pandemia nie wpłynęła istotnie na średnie tempo postępowań.

Nie widać też, aby samo zawieszenie biegu terminów wpłynęło na tempo prowadzenia postępowań w sprawach koncentracji przez Prezesa UOKiK. Średnia długość postępowań, które „trwały¹¹ w trakcie zawieszenia biegu terminów” i zostały zakończone (w tym po „odwieszeniu” terminów) to 48 dni. Jest to o ok. 27% dłuższy czas trwania postępowania od powyższej średniej rocznej, ale może on też wynikać z małej próby (tj. 44 postępowań). Stosując podobny „filtr” dla danych za 2019 r., średnia długość postępowań to 50 dni przy wyższej próbie, tj. 66 postępowań. W związku z tym nie wydaje się, aby można było wyciągnąć negatywne wnioski co do średniego tempa prowadzenia przez Prezesa UOKiK postępowań w sprawach koncentracji w okresie zawieszenia biegu terminów na wiosnę 2020 roku.

Powyższe obliczenia obejmują wszystkie postępowania w sprawach koncentracji prowadzone przez Prezesa UOKiK, ale nie obejmują rozróżnienia na postępowania tzw. I fazy¹² i II fazy¹³. Dostępne publicznie dane nie pozwalają na dokonanie takiej statystyki z dużą dozą prawdopodobieństwa. Możliwe jest, że pandemia miała większy wpływ na postępowania, w których wszczęto tzw. II fazę. Może to wynikać z utrudnień i komplikacji w przeprowadzaniu badań rynkowych przez Prezesa UOKiK, jak i testowaniu z rynkiem warunków, które miałyby być nałożone na przedsiębiorcę w decyzji warunkowej. W tym zakresie nie są dostępne dane statystyczne, ale zagraniczne organy ochrony konkurencji sygnalizowały problemy¹⁴ w tym kontekście, zatem możliwe, że również Prezes UOKiK napotkał je w praktyce.

Warto jednak zwrócić uwagę, że Prezes UOKiK został wyposażony przez ustawodawcę w kolejną możliwość wydłużania postępowań, poprzez uprawnienie do ponownego zawieszenia biegu terminów postępowań. Od 16 grudnia 2020 r., w okresie obowiązywania stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19, organ administracji publicznej może wstrzymać bieg terminów załatwiania spraw na okres nie dłuższy niż 30 dni¹⁵. Musi wprawdzie o takim wstrzymaniu zawiadomić strony, ale zawiadomienie następuje poprzez umieszczenie go przez organ administracji

⁷ Obliczenia własne na dzień 31.12.2019 r. na podstawie <https://www.uokik.gov.pl/koncentracje.php> i https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf. Nie uwzględniono postępowań, które zakończyły się zwrotem zgłoszenia.

⁸ Obliczenia własne na dzień 19.02.2021 r. na podstawie <https://www.uokik.gov.pl/koncentracje.php> i https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf. Nie uwzględniono postępowań, które zakończyły się zwrotem zgłoszenia.

⁹ Obliczenia własne na dzień 31.12.2020 r. na podstawie <https://www.uokik.gov.pl/koncentracje.php> i https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf. Nie uwzględniono postępowań, które zakończyły się zwrotem zgłoszenia.

¹⁰ Obliczenia własne na dzień 19.02.2021 r. na podstawie <https://www.uokik.gov.pl/koncentracje.php> i https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf. Nie uwzględniono postępowań, które zakończyły się zwrotem zgłoszenia.

¹¹ Zostały wszczęte od 1.01.2020 r. do 22.05.2020 r. i zakończyły się decyzją Prezesa UOKiK po 30.03.2020 r.

¹² Tj. postępowania prowadzone w terminie zakończenia postępowania przewidzianym art. 96 uokik.

¹³ Tj. postępowania, który termin zakończenia został przedłużony o 4 miesiące zgodnie z art. 96a ust. 1 uokik.

¹⁴ Np. KE, jak i organ ochrony konkurencji we Francji.

¹⁵ Art. 15zzzzzn¹ ustawy z 2.03.2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (t.j. Dz. U. 2020, poz. 1842).

publicznej w Biuletynie Informacji Publicznej na jego stronie podmiotowej, na stronie internetowej oraz w widocznym miejscu w siedzibie organu¹⁶. Rozwiązanie to budzi w praktyce duże kontrowersje, ponieważ organ może podjąć decyzję o zawieszeniu w sposób arbitralny, bez żadnego realnego powodu i bez kontroli sądowej swojej decyzji. Dodatkowo forma zawieszenia, tj. zawiadomienia adresowane do nieokreślonej liczby adresatów, budzi kontrowersje natury konstytucyjnej, ponieważ nie jest to jedno z powszechnych obowiązujących źródeł prawa przewidzianych w art. 87 Konstytucji RP.

Do dnia 19 lutego 2020 r. Prezes UOKiK nie dokonał takiego zawieszenia i wydaje się, że przepis jest skierowany do innych organów administracji publicznej (np. samorządowych), bardziej dotkniętych przez pandemię.

III. Problematyka materialnej oceny koncentracji w czasie kryzysu gospodarczego

W praktyce decyzyjnej Prezesa UOKiK ostatnich miesięcy w większości przypadków brak jest uzasadnień decyzji, a zatem analiza przesłanek, na których opierał się organ, wydając decyzje w czasie kryzysu, jest utrudniona. Warto natomiast rozważyć, jakie trudności Prezes UOKiK mógł potencjalnie napotkać w toku postępowań i zaadresować możliwe ich rozwiązania.

Efektywna kontrola koncentracji to przede wszystkim ich ocena materialna, dokonywana na podstawie art. 18, 19 i 20 uokik, tj. badanie czy transakcja może doprowadzić do istotnego ograniczenia konkurencji.

Zgodnie z ustaloną praktyką, oceniając skutki koncentracji, organy ochrony konkurencji porównują warunki konkurencji, które wynikałyby z transakcji z warunkami, które zaistniałyby bez jej dokonania (budując tzw. scenariusz alternatywny). Co do zasady scenariusz alternatywny opiera się na warunkach konkurencji istniejących w momencie połączenia, biorąc pod uwagę przyszłe zmiany na rynku, które można racjonalnie przewidzieć. Ocena skutków koncentracji ma zatem charakter hipotetyczny. Na podstawie porównania warunków konkurencji przed dokonaniem koncentracji z hipotetycznym stanem konkurencji po jej dokonaniu (scenariusz alternatywny) Prezes UOKiK powinien zdecydować czy dojdzie do istotnego ograniczenia konkurencji. W doktrynie (Skoczny i Aziewicz, 2014, s. 651; Kohutek, 2014, s. 525) podkreśla się, że ocena powinna w znacznie większym stopniu opierać się na prognozach rozwoju rynku i konkurencji niż na danych historycznych. Analiza przyszłościowa może być natomiast szczególnie trudna, gdy istnieje niepewność, jak dany sektor zareaguje na kryzys i który z wielu scenariuszy jest najbardziej prawdopodobny w nadchodzących latach.

Ocenę materialną w pierwszej kolejności rozpoczyna zdefiniowanie rynków właściwych w ujęciu produktowym i geograficznym. Pozwala to na określenie kręgu produktów, które będą uwzględnione w analizie wpływu koncentracji na rynek oraz ustalenie konkurentów działających na tym rynku i podmiotów pozostających ze stronami w relacjach wertykalnych. Kryzys gospodarczy powoduje, że przedsiębiorcy muszą reagować na zmieniające się warunki i często modyfikują zakres swojej działalności w odpowiedzi na rosnące zapotrzebowanie na jednego rodzaju produkty i malejące zapotrzebowanie na inne. Przykładowo, sukcesem sprzedażowym w pierwszych

¹⁶ Ibidem.

miesiącach pandemii był płyn do dezynfekcji, którego produkcją w marcu 2020 r. zajęła się Grupa Orlen. Powstaje zatem pytanie, jak organy ochrony konkurencji powinny podchodzić do analizy materialnej działalności prowadzonej na „dodatkowych” rynkach czy to chwilowej, prowadzonej tylko w czasie kryzysu, czy w zamierzeniu długotrwałej, ale prowadzonej *de facto* bez historii rozwoju działalności przedsiębiorcy na rynku. Podobnie wygląda sytuacja w przypadku nowych rynków powstałych w wyniku kryzysu.

Kolejnym utrudnieniem w materialnej analizie koncentracji jest kwestia wiarygodnych danych rynkowych. Kryzys może wpływać na fluktuacje udziałów, które mogą być zawyżone lub zaniżone względem realnej siły rynkowej przedsiębiorców. Dane sprzedażowe mogą być nieadekwatne również po opanowaniu pandemii i kryzysu, a w kolejnych latach konieczne może być elastyczne podejście do analizy bez jednoczesnego rozluźniania standardów.

Zasadniczo brakuje generalnej i jednolitej reguły oceny siły rynkowej podmiotów na nowych rynkach. Powstanie nowego rynku wiąże się z objęciem 100-procentowych udziałów¹⁷. Nie jest to jednak brane pod uwagę jako decydujący czynnik w ocenie ich pozycji, a podkreślany jest spodziewany wzrost rynku i dołączenie do niego konkurentów¹⁸. W tym kontekście istotne znaczenie ma analiza potencjalnej konkurencji i jej siły (posiadane zasoby, know-how) oraz prawdopodobieństwa wejścia na nowy rynek kolejnych podmiotów, w tym kwestia barier wejścia na dany rynek. Istnienie jednego podmiotu na nowym rynku jest uznawane za przejściowy etap rozwoju takiego rynku¹⁹. W przypadku podobieństwa nowego rynku do istniejącego (zastąpienie starych produktów nowymi), organy ochrony konkurencji mogą wziąć pod uwagę stan konkurencji na dotychczasowych rynkach²⁰.

Z kolei w przypadku wejścia nowego podmiotu na istniejący rynek, związane z tym niskie udziały nie muszą być postrzegane jako decydujące o małej sile rynkowej. Aktualny udział (przy braku historycznych danych) może nie odzwierciedlać rzeczywistej pozycji rynkowej, a konieczne jest uwzględnienie czasu, jaki jest potrzebny do uzyskania udziałów odpowiadających potencjałowi podmiotu, a także podjętych już przez taki podmiot działań. W celu oceny Komisja brała pod uwagę np. wewnętrzne biznesplany i prognozy sprzedaży²¹.

Z kolei zarówno doktryna (Skoczny i Aziewicz, 2014, s. 650), jak i Prezes UOKiK dostrzega, że analizując wpływ połączeń horyzontalnych, „należy wziąć pod uwagę nie tylko wzrost udziałów uczestników koncentracji na poszczególnych rynkach, ale także to, jak wpłynie ona na wzrost cen, ograniczenie podaży, spadek jakości czy innowacyjności”²². W czasie kryzysu gospodarczego większą wagę należałoby też przykładać do innych kryteriów oceny koncentracji niż pozycja rynkowa jej uczestników. Szczególnie istotna może być analiza ich siły ekonomicznej i finansowej (z uwzględnieniem doktryny upadającej firmy – por. pkt IV poniżej), bariery wejścia na rynek, trendy podaży i popytu na właściwe dobra i usługi, interesy konsumentów oraz postęp techniczny i gospodarczy.

¹⁷ Dec. KE z 3.02.2000 r. w sprawie COMP/JV.36 *TXU Europe/EDF-London Investments*.

¹⁸ Ibidem. Por. również dec. KE z 17.04.2000 r. w sprawie COMP M.1875 *Reuters/Equant – Project Proton*.

¹⁹ Dec. KE z 3.02.2000 r. w sprawie COMP/JV.36 *TXU Europe/EDF-London Investments*.

²⁰ Dec. KE z 16.07.2012 r. w sprawie COMP/M.6490 *EADS/Israel Aerospace Industries/JV*.

²¹ Dec. KE z 23.05.2003 r. w sprawie COMP/M.3108 *Office Depot/Guilbert*.

²² Dec. Prezesa UOKiK z 4.1.2008 r., DKK-5/2008 *Kompania Piwowarska/Browar Belgia*; decyzja Prezesa UOKiK z 26.03.2012 r., DKK 23/2012 *Polpharma/Polfa*.

Pewną analogię można też zaobserwować w przypadku oceny materialnej koncentracji na innowacyjnych rynkach. Powołana przez niemieckie Federalne Ministerstwo Gospodarki i Energii (BMWi) Komisja ds. Prawa Konkurencji 4.0 stwierdziła w raporcie dotyczącym konkurencji na rynkach cyfrowych, że na nowych, dynamicznych rynkach, dla których istotną rolę odgrywają innowacje, same udziały nie mogą mieć istotnego znaczenia dla oceny siły rynkowej, a powinny służyć jedynie jako punkt początkowy analizy²³. Takie podejście prezentowała również Komisja w sprawie *Microsoft/Skype*, w której wskazała, że udziały stanowią jedynie wskazówkę co do siły konkurencyjnej przedsiębiorców w kontekście rynku internetowych usług łączności konsumenckiej, ze względu na rozwijający się i dynamiczny charakter sektora, w wyniku czego udziały mogą się szybko zmienić w krótkim okresie²⁴. Może to oznaczać, że wysokie udziały na nowych, szybko rozwijających się rynkach nie świadczą o sile rynkowej przedsiębiorcy²⁵.

W praktyce podczas kryzysu gospodarczego wywołanego epidemią koronawirusa organy ochrony konkurencji mogą być zmuszone do rozważenia konkurencyjnych skutków koncentracji dla kilku scenariuszy, zwłaszcza że kryzys COVID-19 może mieć bezprecedensowe skutki dla niektórych sektorów (np. turystyki, czy transportu). Nawet na rynkach, na których organy ochrony konkurencji mają duże doświadczenie z przeszłości, opieranie się na precedensach lub danych historycznych będzie stanowić wyzwanie. Dlatego organy mogą potrzebować zebrać trudno dostępne informacje na temat ostatnich (czasem trwających) wydarzeń, a także dodatkowe informacje, które mogą pomóc im lepiej zrozumieć zmiany rynkowe spowodowane COVID-19, jak np. zestawienia sprzedażowe, uwzględniające rezygnacje z już zakupionych towarów czy kosztowe, uwzględniające dodatkowe nakłady ponoszone w celu walki z pandemią. Sam proces zbierania danych i informacji w bardziej skomplikowanych sprawach może być przy tym wydłużony (por. pkt II powyżej). Ponadto wpływ pandemii na popyt w wielu sektorach może ograniczyć lub wyeliminować zastosowanie w danej sprawie niektórych teorii szkody, które organy mogłyby w innym przypadku podnosić, np. że konkurenci nie mieliby wystarczających zdolności produkcyjnych, aby wywierać presję konkurencyjną na uczestników koncentracji.

IV. Doktryna upadającej firmy – czy możliwe jest rozluźnienie ram oceny

Kryzys może spowodować zwiększenie liczby transakcji dokonywanych w celu ratowania przedsiębiorców mierzących się z trudnościami finansowymi. Wyłączenie przewidziane dla transakcji dokonywanych w toku postępowania upadłościowego nie dotyczy przy tym opisanej poniżej koncentracji pomiędzy konkurentami. Sposobem na uzyskanie przez konkurentów zgody organu ochrony konkurencji na transakcję obejmującą upadające przedsiębiorstwo, która wzbudzałaby zastrzeżenia na tle konkurencji, jest tzw. doktryna upadającej firmy (*failing firm defence*).

W praktyce organy ochrony konkurencji stosują wysokie standardy oceny możliwości skutecznego powołania się na doktrynę upadającej firmy. Po pierwsze, konieczne jest wykazanie, że upadający przedsiębiorca zostałby w najbliższej przyszłości wyparty z rynku ze względu na

²³ Por. raport *A new competition framework for the digital economy*, Report by the Commission 'Competition Law 4.0' dostępny pod adresem https://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Publikationen/Wirtschaft/a-new-competition-framework-for-the-digital-economy.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (19.02.2021).

²⁴ Dec. KE z 7.10.2011 r. w sprawie COMP/M.6281 *Microsoft/Skype*.

²⁵ Dec. KE z 3.10.2014 r. w sprawie COMP/M.7217 *Facebook/Whatsapp*.

trudności finansowe, jeśli nie zostałyby przejęty przez innego przedsiębiorcę. Po drugie, strony muszą wykazać, że nie istnieje żadna inna, mniej problematyczna alternatywa przejścia niż analizowana koncentracja. Trzecim warunkiem jest wykazanie, że gdyby nie doszło do transakcji, to aktywa upadającego przedsiębiorcy nieuchronnie opuściłyby rynek²⁶. Powyższe warunki powinny zostać spełnione łącznie.

Dotychczas ocena spełnienia powyższych przesłanek była bardzo rygorystyczna. Prezes UOKiK odmawiał wydania zgody w oparciu o tę doktrynę, uzasadniając to brakiem spełnienia przesłanki zagrożenia upadłością pasywnego uczestnika koncentracji na dzień wydania decyzji. Tym samym UOKiK nie mógł przyjąć, że w sytuacji braku dokonania transakcji aktywa pasywnego uczestnika nieuchronnie opuściłyby rynek właściwy²⁷. W co najmniej dwóch przypadkach Prezes UOKiK wskazał, że dana transakcja polegała głównie na nabyciu marki produktowej, której z natury rzeczy nie dotyczy problem upadłości, zatem w sprawie nie miała zastosowania doktryna upadającej firmy²⁸.

W czasie kryzysu gospodarczego nasuwa się pytanie, czy możliwe jest łagodniejsze traktowanie koncentracji poprzez rozluźnienie ram oceny doktryny upadającej firmy, w tym poprzez zastosowanie niższego standardu (progu) oceny dla tych trzech kryteriów. Dotychczasowe doświadczenia pokazują, że organy ochrony konkurencji nie są skore do łagodzenia zasad i mogą wymagać pełnej analizy przesłanek doktryny upadającej firmy. Takie podejście prezentowała przykładowo Komisja Europejska w czasie kryzysu finansowego w latach 2008–2009²⁹.

W przypadku transakcji dotyczących upadających firm problematyczny może być też czas trwania postępowania w sprawie koncentracji. Z jednej strony organy ochrony konkurencji muszą szczegółowo przeanalizować przedstawione przez strony dowody, z drugiej zaś – szybkość wydania decyzji jest szczególnie istotna, jeśli z każdym dniem pogarsza się kondycja finansowa przedsiębiorcy. W takich sytuacjach warto zastanowić się nad mechanizmami pozwalającymi na przyspieszenie postępowania, zwłaszcza jeśli prowadzone jest w tzw. II fazie.

W kontekście praktyki decyzyjnej Prezesa UOKiK nasuwa się również pytanie, jakiego rodzaju dowody byłyby wystarczające w celu wykazania zagrożenia upadłością, w sytuacji kiedy postępowanie upadłościowe jeszcze się nie toczy. Szczególnie utrudnione może być przy tym rozróżnienie między firmami, które ucierpią długoterminowo a tymi, które są w stanie odzyskać stabilność finansową po krótkoterminowym szoku.

Praktyka decyzyjna organów ochrony konkurencji w zakresie doktryny upadającej firmy jest ogólnie niewielka, a w toku kryzysu COVID-19 jedyną szeroko komentowaną sprawą, w której została ona wstępnie zaakceptowana jest brytyjska sprawa *Amazon/Deliveroo*. W kwietniu 2020 r. brytyjski organ ochrony konkurencji *Competition and Markets Authority* (CMA) tymczasowo zatwierdził planowane przejęcie przez Amazon niektórych praw i udziałów mniejszościowych w Deliveroo, brytyjskiej firmie dostarczającej żywność zamawianą online. Co ciekawe, transakcję zgłoszono jeszcze przed wybuchem epidemii koronawirusa, a ta wpłynęła na przebieg postępowania,

²⁶ Wytyczne w sprawie oceny horizontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (2004/C 31/03), pkt 90.

²⁷ Dec. Prezesa UOKiK z 13.01.2011 r., DKK-1/2011 *PGE/Energa*; dec. Prezesa UOKiK z 8.10.2009 r., DKK-67/2009 *Cogifer/Koltram*; dec. Prezesa UOKiK z 5.03.2009 r., DKK-10/2009 *Orzeł Biały/Baterpol*.

²⁸ Dec. Prezesa UOKiK z 3.02.2011 r. DKK-12/2011 *Empik/Merlin*; dec. Prezesa UOKiK z 8.10.2009 r., DKK-68/2009 *Rieber Foods/Food Care*.

²⁹ OECD Policy Roundtables. The Failing Firm Defence, 2009.

ponieważ Deliveroo zostało bezpośrednio dotknięte kryzysem. CMA tymczasowo stwierdził, że Deliveroo, które doświadczyło znacznego spadku przychodów w wyniku kryzysu COVID-19, prawdopodobnie opuściłoby rynek, gdyby nie doszło do transakcji, chyba że otrzyma dodatkowe finansowanie dostępne w ramach danej transakcji; nie było innego inwestora, który wzbudzałby mniejsze zastrzeżenia; oraz wyjście Deliveroo z rynku byłoby bardziej szkodliwe dla konkurencji i konsumentów niż zatwierdzenie transakcji. W sierpniu 2020 r. CMA wydał natomiast zgodę na transakcję, nie odwołując się już do doktryny upadającej firmy – organ stwierdził, że inwestycja Amazon nie doprowadzi do ograniczenia konkurencji³⁰.

Mniej wymagającą alternatywą dla pełnej analizy zastosowania doktryny upadającej firmy jest uwzględnienie zmieniającego się otoczenia ekonomicznego przez Prezesa UOKiK w analizie materialnej. Uczestnicy koncentracji mogą argumentować, że ich pozycja konkurencyjna została osłabiona przez kryzys lub że zmiana warunków rynkowych (np. nadwyżka mocy produkcyjnych) zmniejsza prawdopodobieństwo wystąpienia antykonkurencyjnych skutków transakcji.

Podobną argumentację zaakceptowała w przeszłości KE, uznając w kilku sprawach, że wystąpienie antykonkurencyjnych skutków jest mniej prawdopodobne, gdy spodziewane jest osłabienie znaczenia konkurencyjnego uczestników koncentracji z uwagi na zmieniające się warunki rynkowe³¹.

Zdaniem autorów, w swojej praktyce decyzyjnej Prezes UOKiK powinien rozważyć złagodzenie kryteriów oceny zastosowania doktryny upadającej firmy. W szczególności na uwzględnienie zasługuje sytuacja ekonomiczna przedsiębiorcy, nawet jeśli nie spełnia jeszcze przesłanek upadłości wynikających z przepisów prawa upadłościowego i naprawczego.

V. Zmiana warunków nałożonych przez Prezesa UOKiK w kontekście problemów wywołanych pandemią

Zmiany w prowadzeniu działalności gospodarczej w ciągu ostatniego roku nie pozostają też bez wpływu na realizację decyzji warunkowych wydawanych zgodnie z art. 19 ust. 1 uokik. Pandemia i związane z nią obostrzenia w przemieszczaniu i kontaktach utrudniają techniczne procedowanie transakcji, np. przeprowadzanie badań *due diligence* przedmiotów transakcji i negocjacje transakcji, które mają prowadzić do realizacji warunków. Dodatkowo przedsiębiorcy często są zmuszeni przekierować swoje ograniczone zasoby ludzkie do zadań związanych z zapobieganiem lub walką z bezprecedensowymi skutkami pandemii. Na to wszystko nakłada się niepewność związana z kryzysem gospodarczym, która negatywnie wpływa na poszukiwanie potencjalnych inwestorów i podejmowanie przez nich decyzji inwestycyjnych. Na ten ostatni aspekt może wskazywać wyhamowanie globalnego rynku fuzji i przejęć na początku pandemii³². Zagregowane dane dla Polski za 2020 r. nie wskazują jednak na takie wyhamowanie³³. Niemniej wpływ ten może rozkładać się różnie w zależności od branży, ponieważ pandemia negatywnie wpływa na jedne (*hospitality*, rozrywka i gastronomia), a pozytywnie na inne (np. e-commerce, KEP, gamingowa, medyczna).

³⁰ <https://www.gov.uk/cma-cases/amazon-deliveroo-merger-inquiry>.

³¹ Dec. KE z 27.11.2018 r. w sprawie COMP/M.8792 *T-Mobile/Tele2*.

³² Patrz: <https://www.mergermarket.com/info/global-dealmakers-european-ma-market-update-2020>. Pojawiają się jednak sygnały, że w drugiej połowie 2020 r. ten trend się odwrócił, patrz: <https://www.mergermarket.com/info/2020-global-ma-report-financial-league-tables>.

³³ Patrz: <https://www.globallegalpost.com/big-stories/emerging-europe-ma-eyes-rebound-after-strong-end-to-year-12347824/>.

W związku z tak bezprecedensowym utrudnieniem przeprowadzania transakcji, w praktyce mogą się pojawić przeszkody w realizacji warunków nałożonych przez Prezesa UOKiK. Przedsiębiorcy zobowiązani do ich wykonywania mogą potrzebować dostosowania warunków do zmienionej sytuacji rynkowej. Przepisy uokik nie przewidują jednak żadnego środka, który przedsiębiorcy mogliby wykorzystać³⁴. Co więcej, nie mogą oni skorzystać ze środków przewidzianych k.p.a., ponieważ art. 82 ust. 1 uokik wprost stanowi, że „od decyzji Prezesa UOKiK stronie nie przysługują środki prawne wzruszenia decyzji przewidziane w Kodeksie postępowania administracyjnego, dotyczące wznowienia postępowania, uchylenia, zmiany lub stwierdzenia nieważności decyzji”, tzw. nadzwyczajne środki prawne. Brak prawa do skutecznego żądania wszczęcia trybu nadzwyczajnego potwierdza doktryna (Błachucki, 2012; Modzelewska-Wąchal, 2014), orzecznictwo³⁵ i praktyka Prezesa UOKiK³⁶. Jedyny środek wzruszenia przez stronę decyzji Prezesa UOKiK to odwołanie od decyzji do SOKiK (Modzelewska-Wąchal, 2014; Kohutek, 2014), które ma znikome praktyczne znaczenie w odniesieniu do decyzji warunkowych³⁷. Praktyka decyzyjna Prezesa UOKiK nie przewiduje też tzw. klauzul przeglądowych uwzględnianych w decyzjach warunkowych KE³⁸ (z jednym wyjątkiem³⁹), które umożliwiają KE, na wniosek stron i po przedstawieniu uzasadnionych przyczyn, przyznanie przedłużenia terminów lub, w wyjątkowych przypadkach, uchylenie, zmianę lub zastąpienie warunków.

W doktrynie i orzecznictwie podkreśla się jednak, że prawo do skorzystania z nadzwyczajnych środków prawnych przewidzianych w k.p.a., w tym zmiany decyzji ostatecznej, przysługuje Prezesowi UOKiK z urzędu (*ex officio*). Adresatem art. 82 ust. 1 uokik jest bowiem strona postępowania prowadzonego na podstawie uokik, a w odniesieniu do Prezesa UOKiK zastosowanie ma art. 83 uokik odsyłający do k.p.a. w sprawach nieuregulowanych w uokik⁴⁰. W związku z tym, na podstawie art. 83 uokik Prezes UOKiK dysponuje środkiem prawnym do wzruszenia jego decyzji ostatecznej wydanej w postępowaniu w sprawie koncentracji w jednym z trybów nadzwyczajnych z k.p.a., w tym jej zmiany na podstawie art. 155 k.p.a.⁴¹. Potwierdza to zarówno doktryna (Modzelewska-Wąchal, 2014; Błachucki, 2012), jak i orzecznictwo⁴² oraz praktyka Prezesa UOKiK⁴³.

Nadzwyczajne środki prawne przysługują również prokuratorowi, który na podstawie art. 184 § 1 k.p.a. ma „prawo wniesienia sprzeciwu od decyzji ostatecznej, jeżeli przepisy kodeksu lub przepisy szczególne przewidują wznowienie postępowania, stwierdzenie nieważności decyzji albo jej uchylenie lub zmianę”⁴⁴. W takiej sytuacji, zgodnie z art. 186 k.p.a. Prezes UOKiK jest zobowiązany wszcząć postępowanie w trybie nadzwyczajnym w danej sprawie z urzędu. Pogląd ten

³⁴ Tak też Prezes UOKiK w dec. z 16.10.2020 r., DKK-188/2020 w sprawie *Panatheal/Dolnośląska Grupa Apteczna* (dalej: DKK-188/2020).

³⁵ Tak np. SOKiK w wyr. z 17.04.2014 r. XVII AmA 23/13 (dalej: Sprawa XVII AmA 23/13) i w wyr. z 25.06.2001 r., XVII Ama 31/01, niepublikowany, postanowienie NSA z 11.02.2009 r., II GSK 749/08.

³⁶ Tak DKK-188/2020.

³⁷ Ponadto, wobec dec. wydanych przed wybuchem pandemii, zmieniona sytuacja rynkowa ma miejsce już po upływie terminu na takie odwołanie, lub po jego teoretycznym wykorzystaniu.

³⁸ Patrz *Zawiadomienie 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) (dalej: Zawiadomienie KE), para. 71–76.

³⁹ Patrz dec. Prezesa UOKiK z 25.02.2019 r., DKK-51/2019. Decyzja ta jednak odwołuje się do ustawowych rozwiązań na podstawie art. 155 k.p.a.

⁴⁰ Z zastrzeżeniem art. 84 uokik.

⁴¹ Wyjątek może stanowić sytuacja, w której tryb nadzwyczajny może być zainicjowany tylko przez jedną ze stron, tj. w przypadkach wymienionych w art. 145 art. § 4, k.p.a. 145a § 1 k.p.a., 145b § 1 k.p.a. Tak np. Modzelewska-Wąchal, 2014.

⁴² Tak np. SOKiK w sprawie XVII AmA 23/13 i postanowienie NSA z 11.02.2009 r., II GSK 749/08.

⁴³ Tak Prezes UOKiK w DKK-188/2020 i DKK-237/2020.

⁴⁴ Podobne uprawnienie przysługuje też Rzecznikowi Praw Obywatelskich na podstawie art. 14 pkt 6 ustawy z 15.07.1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (t.j. Dz. U. 2020, poz. 627).

potwierdza orzecznictwo⁴⁵, doktryna (Błachucki, 2012; Modzelewska-Wąchal, 2014) i praktyka Prezesa UOKiK⁴⁶.

Przedsiębiorca chcący, aby warunek został zmieniony w związku ze zmienioną sytuacją rynkową, musi liczyć na zainteresowanie sprawą ze strony Prezesa UOKiK lub prokuratora. W praktyce ciężko sobie wyobrazić, aby postępowanie było zainicjowane przez organ lub prokuratora, ponieważ mogą oni nie mieć wiedzy o trudnościach konkretnego przedsiębiorcy czy motywacji w tym kierunku. Przedsiębiorca może jednak zwiększyć swoje szanse, wykazując się inicjatywą i składając odpowiedni wniosek. Nie jest to wniosek w sensie proceduralnym i nie będzie potraktowany jak żądanie w trybie art. 61 § 1 k.p.a. (Modzelewska-Wąchal, 2014), a ma on charakter nieformalnej prośby⁴⁷. W związku z tym nie wywołuje on skutków prawnych i nie będzie inicjował właściwego postępowania, ponieważ uznaje się, że wniosek taki jest składany przez podmiot nieuprawniony. Wniosek taki może zwrócić uwagę Prezesa UOKiK na problem i zwiększyć szanse na wszczęcie odpowiedniego postępowania z urzędu.

W związku z art. 82 ust. 1 uokik wniosek-prośba przedsiębiorcy nie jest wiążący dla Prezesa UOKiK, w tym co do zarówno istoty, jak i zakresu. W doktrynie (Modzelewska-Wąchal, 2014; Banasiński i Piątek, 2009) wskazuje się jednak, że Prezes UOKiK jako organ administracji publicznej, działający w interesie publicznym i mając na względzie interes społeczny i słuszny interes obywateli, powinien wszcząć postępowanie w trybie nadzwyczajnym, jeśli strona uprawdopodobni wystąpienie przesłanek ustawowych wzruszenia decyzji. Natomiast w orzecznictwie⁴⁸ podkreśla się, że wszczęcie postępowania w trybie nadzwyczajnym zależy od uznania Prezesa UOKiK i wniesienie prośby przez stronę nie wywołuje konieczności zajęcia przez Prezesa UOKiK stanowiska w formie orzeczenia administracyjnego, w tym decyzji administracyjnej. Podkreślono również, że ustosunkowanie się Prezesa UOKiK do takiej prośby, mimo że jest przejawem woli organu administracyjnego o charakterze władczym, nie jest oparte na przepisach powszechnie obowiązujących i nie rozstrzyga konkretnej sprawy konkretnej oznaczonej strony w postępowaniu unormowanym w przepisach k.p.a. W związku z tym nie może być uznane za decyzję administracyjną⁴⁹ i nie przysługuje od niego odwołanie do SOKiK⁵⁰.

W doktrynie (Modzelewska-Wąchal, 2014; Kwieciński i Witkowska, 2016) podkreśla się jednak, że zastosowanie do takiego wniosku ma art. 61a § 1 k.p.a., mimo że nie ma on charakteru żądania w trybie art. 61 § 1 k.p.a. W związku z tym Prezes UOKiK ma obowiązek wydać postanowienie o odmowie wszczęcia postępowania w trybie nadzwyczajnym i od takiego postanowienia przysługuje wnioskodawcy zażalenie. Taki wniosek nie spotkał się jednak z aprobatą SOKiK⁵¹, który stwierdził, że przedsiębiorcy nie przysługuje środek odwoławczy w zakresie odpowiedzi Prezesa UOKiK na prośbę przedsiębiorcy o podjęcie działania z urzędu w trybie nadzwyczajnym.

Natomiast, jeśli Prezes UOKiK postanowi wszcząć postępowanie w trybie nadzwyczajnym z urzędu zgodnie z art. 61 § 4 k.p.a., musi zawiadomić wszystkie strony pierwotnego postępowania⁵².

⁴⁵ Tak np. wyr. NSA z 26.02.1986 r., II SA 2400/85.

⁴⁶ Np. dec. Prezesa UOKiK z 24.07.2009, DOK 5/2009 wydana w postępowaniu wszczętym po sprzeciwie Prokuratora Generalnego.

⁴⁷ Tak np. SOKiK w sprawie XVII AmA 23/13.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ Tak np. wyr. SOKiK z 25.06.2001 r., XVII Ama 31/01, niepubl i wyr. SOKiK w sprawie XVII AmA 23/13.

⁵¹ Tak wyr. SOKiK w sprawie XVII AmA 23/13.

⁵² Tak np. Prezes UOKiK w DKK-188/2020 i DKK-237/2020.

W przypadku wydania przez Prezesa UOKiK decyzji w trybie nadzwyczajnym, stronie przysługuje odwołanie w trybie art. 81 ust. 1 uokik⁵³, choć w doktrynie (Kwieciński i Witkowska, 2016) zgłaszano wątpliwości, czy aby na pewno zawsze będzie to odwołanie do SOKiK. Wydaje się jednak, że regulacja uokik w zakresie odwołania od decyzji i postanowień Prezesa UOKiK jest wyczerpująca, w związku z tym nie ma miejsca na zastosowanie trybu sądowno-administracyjnego w omawianym zakresie.

Autorzy poddają w wątpliwość czy uregulowanie art. 82 ust. 1 uokik jest optymalnym rozwiązaniem i czy nie ogranicza zbyt mocno uprawnień przedsiębiorców, zwłaszcza biorąc pod uwagę wyjątkowy charakter trybów nadzwyczajnych przewidzianych k.p.a., które obejmują m.in. sytuacje, gdy decyzja administracyjna jest obciążona kwalifikowaną wadą prawną.

W swojej dotychczasowej praktyce decyzyjnej Prezes UOKiK nie był zbyt aktywny w zakresie korzystania z trybów nadzwyczajnych wobec decyzji dotyczących kontroli koncentracji. Analizę utrudnia brak publicznie dostępnej praktyki decyzyjnej Prezesa UOKiK w zakresie zmian jego decyzji, co może wynikać z zastosowania art. 82 ust. 1 uokik. W związku z opisanym wyżej ograniczeniem wynikającym z art. 82 ust. 1 uokik i jego konsekwencjami stanowisko Prezesa UOKiK, co do „prośb” stron o wszczęcie trybów nadzwyczajnych, nie ma charakteru orzeczenia administracyjnego i nie jest publikowane przez Prezesa UOKiK. Publikacji podlega tylko ewentualna decyzja w zakresie zmiany decyzji pierwotnej w trybie nadzwyczajnym. Natomiast o fakcie takich prośb i stanowiskach Prezesa UOKiK można dowiedzieć ze źródeł pośrednich, np. decyzji w innych sprawach⁵⁴ lub orzeczeń sądowych⁵⁵.

Według najlepszej wiedzy autorów, dotychczas Prezes UOKiK wydał co najmniej pięć takich decyzji. Dwie z nich dotyczyły zmiany warunku i zostały wydane pod koniec 2020 r.⁵⁶, tj. decyzje Prezesa UOKiK: DKK-188/2020 w sprawie *Panatheal/Dolnośląska Grupa Apteczna* i DKK-237/2020 w sprawie *DOZ/Medix* zmieniające wcześniejsze decyzje warunkowe Prezesa UOKiK⁵⁷. Zmiany dotyczyły terminów wykonania warunku, ale uniwersalny charakter art. 155 k.p.a. nie wyklucza innych zmian warunku, np. co do zakresu przedmiotowego warunku. Decyzje te są o tyle istotne, że zostały wydane w trakcie obecnej pandemii i ich zmiana była uzasadniona zmianą sytuacji rynkowej wywołanej pandemią.

W sprawach *Panatheal/Dolnośląska Grupa Apteczna* i *DOZ/Medix*, Prezes UOKiK, zmieniając decyzję warunkową, wskazał, że działa na podstawie art. 155 k.p.a. i art. 154 § 2 w zw. z art. 83 uokik. Zgodnie z art. 155 k.p.a. decyzja ostateczna, na podstawie której strona nabyła prawo, może być w każdym czasie uchylona lub zmieniona przez organ administracji publicznej, który ją wydał, jeżeli spełnione są łącznie następujące przesłanki:

- 1) strona wyraziła zgodę na zmianę lub uchylenie decyzji;
- 2) przepisy szczególne nie sprzeciwiają się uchyleniu lub zmianie takiej decyzji⁵⁸; i
- 3) za uchyleniem lub zmianą decyzji przemawia interes społeczny lub słuszny interes stron.

⁵³ Tak np. Prezes UOKiK w DKK-188/2020, postanowienie NSA z 11.02.2009 r., II GSK 749/08 i Błachucki, 2012, s. 384.

⁵⁴ Np. dec. Prezesa UOKiK z 28.12.2009 r., DKK-58/2009 (dalej: DKK-58/2009) dotycząca nałożenia kary pieniężnej za niewykonanie w terminie warunku nałożonego decyzją Prezesa UOKiK.

⁵⁵ Np. wyr. SOKiK w sprawie XVII AmA 23/13.

⁵⁶ Pozostałe dwie to decyzje Prezesa UOKiK z 8.12.2005 r., DOK 156/05, z 5.02.2003 r., RLU Nr 4/03, z 28.01.2002 r., DDI Nr 6/2002.

⁵⁷ Odpowiednio decyzja Prezesa UOKiK z 18.11.2019 r., DKK-230/2019 i z 23.12.2019 r., DKK-237/2020.

⁵⁸ W praktyce tylko decyzje ostateczne o charakterze uznaniowym mogą podlegać zmianie w trybie art. 155 k.p.a., czyli dotyczy to decyzji Prezesa UOKiK wydawanych w postępowaniu w sprawie koncentracji (Borkowski i Adamiak, 2021).

Prezes UOKiK podkreślił za orzecznictwem⁵⁹, że tryb z art. 155 k.p.a. ma zastosowanie do decyzji niewadliwych, tj. nieobarczonych wadami z art. 145 i 156 k.p.a. Ponadto podkreśla się, że celem postępowania prowadzonego na podstawie art. 155 k.p.a. nie jest ponowne merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy, ale weryfikacja decyzji ostatecznej na podstawie przesłanek art. 155 k.p.a., tj. przesłanek celowościowych, jak interes społeczny lub słuszny interes stron. Podkreśla się również, że postępowanie w trybie art. 155 k.p.a. musi być prowadzone w ramach tego samego stanu faktycznego i prawnego oraz z udziałem tych samych stron, co decyzja, która może podlegać zmianie (tożsamość sprawy administracyjnej)⁶⁰.

Prezes UOKiK w sprawach *Panathea/Dolnośląska Grupa Apteczna* i *DOZ/Medix*, analizując spełnienie poszczególnych z powyższych przesłanek w kontekście kontroli koncentracji, wskazał m.in., że:

- 1) tożsamość sprawy administracyjnej występuje, gdy sprawa dotyczy tych samych podmiotów i tej samej zgody na dokonanie koncentracji;
- 2) pismo złożone przez stronę w sprawie zmiany decyzji, mimo że nie ma charakteru formalnego żądania, należy uznać za jednoznaczne z wyrażeniem zgody na dokonanie stosownej zmiany w zakresie wskazanym przez stronę w jej piśmie⁶¹; uzasadnionym wydaje się przyjęcie, że zmiana decyzji w zakresie odmiennym niż wnioskowany przez stronę wymaga jej odrębnej zgody i to zgody wyraźnej (Borkowski i Adamiak, 2021; Małanowski, 2020).

W zakresie stwierdzenia spełnienia przesłanek interesu społecznego i słusznego interesu stron Prezes UOKiK odwołał się do bogatego orzecznictwa sądów administracyjnych⁶². W sprawie *Panathea/Dolnośląska Grupa Apteczna* Prezes UOKiK wskazał, że przesłanka słusznego interesu strony jest spełniona, jeżeli wydłużenie terminu realizacji warunku ma na celu znalezienie rzetelnego nabywcy dającego rękojmię kontynuacji działalności zbywanego mienia. Pozwala to przedsiębiorcy na wywiązanie się z warunku nałożonego decyzją Prezesa UOKiK. Natomiast w sprawie *DOZ/Medix*, Prezes UOKiK wskazał, że wydłużenie ma na celu ostateczne sfinalizowanie transakcji i wywiązanie się z warunku nałożonego na DOZ.

W zakresie przesłanki interesu społecznego Prezes UOKiK zwrócił uwagę, że każde wydłużenie terminu na realizację warunku przedłuża utrzymanie niekorzystnej sytuacji rynkowej. Niemniej Prezes UOKiK zmierzał ku wykazaniu, że interes ten co najmniej nie jest naruszany. Uznał on, że w przedmiotowych sprawach należało uwzględnić szczególne okoliczności rynkowe związane z pandemią i utrudnieniami w realizacji transakcji, które spowodowała, a których nie można było przewidzieć na etapie przyjmowania warunku przez stronę. Prezes UOKiK podkreślił, że skutki dla całej gospodarki, wywołane nadzwyczajną sytuacją związaną z epidemią COVID-19, wpływają bez wątpienia na spowolnienie procesu związanego z poszukiwaniem odpowiedniego inwestora i ostateczne zakończenie transakcji. Biorąc pod uwagę te okoliczności i fakt, że terminy na wykonanie warunków były przedłużane o „niewiele ponad miesiąc” i „o ok. 2 miesiące”, w ocenie Prezesa UOKiK zmiany decyzji nie naruszały interesu społecznego.

⁵⁹ Tak wyr. NSA z 26.11.2010 r., I OSK 164/10.

⁶⁰ Tak wyr. NSA z 5.01.2007 r., I OSK 586/06.

⁶¹ Tak np. wyr. NSA z 13.12.1996 r., III SA 1214/95, wyr. WSA w Warszawie z 20.09.2016 r., II SA/Wa 495/16.

⁶² Patrz np. wyr. WSA w Warszawie z 20.01.2012 r., VII SA/Wa 994/11, wyr. NSA z 9.05.2005 r. OSK 1746/04, wyr. WSA w Gliwicach z 21.01.2008 r., IV SA/GL 825/07, wyr. WSA w Warszawie z 20.09.2016 r., II SA/Wa 495/16, wyr. WSA w Warszawie z 16.03.2006 r., V SA/Wa 1952/05, wyr. NSA z 3.07.2003 r., II OSK 771/07.

Inna sprawą, z której można wyciągnąć pewne wnioski w zakresie oceny zmiany warunków, jest decyzja DKK–58/2009. Wprawdzie dotyczyła ona nałożenia kary na przedsiębiorcę za niewykonanie warunku w terminie, ale w uzasadnieniu Prezes UOKiK wskazuje na wnioskowanie przez przedsiębiorcę o zmianę decyzji warunkowej. Decyzja ta nie zawiera pełnej analizy powodów, dla których Prezes UOKiK nie zdecydował się na tryb nadzwyczajny z art. 155 k.p.a.⁶³, ale wskazuje na fakty, które mogą mieć wpływ na podejście Prezesa UOKiK do zmiany decyzji warunkowej, tj.: (i) powoływanie się na kryzys gospodarczy może być nieskuteczne, jeśli przed jego wystąpieniem strona nie podejmowała kroków w celu realizacji warunków; (ii) podejście przedsiębiorcy do poszukiwania potencjalnych nabywców i sposób prowadzenia negocjacji; (iii) zgłoszenie się do Prezesa UOKiK z prośbą o zmianę tuż przed upływem terminu na wykonanie warunku może być negatywnie postrzegane, jeśli podstawy do zmiany powstały na długo przed wnioskiem; (iv) okres wydłużenia terminu na wykonanie warunku, o jaki prosi przedsiębiorca.

Podsumowując, na podstawie dotychczasowej praktyki Prezesa UOKiK można stwierdzić, że jest on otwarty na zmianę decyzji warunkowych w trybie art. 155 k.p.a. w kontekście nadzwyczajnej sytuacji związanej z pandemią koronawirusa, zwłaszcza terminu na jego wykonanie. Natomiast szanse przedsiębiorców na pozytywne rozpatrzenie prośby mogą zależeć od:

- 1) szczególnych okoliczności rynkowych związanych z pandemią i utrudnieniami w realizacji transakcji, które spowodowała i czy można było przewidzieć je na etapie przyjmowania warunku przez stronę;
- 2) starań przedsiębiorcy przed pandemią, jak i w jej trakcie, w celu wykonania warunku w terminie;
- 3) grona potencjalnych kontrahentów niezbędnych do wykonania warunku, do których zgłosił się przedsiębiorca i rzetelności prowadzenia negocjacji;
- 4) momentu zgłoszenia się do Prezesa UOKiK z prośbą o wszczęcie postępowania w trybie art. 155 k.p.a.;
- 5) zakresu wydłużenia, o jakie prosi przedsiębiorca.

Ze względu na ograniczoną praktykę decyzyjną Prezesa UOKiK można też kierować się praktyką decyzyjną KE⁶⁴, która dotyczyła zmian terminów, ale przede wszystkim zmian przedmiotowych warunków, w tym ich uchylania. Decyzje KE zawierają też szczegółowe analizy poszczególnych zmian. Można się również posłużyć unijnym *soft law*⁶⁵ wskazującym na następujące kryteria:

- 1) w przypadku zmiany terminu – niemożliwość niedotrzymania terminu wynika z przyczyn niezależnych od stron i można się spodziewać wykonania warunku w krótkim terminie;
- 2) uchylenie zobowiązania, jego zmiany lub zastąpienia może mieć miejsce tylko w wyjątkowych sytuacjach w przypadku warunków związanych ze zbyciem;
- 3) w przypadku warunków niezwiązanych ze zbyciem (behawioralnych) uchylenie zobowiązania, jego zmiany lub zastąpienia mogą mieć miejsce, jeśli (a) strony wykażą trwałą i znaczną zmianę sytuacji na rynku i (b) strony potrafią wykazać, że z doświadczenia zdobytego w trakcie

⁶³ Zostało to dokonane w formie zwykłego pisma Prezesa UOKiK.

⁶⁴ Patrz np. dec. KE: (i) z 6.02.2019 r., M.3280 – *Air France/KLM*; uchylenie części warunku, (ii) z 28.10.2011 r., COMP/M.4180 – *Gaz de France/Suez*; zmiana terminu i uchylenie części warunku, (iii) z 24.09.2019 r., M.4494 – *Evraz/Highveld*; uchylenie części warunku, (iv) z 24.02.2016 r., M.7278 – *GENERAL ELECTRIC/ALSTOM*; zmiany przedmiotowa w warunku, (v) z 22.04.2016 r., M. 7737 – *Honeywell/Elster*; zmiana przedmiotowa w warunku, (vi) z 11.04.2018 r., M.8084 – *Bayer/Monsanto*; zmiana przedmiotowa w warunku; (vii) z 13.12.2018 r., M.8440 – *DUPONT/FMC*; zmiana przedmiotowa warunku, (viii) z 4.09.2018 r., M.8465 – *VIVENDI/TELECOM ITALIA*; całkowite uchylenie warunku, (ix) z 15.05.2020 r., M.8947 – *NIDEC/WHIRLPOOL*; uchylenie części warunku, (x) z 18.05.2020 r., M.8955 – *TAKEDA/SHIRE*; całkowite zniesienie warunku.

⁶⁵ Patrz Zawiadomienie KE, par. 71–76.

stosowania warunku wyniku, że jego cel można osiągnąć lepiej, jeżeli warunek ulegnie zmianie; przy tej analizie KE uwzględnia również stanowisko osób trzecich oraz wpływ, jaki zmiana może wywrzeć na ich pozycję na rynku i na ogólną skuteczność warunku; w tym kontekście KE bierze pod uwagę również fakt czy zmiany mają wpływ na prawa nabyte już przez osoby trzecie po zrealizowaniu warunku.

Praktyka decyzyjna KE również nie jest bogata, ale nie każda zmiana warunku kończy się formalną decyzją KE i mają też miejsce zmiany nieformalne⁶⁶. Być może w najbliższej przyszłości w związku z pandemią dorobek Prezesa UOKiK i KE wzbogaci się o kolejne decyzje wyjaśniające przesłanki zmian decyzji warunkowych.

VI. Wyłączenie obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji w ramach postępowania upadłościowego

Jednym ze środków przewidzianych w uokik, które mogą pomagać przedsiębiorcom w czasie perturbacji gospodarczych, jest art. 14 pkt 4 uokik przewidujący wyłączenie spod obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji następującej w toku postępowania upadłościowego. W doktrynie (Skoczny i Podlasin, 2014) podkreśla się, że dotyczy to postępowania upadłościowego, prowadzonego na podstawie ustawy z 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe⁶⁷ oraz na podstawie odpowiednich regulacji pod prawem zagranicznym⁶⁸. W tym drugim przypadku w doktrynie (Kwieciński i Witkowska, 2016; Skoczny i Podlasin, 2014) podkreślono, że takie zagraniczne postępowania upadłościowe powinny być uznawane w polskim porządku prawnym, aby korzystało z omawianego wyłączenia⁶⁹. Literalna wykładnia art. 14 pkt 4 uokik wskazuje, że zakres wyłączenia obejmuje wszystkie formy koncentracji wskazane w art. 13 ust. 2 uokik (Skoczny i Podlasin, 2014)⁷⁰ i wszelkie sposoby koncentracji przewidziane prawem upadłościowym⁷¹. *A contrario* wydaje się, że wyłączenie to nie obejmuje koncentracji w toku postępowań restrukturyzacyjnych⁷², które również mogą dotyczyć przedsiębiorców w trudnej sytuacji finansowej.

Wyjątek ten ma też istotne ograniczenie. Podstawowym jest wyłączenie z jego zastosowania przypadków, gdy przedsiębiorca, zamierzający przejąć kontrolę lub nabywający część mienia, jest konkurentem albo należy do grupy kapitałowej, do której należą konkurenci przedsiębiorcy przejmowanego lub którego część mienia jest nabywana⁷³. *Ratio legis* tego ograniczenia jest fakt, że teoretycznie koncentracje horyzontalne są związane z większym ryzykiem dla konkurencji niż np. koncentracje wertykalne i konglomeratowe. Ogranicza to znacząco praktyczne zastosowanie tej regulacji i wprowadza praktyczne wątpliwości w kontekście samooceny istnienia stosunku

⁶⁶ Zgodnie z para. 76 Zawiadomienia KE, na wniosek KE może przyjąć formalną decyzję w sprawie każdego uchylecia, zmiany lub zastąpienia warunku lub też jedynie przyjąć do wiadomości odpowiednie zmiany wprowadzone do warunku przez strony, poprawiające jego skuteczność i prawnie je wiążące.

⁶⁷ Tj. Dz. U. 2020, poz. 1228 (dalej: prawo upadłościowe).

⁶⁸ Tak np. dec. Prezesa UOKiK z 4.09.2007 r., RKT-36/2007, Skoczny i Podlasin, 2014 i Prezes UOKiK w Wyjaśnieniach w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK z 23.01.2015 r. (dalej: Wyjaśnienia UOKiK), pkt 3.5.

⁶⁹ Tj. postępowań upadłościowych wszczętych na podstawie rozporządzenia Rady (WE) nr 1346/2000 z 29 maja 2000 r. w sprawie postępowania upadłościowego (Dz. Urz. WE 2000 L 160/1 ze zm.) ze względu na ich uznawanie przez Rzeczpospolitą Polską z mocy prawa, postępowań upadłościowych wszczętych w państwie niebędącym członkiem UE, które zostały uznane przez Rzeczpospolitą Polską.

⁷⁰ Tak też np. Wyjaśnienia UOKiK, pkt 3.5.

⁷¹ Tj. upadłość z możliwością zawarcia układu i upadłość obejmująca likwidację majątku dłużnika. Tak Wyjaśnienia UOKiK, pkt 3.5. Prawo upadłościowe przewiduje wiele różnych form prowadzących do koncentracji – więcej w tym zakresie patrz Skoczny i Podlasin, 2014.

⁷² Ustawa z 15.05.2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (t.j. Dz. U. 2020, poz. 2814).

⁷³ Literalnie oznacza to, że teoretycznie możliwe jest objęcie wyłączeniem koncentracji między konkurentami, które stanowią połączenie samodzielnych przedsiębiorców lub utworzenie wspólnego przedsiębiorcy (Skoczny i Podlasin, 2014). Jednak takie sytuacje są mało prawdopodobne w praktyce.

konkurencji między stronami transakcji⁷⁴. Prezes UOKiK w swej praktyce stosuje pojęcie „rzeczywistej i potencjalnej konkurencji”. Również definicja konkurenta w art. 4 pkt 11 uokik przewiduje, że konkurent obejmuje też potencjalnych konkurentów. Już samo zidentyfikowanie rzeczywistego konkurenta może nastręczać pewnych trudności, ponieważ jest uzależnione od sposobu wyznaczenia rynków właściwych w zakresie produktowym i geograficznym, co często jest przedmiotem sporów między Prezesem UOKiK a stronami postępowań w sprawach koncentracji. Identyfikacja potencjalnego konkurenta jest tym bardziej trudna ze względu na nieostrość tego terminu zarówno w samej uokik, jak i w doktrynie i orzecznictwie. W związku z tym korzystanie z wyłączenia z art. 14 pkt 4 uokik w praktyce jest bardzo ryzykowne w kontekście konieczności samooceny istnienia stosunku konkurencji, znacząco ogranicza jego zastosowanie i nie spełnia swojej funkcji w postaci szybkiej pomocy przedsiębiorcom w trudnej sytuacji finansowej.

W praktyce w ramach postępowania upadłościowego może dojść do przejęcia kontroli nad przedsiębiorcą innym niż ten objęty postępowaniem upadłościowym, np. poprzez przejęcie akcji lub udziałów wchodzących w skład masy upadłościowej, które dadzą przejmującemu kontrolę nad innym przedsiębiorcą niż ten bezpośrednio objęty postępowaniem. W doktrynie (Wierciński, 2016) podkreśla się, że w takim przypadku przyjmuje się, że omawiane wyłączenie ma zastosowanie w zakresie, w jakim ten „inny” przedsiębiorca nie jest konkurentem przejmującego. Jednak zdaniem Prezesa UOKiK⁷⁵ w takim przypadku wyłączenie nie ma zastosowania, gdyż obejmuje ono tylko przedsiębiorcę, który jest bezpośrednio objęty postępowaniem upadłościowym, a nie innych przedsiębiorców. Zdaniem autorów takie podejście Prezesa UOKiK jest niewłaściwe, ponieważ art. 14 pkt 4 uokik pozwala na szersze objęcie wyłączeniem koncentracji „pośrednich” następujących w toku postępowania upadłościowego i nie wprowadza dodatkowego ograniczenia, że przejmowany przedsiębiorca musi być objęty tym postępowaniem. Wyłączenie to ma na celu usprawnienie postępowania upadłościowego i zwiększenie szans osiągnięcia jego celów, a taka interpretacja Prezesa UOKiK częściowo niweczy ten cel. Taka szersza interpretacja nie stwarza również zagrożenia dla konkurencji, ponieważ jeśli taka „pośrednia” koncentracja dotyczy konkurenta, to wyłączenie to nie ma zastosowania i Prezes UOKiK ma prawo jej oceny.

Z tych względów wiele koncentracji polegających na przejęciu kontroli nad przedsiębiorcami (lub części ich mienia) w co najmniej bardzo złej kondycji finansowej, na granicy wypłacalności (np. objętymi postępowaniem restrukturyzacyjnym) nadal może wymagać zgłoszenia do Prezesa UOKiK i uzyskania jego zgody. Proces przygotowania zgłoszenia i postępowanie może zabrać czas niezbędny na uratowanie takiego przedsiębiorcy (lub jego mienia) lub co najmniej znacząco utrudnić transakcję. Na koniec może nawet skutkować zmniejszeniem konkurencji, jeśli przedsiębiorca, który nie został przejęty, ostatecznie „wypadnie” z rynku.

Podczas trwającej pandemii i spowodowanego nią kryzysu gospodarczego problemy płynnościowe przedsiębiorców są nieuniknione i jest bardzo prawdopodobne, że w wielu przypadkach będą skutkowały upadłościami lub restrukturyzacjami. Jednym z oczywistych sposobów, który pozwala uratować przedsiębiorstwo dotknięte kryzysem jest jego przejęcie przez inny podmiot znajdujący się w lepszej kondycji finansowej. Transakcje fuzji i przejęć pozwalałyby zarówno na

⁷⁴ Uzasadnieniem takiego uregulowania jest fakt, że w wypadku koncentracji horyzontalnych (zachodzących między konkurentami) istnieje największe ryzyko wystąpienia negatywnego wpływu na stan konkurencji na rynku.

⁷⁵ Wyjaśnienia UOKiK, pkt 3.5.

lepszą ochronę ciągłości biznesu, w tym zatrudnienia, jak i dawałyby szansę na odbicie gospodarcze. Aby jednak takie przejęcie było skuteczne, zazwyczaj liczy się szybkość jego dokonania.

Jednym z czynników spowalniających cały proces może okazać się konieczność uzyskania wcześniejszej zgody Prezesa UOKiK (lub innych organów antymonopolowych) na koncentrację. W tym miejscu powstaje pytanie (postulat?), czy w związku z bezprecedensowym kryzysem gospodarczym UOKiK nie powinien dostosować swojego podejścia do panujących warunków gospodarczych i próbować swoim działaniem pomóc przedsiębiorcom ratowanym poprzez przejęcia? Zdaniem autorów taka pomoc mogłaby znaleźć wyraz w znaczącym przyspieszeniu tempa postępowań prowadzonych przez UOKiK, w których na szali są losy przedsiębiorców z problemami finansowymi.

Dotychczas UOKiK nie traktował priorytetowo transakcji dotyczących przedsiębiorców z trudnościami finansowymi. Wydaje się, że w związku z lekkim spadkiem liczby transakcji zgłaszanych do Prezesa UOKiK, UOKiK dysponuje środkami, w tym osobowymi, aby sprostać procedowaniu spraw przejęcia przedsiębiorców w złej kondycji finansowej znacząco szybciej niż standardowo. W praktyce Prezesa UOKiK również zdarzały się decyzje wydawane w szybkim tempie np. 77⁶ lub 87⁷ dni, więc jest to organizacyjnie możliwe. Natomiast w celu zwiększenia pewności prawnej przedsiębiorców wskazane byłoby zakomunikowanie rynkowi przez Prezesa UOKiK otwartości i elastycznego podejścia oraz warunków jego zastosowania w praktyce. Istnieje zatem pole do przyspieszenia wydawania zgód przez Prezesa UOKiK w przypadku, gdy transakcja dotyczy przedsiębiorcy z trudnościami finansowymi.

W dłuższym okresie warto postawić postulat rozszerzenia zastosowania wyłączenia z art. 14 pkt 4 uokik. Przykładowo, bez znaczącej szkody i ryzyka antykonkurencyjnych koncentracji, można by go rozszerzyć na koncentracje objęte postępowaniem restrukturyzacyjnym i pomiędzy potencjalnymi konkurentami.

VII. Zgoda nadzwyczajna i inne wyjątkowe rozwiązania przydatne w czasie kryzysu

Sprawy z zakresu kontroli koncentracji mogą, zwłaszcza w czasie kryzysu, skorzystać z dostępnej, ale w praktyce niewykorzystywanej zbyt często, instytucji zgody nadzwyczajnej. Zgodnie z art. 20 ust. 2 uokik Prezes UOKiK ma możliwość wydania decyzji wyrażającej zgodę na dokonanie koncentracji, w wyniku której konkurencja na rynku zostanie istotnie ograniczona, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku, w przypadku gdy odstępianie od zakazu koncentracji jest uzasadnione, a w szczególności jeśli przyczyni się ona do rozwoju ekonomicznego lub postępu technicznego lub może ona wywrzeć pozytywny wpływ na gospodarkę narodową.

Doktryna (Stawicki, 2016, s. 565) podkreśla, że katalog przesłanek uzasadniających wydanie zgody nadzwyczajnej jest otwarty i wydawane dotychczas zgody nadzwyczajne odwoływały się do m.in. względów bezpieczeństwa energetycznego, bezpieczeństwa publicznego, obronności państwa, korzyści ekonomicznych transferowanych do konsumentów, pluralizmu środków przekazu, względów ostrożnościowych w sektorze finansów publicznych, umożliwienia wdrożenia nowych

⁷⁶ Np. dec. z 28.08.2019 r., DKK-170/2019.

⁷⁷ Np. dec. z 11.03.2020 r., DKK-70/2020.

technologii. W kontekście pandemii COVID-19 na szczególną uwagę zasługiwałyby względy zdrowia publicznego, ochrony miejsc pracy czy pozytywne efekty ekonomiczne dla budżetu państwa i polskich przedsiębiorców.

Wydanie zgody nadzwyczajnej wymaga analizy wykazującej zarówno, że koncentracja doprowadzi do ograniczenia konkurencji oraz, że odstąpienie od zakazu jest uzasadnione z uwagi na płynące z niej korzyści ogólnogospodarcze lub społeczne. Zgodnie z orzecznictwem korzyści te powinny przy tym przeważać nad negatywnymi skutkami ograniczenia konkurencji⁷⁸.

Konkretne korzyści powinny być tak szczegółowo zdefiniowane, aby umożliwić Prezesowi UOKiK dokonanie oceny czy przeważają one nad negatywnymi skutkami ograniczenia konkurencji. W doktrynie (Skoczny i Kolasiński, 2014, s. 716) podkreśla się jednak, że ciężar dowodu spełnienia ww. przesłanek spoczywa na Prezesie UOKiK. W praktyce orzeczniczej Prezesa UOKiK panuje odmienny pogląd i Prezes UOKiK oczekuje, że to uczestnicy koncentracji dostarczą dowody na poparcie swoich twierdzeń o zasadności wydania zgody nadzwyczajnej⁷⁹. Zdaniem autorów należy przychylić się do pierwszego z ww. poglądów. To Prezes UOKiK dysponuje bowiem pełnym wglądem w materiał dowodowy w sprawie, w tym wewnętrzne analizy ekonomiczne UOKiK i wyniki badania rynkowego, z których wynika ryzyko dla konkurencji i z którego można wywodzić argumenty na temat przeważających korzyści płynących z koncentracji.

Innym przydatnym narzędziem, które nie obowiązuje jednak w polskim systemie kontroli koncentracji, jest możliwość odstąpienia od obowiązku wstrzymania się z realizacją transakcji do czasu wydania zgody przez organ ochrony konkurencji.

Zamysłem obowiązku wstrzymania się z realizacją koncentracji jest zapewnienie, że jej uczestnicy będą nadal działać niezależnie do czasu pozytywnego rozpoznania sprawy. W obliczu kryzysu gospodarczego każdy dzień opóźnienia zamknięcia transakcji może mieć wymierne negatywne skutki. Komisja Europejska w wyjątkowych okolicznościach może w trybie art. 7(3) EUMR⁸⁰ wyrazić zgodę na odstąpienie od obowiązku wstrzymania się z realizacją koncentracji. Takie odstąpienie jest szczególnie użytecznym narzędziem, jeżeli nie ma innej możliwości przyspieszenia procesu analizy sprawy. Jednocześnie wniosek może być rozpatrzony pozytywnie co do zasady, jeśli transakcja *prima facie* nie rodzi problemów na tle konkurencji, a jest to uzasadnione np. poważnymi trudnościami finansowymi przejmowanego przedsiębiorcy (takimi jak trudności z płynnością finansową czy zagrożenie upadłością).

Ciekawym przykładem odstąpienia zatwierdzonego przez Komisję podczas kryzysu finansowego w latach 2008–2009 była sprawa COMP/M.5363 *Santander/Bradford & Bingley*. Komisja rozpoznała formalny wniosek o odstąpienie i wydała na nie zgodę w dosłownie jeden dzień⁸¹.

Zgodę na odstąpienie od obowiązku wstrzymania się z realizacją transakcji KE wydała również względem transakcji dokonywanych w czasie kryzysu COVID-19. W dniu 16 lipca 2020 r. KE wydała dwie zgody na odstąpienie dotyczące tego samego przejmowanego przedsiębiorstwa dotkniętego skutkami kryzysu gospodarczego wywołanego pandemią. Sprawa była o tyle specyficzna, że przejmowane przedsiębiorstwo objęte było we Francji postępowaniem upadłościowym,

⁷⁸ Wyr. SOKiK z 14.05.2012 r., XVII AmA 41/11.

⁷⁹ Dec. Prezesa UOKiK z 8.10.2009 r., DKK-67/2009 *Cogifer/Koltram*; dec. Prezesa UOKiK z 5.03.2009 r., DKK-10/2009 *Orzeł Biały/Baterpol*; dec. Prezesa UOKiK z 8.10.2009 r., DKK-68/2009 *Rieber Foods/Food Care*.

⁸⁰ Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z 20.01.2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. WE 2004 L 24/1); dalej: EUMR.

⁸¹ Dec. KE z 28.09.2008 r. w sprawie COMP/M.5363 – *Santander/Bradford & Bingley*.

którego warunki *de facto* uniemożliwiłyby nabywcom udział w procesie sprzedaży, gdyby KE nie udzieliła zgody na odstępstwo od obowiązku zawieszenia zamknięcia⁸².

Na tle powyższego nasuwa się pytanie, czy polska procedura kontroli koncentracji nie powinna dopuszczać podobnych rozwiązań, które byłyby szczególnie pomocne w czasie kryzysu gospodarczego. Choć zdaje się, że kryzys nie spowodował opóźnień w rozpatrywaniu spraw przez Prezesa UOKiK, w przypadku niektórych transakcji każdy dzień ma istotne znaczenie dla powodzenia transakcji. Zdaniem autorów polska procedura powinna przewidywać rozwiązanie na wzór unijnego zwolnienia spod obowiązku wstrzymania dokonania koncentracji do czasu wydania zgody. Jak pokazuje unijna praktyka, narzędzie to nie jest wykorzystywane zbyt często, ale w sprawach, w których zgody na odstępstwa były wydawane, miały one kluczowe znaczenie dla powodzenia koncentracji. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby podobne rozwiązanie obowiązywało również w polskiej procedurze.

VIII. Podsumowanie

Powyższa analiza pokazuje, że administracyjne wyzwania organizacji pracy UOKiK w czasie pandemii nie przełożyły się na wydłużony czas trwania postępowań w sprawach koncentracji, przynajmniej w mniej skomplikowanych przypadkach. W zakresie postępowań prowadzonych w tzw. II fazie jest jeszcze za wcześnie, aby wyciągnąć miarodajne wnioski. W praktyce decyzyjnej Prezesa UOKiK w ostatnich miesiącach w większości brakuje uzasadnień decyzji, a zatem analiza przesłanek, na których opierał się organ, wydając decyzje w czasie kryzysu, jest utrudniona. Można jednak spodziewać się, że w toku analizy materialnej zgłaszanych koncentracji Prezes UOKiK mógł napotkać utrudnienia z dostępnością danych czy oceną siły rynkowej przedsiębiorców w zmieniającym się otoczeniu ekonomicznym i doborem najwłaściwszego scenariusza alternatywnego rozwoju rynku.

Jakkolwiek, w kontekście kryzysu gospodarczego, doktryna upadającej firmy automatycznie nasuwa się na myśl, jako możliwa obrona problematycznych koncentracji, to przesłanki skorzystania z tej obrony były dotychczas interpretowane dość rygorystycznie. Mniej wymagającą alternatywą dla pełnej analizy zastosowania doktryny upadającej firmy byłoby natomiast uwzględnienie zmieniającego się otoczenia ekonomicznego przez organy ochrony konkurencji w analizie materialnej. Zmiana warunków rynkowych może bowiem zmniejszać prawdopodobieństwo wystąpienia antykonkurencyjnych skutków transakcji.

Pandemia i wywołany nią kryzys gospodarczy odbija się również na koncentracjach, które formalnie zostały rozpoznane przed wybuchem pandemii. Ma to przede wszystkim znaczenie w kontekście realizacji warunków nałożonych przez Prezesa UOKiK w decyzjach wyrażających warunkowe zgody na przeprowadzenie transakcji. Mimo braku formalnej możliwości wnioskowania przez strony koncentracji o zmianę warunków (czy to w zakresie przedmiotowym, czy czasowym), na pochwałę zasługuje otwartość Prezesa UOKiK na zmianę decyzji warunkowej z urzędu, o ile zachodzą ku temu przesłanki. Niemniej brak formalnej procedury ubiegania się o zmianę decyzji warunkowej, na wzór procedury obowiązującej wobec decyzji KE, utrudnia przedsiębiorcom

⁸² Dec. KE z 16.07.2020 r. w sprawie COMP/M.9887 – *Jingye/Ascova/FRI* i dec. KE z 16.07.2020 r. w sprawie COMP/M.9917 *Liberty/Ascova/Hayange*.

ubieganie się o zmianę i *de facto* pozbawia ich praw obrony swoich racji w przypadku odmowy zmiany decyzji przez Prezesa UOKiK.

Jednym ze środków przewidzianych w uokik, które teoretycznie mają pomagać przedsiębiorcom w czasie problemów gospodarczych, jest wyłączenie spod obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji następującej w toku postępowania upadłościowego. Wąska interpretacja zakresu tego wyłączenia przez Prezesa UOKiK i uznanie, że dotyczy ono tylko transakcji z udziałem przedsiębiorców bezpośrednio objętych postępowaniem upadłościowym jest przy tym niekorzystne i niesłusznie wyłącza z jego zakresu koncentracje dotyczące np. podmiotów zależnych upadającej spółki.

Kolejnym z możliwych proceduralnych rozwiązań dostępnych dla spraw z zakresu kontroli koncentracji, pomocnych zwłaszcza w czasie kryzysu, jest możliwość wydania przez Prezesa UOKiK zgody nadzwyczajnej. Prezes UOKiK wydaje zgodę na dokonanie koncentracji, w wyniku której konkurencja na rynku zostanie istotnie ograniczona, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku, w przypadku gdy odstąpienie od zakazu koncentracji jest uzasadnione, a w szczególności jeśli przyczyni się ona do rozwoju ekonomicznego lub postępu technicznego lub może ona wywrzeć pozytywny wpływ na gospodarkę narodową. W kontekście kryzysu wywołanego COVID-19 na szczególną uwagę zasługiwałyby względy zdrowia publicznego, ochrony miejsc pracy czy pozytywne efekty ekonomiczne dla budżetu państwa i polskich przedsiębiorców. Niemniej jednak standard oceny korzyści jest wysoki, a ponadto powinny one przewyższać antykonkurencyjne skutki koncentracji. Obecnie (luty 2021) trudno przewidzieć czy Prezes UOKiK zdecyduje się na skorzystanie z tej niewykorzystywanej od lat instytucji.

Bibliografia

- Banasiński, C. i Piontek, E. (red.). (2009). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: LexisNexis.
- Błachucki, M. (2012). *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców*. Warszawa: UOKiK.
- Borkowski, J. i Adamiak, B. (red.). (2021). *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck/Legalis.
- Kohutek, K. (2014). W: K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Kwieciński, T. i Witkowska, A. (2016). W: A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Malanowski, J. (2020). W: R. Hauser, M. Wierzbowski (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
- Modzelewska-Wąchal, E. (2014). W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
- Skoczny, T. i Aziewicz, D. (2014). W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.

- Skoczny, T. i Kolasiński, M. (2014). W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
- Skoczny, T. i Podlasiński, W. (2014). W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
- Stawicki, E. (2016). W: A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Wierciński, A. (2016). W: A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.