

Dominik Wolski*

Kierunek zmian w zakresie kontroli koncentracji przedsiębiorców w projekcie nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

Spis treści

- I. Uwagi wprowadzające
- II. Zmiany w postępowaniu dotyczącym kontroli koncentracji
- III. Próba uregulowania „koncentracji wieloetapowych”
- IV. Podsumowanie

Streszczenie

Przyjęty przez Radę Ministrów projekt zmiany ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakłada m.in. wprowadzenie zmian w obszarze kontroli koncentracji przedsiębiorców. W niniejszym artykule autor omawia najważniejsze z nich, do jakich zaliczyć należy wprowadzenie dwuetapowego postępowania w sprawie kontroli koncentracji, instytucję przedstawienia zarzutów do planowanej koncentracji, utajnienie terminu realizacji decyzji warunkowej, a także wprowadzenie regulacji dotyczącej „koncentracji wieloetapowych”. Ta ostatnia zmiana, mająca na celu zapobieganie obchodzeniu przepisów poprzez dokonywanie szeregu mniejszych koncentracji, pozwalających na skorzystanie z wyłączenia *de minimis*, budzi stosunkowo najwięcej wątpliwości. Dlatego zwłaszcza w odniesieniu do niej autor zgłasza uwagi krytyczne, proponując równocześnie rozwiązania umożliwiające wyeliminowanie jej mankamentów.

Słowa kluczowe: projekt nowelizacji; kontrola koncentracji przedsiębiorców; postępowanie dwuetapowe; decyzje warunkowe; „koncentracje wieloetapowe”.

I. Uwagi wprowadzające

Prace nad nowelizacją ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów¹ zainicjowane przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej Prezes UOKiK) w pierwszych miesiącach 2012 r.² wkroczyły obecnie w bardzo istotną fazę. Po poprzedzonym fazą konsultacji społecznych przyjęciu założeń do ustawy nowelizującej przez Radę Ministrów w dniu

* Doktor nauk prawnych, radca prawny; autor publikacji m.in. z zakresu prawa ochrony konkurencji, prawa prywatnego międzynarodowego oraz projektu europejskiego prawa umów.

¹ Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm. – dalej: uokik.

² Zob. informacje na: http://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=3330&news_page=22, a także relacje z konferencji „Jak skutecznie chronić rynek – czas na zmiany w prawie?” zorganizowanej na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego w dniu 28 marca 2012 r. (http://uokik.gov.pl/multimedia.php?news_page=5).

20 listopada 2012 r.³, przedłożony został projekt ustawy zmieniającej ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów⁴. Zaproponowane w projekcie zmiany, choć zapowiadane już w założeniach do projektu, wywołały szereg wątpliwości i krytycznych uwag, które pojawiały się już w trakcie prac nad założeniami do projektu⁵. Wiele kontrowersji wzbudza m.in. kwestia odpowiedzialności osób fizycznych⁶, instytucja dobrowolnego poddania się karze, czy też nie objęta projektem założeń do projektu ustawy zmiana terminu przedawnienia z obecnego, który zgodnie z art. 93 uokik wynosi jeden rok od końca roku, w którym zaprzestano stosowania praktyk ograniczających konkurencję, na proponowany w projekcie okres pięciu lat.

Na tym tle zaproponowane w projekcie zmiany dotyczące kontroli koncentracji przedsiębiorców budzą stosunkowo najmniej kontrowersji. Także w tej części przedstawionego projektu można jednak wskazać elementy, które wymagają ponownego przemyślenia i ewentualnej zmiany. Jest to zagadnienie istotne zwłaszcza, gdy weźmie się pod uwagę, jak doniosłe znaczenie mają przepisy dotyczące kontroli koncentracji dla rozwoju przedsiębiorstw, w tym procesów konsolidacji występujących na rynku. W tym zakresie najwięcej zastrzeżeń budzi próba uregulowania tzw. koncentracji wieloetapowych. Stosowne przepisy znalazły się w art. 16 ust. 6 do 8 projektu ustawy nowelizującej. Z uwagi na to, że zagadnienie to rodzi istotne wątpliwości, omówione zostało w dalszej części odrębnie.

II. Zmiany w postępowaniu dotyczącym kontroli koncentracji przedsiębiorców

W zakresie zmian przepisów dotyczących kontroli koncentracji przedsiębiorców, wyłączając w tym miejscu tzw. koncentracje wieloetapowe, odnotować należy trzy istotne momenty. Pierwszym z nich jest wprowadzenie dwóch etapów postępowania, uregulowanych w zmienionym art. 96 oraz art. 96a projektu. Instytucja ta, znana także z prawa Unii Europejskiej (UE)⁷, a także z prawa niektórych państw członkowskich⁸, ma zostać na mocy ustawy nowelizującej implementowana do polskiego systemu prawa ochrony konkurencji. Zgodnie z art. 96 ust. 1 projektu, co do zasady postępowanie w sprawie koncentracji powinno trwać jeden miesiąc. Jeżeli jednak zaistnieją uzasadnione obawy, że w wyniku koncentracji konkurencja na rynku zostanie istotnie ograniczona lub w przypadku spraw wymagających badania rynku, Prezes UOKiK wydaje postanowienie wraz z uzasadnieniem o przedłużeniu terminu na zakończenie postępowania. Na postanowienie to nie przysługuje zażalenie, a zgodnie z art. 96a ust. 1 projektu, w takim przypadku Prezes UOKiK wydaje decyzję nie dłużej niż po upływie czterech miesięcy od wydania postanowienia

³ Zob. informację na http://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=10099&news_page=4.

⁴ Projekt ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz o zmianie niektórych innych ustaw z dnia 21 listopada 2012 r. oraz przebieg procesu konsultacyjnego dostępny na <http://legislacja.rcl.gov.pl/lista/2/projekt/85314/katalog/85324>.

⁵ Zob. w szczególności na krytyczne w odniesieniu do wielu zmian zaproponowanych w projekcie stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego z 11.01.2013 r., a także opinię Rządowego Centrum Legislacji z 21.01.2013 r. (<http://legislacja.rcl.gov.pl/lista/2/projekt/85314/katalog/85330>).

⁶ Już sama definicja „osoby zarządzającej” zaproponowana w art. 4 pkt 23 budzi cały szereg wątpliwości, a zwłaszcza mieszcząca się w tym pojęciu „osoba pełniąca funkcję kierowniczą”. Sprzeciw wobec braku precyzji w definiowaniu zakresu podmiotowego odpowiedzialności osób fizycznych nie dziwi, biorąc pod uwagę sankcję w postaci maksymalnej kary sięgającej zgodnie z art. 106a projektu kwoty 500 000 euro. To zagadnienie należy także rozpatrywać w kontekście art. 42 Konstytucji RP, statującego podstawowe zasady odpowiedzialności karnej. Uwzględniając wysokość sankcji, trudno jest bronić tezy, iż środek ten nie ma ściśle karnego charakteru, nawet jeżeli stosowany jest w procedurze administracyjnej.

⁷ Zob. art. 6 oraz art. 8 w zw. z art. 10 Rozporządzenia Rady (WE) Nr 139/2004 z 20.01.2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. U.E. z 2004 r., Nr L 24/1, s. 40 – dalej Rozporządzenie 139/2004).

⁸ Zob. m.in. niemiecką ustawę z 26.06.2011 r. (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen/Act against Restraints of Competition – dalej ARC) i uregulowaną w jej § 40 procedurę kontroli koncentracji (http://www.bundeskartellamt.de/w/Englisch/Legal_bases/Legal_basesW3DnavidW2628.php).

o przedłużeniu postępowania⁹. Zmiana ta, zgodnie z intencjami projektodawców mająca na celu skrócenie postępowań w przypadku koncentracji niemających istotnego wpływu na wyznaczony rynek właściwy, winna zostać co do zasady oceniona pozytywnie. Jednak rodzą się na jej tle dwie wątpliwości. Po pierwsze, brak jasnego kryterium wydania postanowienia o przedłużeniu postępowania może w praktyce skutkować naturalną tendencją do przekazywania sprawy do kolejnego etapu. W konsekwencji większość postępowań może zostać objęta terminem pięciu miesięcy. Aby tego uniknąć postuluje się wprowadzenie odpowiedniego kryterium, które pozwalałoby na uznanie, iż koncentracja nie wywiera istotnego wpływu na rynek, a toczące się postępowanie powinno zakończyć się w pierwszym etapie. Wydaje się, iż najwłaściwszym kryterium w tym zakresie jest kryterium niewielkiego udziału uczestników koncentracji w rynku. Kryterium takie pozwalałoby na uznanie koncentracji za bagatelną i zakończenie postępowania na pierwszym etapie¹⁰. Byłoby to z jednej strony narzędzie dające przedsiębiorcom większą możliwość zaplanowania potencjalnego czasu trwania postępowania, a w konsekwencji podjęcia odpowiednich decyzji biznesowych. Z drugiej strony stanowiłoby pomoc w podjęciu odpowiedniej decyzji przez Prezesa UOKiK. Na tym tle rodzi się także druga wątpliwość dotycząca terminologii zastosowanej w art. 96 ust. 1 projektu. Trudno jest bowiem na tle proponowanego brzmienia przepisu zdefiniować pojęcie „obawy”¹¹, jak również nie do końca jasne jest co oznacza termin „badania rynku” również użyty w tym przepisie. Wydaje się, iż w sprawach tak istotnych zwłaszcza dla pewności prawa, a w konsekwencji możliwości planowania działań podejmowanych przez przedsiębiorców należałoby dążyć do większej precyzji w stosowaniu pojęć, jakimi posługuje się język przepisu prawnego. Dlatego też w pierwszej kolejności należałoby postulować w ogóle usunięcie tej części przepisu, która odwołuje się do tak nieprecyzyjnych pojęć i uwzględnienie w tym zakresie wymienionego wcześniej kryterium „koncentracji bagatelnej” (o niewielkim udziale w rynku uczestników koncentracji). Jeżeli ta dalej idąca propozycja okazałaby się trudna do zaakceptowania, to innym rozwiązaniem jest zastąpienie pojęcia „obawy”, np. zwrotem „prawdopodobieństwo”, i nadanie tej części przepisu brzmienia *istnieje prawdopodobieństwo istotnego ograniczenia konkurencji na rynku*. Takie brzmienie, wymagające wskazania określonych przesłanek, które wywołują powstanie stanu prawdopodobieństwa¹² znacznie bardziej realizuje cel proponowanego przepisu. Jeżeli zaistnieją okoliczności wywołujące stan prawdopodobnego ograniczenia konkurencji na rynku to z pewnością jest to podstawa do przejścia do kolejnego etapu postępowania. W etapie tym należy zbadać, czy w istocie taka możliwość jest nie tylko prawdopodobieństwem, ale planowana koncentracja może w rzeczywistości wywołać skutek w postaci istotnego ograniczenia konkurencji. Ponadto, takie brzmienie przepisu byłoby spójne z omówionym poniżej art. 96a projektu.

⁹ Podobna regulacja w zakresie terminów znajduje się w § 40 ust. 1 i ust. 2 ARC.

¹⁰ Wskazówkę może stanowić pkt 32 motywów Rozporządzenia 139/2004, który odnosząc się do kwestii zgodności koncentracji z wspólnym rynkiem, wskazują na udział w rynku zaangażowanych przedsiębiorców nie przekraczający 25%, jako taki przy którym, z zastrzeżeniem innych przepisów, należy domniemywać, iż koncentracja jest zgodna ze wspólnym rynkiem.

¹¹ Z jednej strony można przywołać tutaj obawę rozumianą na tle języka potocznego jako uczucie niepewności lub niepokoju, co do następstw czegoś (tak L. Drabik, A. Kubiak-Sokół, E. Sobol, L. Wiśniakowska, *Słownik języka polskiego*, Warszawa 2007, s. 531). Z drugiej pojęcie to pojawia się na tle przepisów k.c. (ustawa z 23.04.1964 r., Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.) dotyczących groźby, przy czym groźba to zapowiedź przyszłego zła albo pogłębienia już istniejącego niebezpieczeństwa lub nieszczęścia, którego realizacja powinna być uzależniona od woli groźącego (zob. K. Pietrzykowski [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny, Komentarz*, T. I, Warszawa 2005, s. 370). Jak się wydaje żadne z wymienionych znaczeń nie wpisuje się w kontekst art. 96 ust. 1 w brzmieniu zaproponowanym w projekcie.

¹² Inaczej możliwość, szansa wydarzenia się czegoś (zob. L. Drabik, A. Kubiak-Sokół, E. Sobol, L. Wiśniakowska, *Słownik...*, s. 735).

Drugą z proponowanych zmian godną odnotowania jest instytucja przedstawienia zastrzeżeń do zgłoszonej koncentracji (ang. *statement of objections*)¹³. Zgodnie z nowym art. 94a ust. 2, jeżeli występuje uzasadnione prawdopodobieństwo, że w wyniku dokonania koncentracji konkurencja na rynku zostanie istotnie ograniczona, Prezes UOKiK przed wydaniem decyzji przekazuje przedsiębiorcy lub przedsiębiorcom zawiadomienie o zastrzeżeniach wobec koncentracji. W kolejnych ustępach art. 96a projektu zaproponowana została swoista „procedura konsultacyjna”. Przedsiębiorca może w ciągu 14 dni przedstawić swoje stanowisko wobec przedłożonych zastrzeżeń. Prezes UOKiK może też przedłużyć termin do odpowiedzi na zastrzeżenia na uzasadniony wniosek przedsiębiorcy (art. 96a ust. 3 projektu). W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że w praktyce działalności przedsiębiorstw, to właśnie przedsiębiorcy zależy na jak najszybszym zakończeniu postępowania. Jeżeli zatem składa wniosek o przedłużenie terminu do odpowiedzi na przedłożone zastrzeżenia, to z pewnością jest to (w opinii przedsiębiorcy) uzasadnione. Służyło będzie też najczęściej temu, aby w odpowiedzi na przedstawione warunki zaproponować takie rozwiązanie, które pozwoli na wyeliminowanie prawdopodobieństwa nastąpienia istotnego ograniczenia konkurencji na rynku (art. 96a ust. 2 projektu), lub co najmniej stanowiło podstawę do prowadzenia dalszej komunikacji z Prezesem UOKiK tak, aby wypracować odpowiednie rozwiązanie. Zważyć również należy, że celem przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów dotyczących kontroli koncentracji nie jest zakazanie dokonywania koncentracji, ale umożliwienie dokonywania ich w taki sposób, aby uniknąć antykonkurencyjnego skutku. Dlatego też zasadnym wydaje się, aby w przypadku złożenia wniosku o przedłużenie terminu przez przedsiębiorcę, Prezes UOKiK był zobligowany do jego przedłużenia. Byłoby to rozwiązanie analogiczne do zastosowanego w przypadku omówionego w dalszej części „utajnienia” terminu wyznaczonego przedsiębiorcy na realizację warunku. Aby zapobiec nadmiernemu wydłużaniu terminu z art. 96a ust. 5 projektu, można wprowadzić rozwiązanie polegające na obligatoryjnym przedłużaniu terminu przez Prezesa UOKiK, jednak wyłącznie na czas nie krótszy niż 14 dni. Ewentualne udzielenie dłuższego terminu (powyżej 14 dni) może zostać uzależnione od decyzji Prezesa UOKiK oceniającego zasadność wniosku przedsiębiorcy. W konsekwencji zdanie drugie ust. 3 art. 96a powinno przybrać brzmienie: *Prezes Urzędu na wniosek przedsiębiorcy przedłuża ten termin, na czas nie krótszy niż 14 dni*. Kolejne ustępy art. 96a – ust. 4 do ust. 8 – dotyczą możliwości przedstawienia warunków, o których mowa w art. 19 uokik zarówno przez Prezesa UOKiK, jak i przedsiębiorcę. Te regulacje należy ocenić pozytywnie jako kolejny element „procedury konsultacyjnej”, który służył będzie wypracowaniu takiego rozwiązania, które pozwoli na uniknięcie decyzji zakazującej koncentracji zgodnie z art. 20 ust. 1 uokik, a w konsekwencji umożliwi wydanie zgody na jej dokonanie pod warunkiem odpowiedniej modyfikacji pierwotnego zamiaru przedsiębiorców.

Kolejną dość istotną zmianą wprowadzoną w odniesieniu do postępowania w sprawie kontroli koncentracji jest możliwość „utajnienia” terminu realizacji warunku wydawanego w trybie art. 19 uokik (art. 19 ust. 4 projektu). Jest to realizacja pojawiających się od dawna postulatów przedsiębiorców, na których nakładane były warunki w decyzjach wydawanych przez Prezesa UOKiK¹⁴. Jawność terminu ich realizacji powodowała, iż przedsiębiorcy w praktyce pozbawieni byli szans

¹³ Instytucja znana także prawu UE, gdzie w postępowaniu wszczętym na podstawie art. 6 ust. 1 pkt c Rozporządzenia 139/2004 Komisja Europejska przedstawia zastrzeżenia, co do planowanej koncentracji wobec których strony mogą przedstawić swoje stanowisko.

¹⁴ Zob. także na ten temat D. Wolski, *Wybrane zagadnienia z zakresu wydawania i realizacji decyzji udzielających warunkowej zgody na dokonanie koncentracji przedsiębiorców*, iKAR 2/2012, s. 43 i nast.

realizacji nałożonych warunków na warunkach rynkowych¹⁵. W sytuacji, w której podmiot jest zmuszony np. do wyzbycia się składnika majątku w określonym terminie i pod groźbą nałożenia kary przewidzianej w art. 107 uokik, pod koniec tego terminu przedsiębiorca ten realizuje warunek na każdym z warunków. Powoduje to, iż właściwie działa on na szkodę swego przedsiębiorstwa, byle tylko uniknąć wskazanej powyżej kary. Proponowana w projekcie zmiana może istotnie wpłynąć na tę sytuację, dlatego też należy ją ocenić pozytywnie. Także zmiana w stosunku do pierwotnych założeń, która polega na obligatoryjnym utajeniu terminu spełnienia warunków w przypadku złożenia takiego wniosku przez przedsiębiorcę jest zasadna¹⁶. Nie ma bowiem racjonalnego uzasadnienia dla uzależnienia uwzględnienia wniosku o utajnienie przedmiotowego terminu od ustalenia czy zachodzi możliwość naruszenia interesu przedsiębiorcy. Skoro przedsiębiorca taki wniosek składa, to niewątpliwie jest on uzasadniony, gdyż to przedsiębiorca najlepiej potrafi ocenić, jakie działanie służy jego interesowi, a jakie może mu zagrozić. Jedyną wątpliwość, jaka rodzi się na tle proponowanej w projekcie regulacji, to sformułowanie „utajnienie” treści decyzji. Ta część decyzji nie staje się bowiem w istocie tajna, a jedynie nie podlega publikacji lub innej formie udostępnienia¹⁷. Być może właściwsze byłoby posłużenie się terminem „nieudostępniania części decyzji”¹⁸ czy też nie „podawania części decyzji do publicznej wiadomości”.

Podsumowując krótko opisane powyżej zmiany należy stwierdzić, iż realizują one przynajmniej część pojawiających się wcześniej postulatów dotyczących postępowań w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorców. Zmiany te powinny posłużyć w pierwszej kolejności zapewnieniu lepszej komunikacji pomiędzy przedsiębiorcami występującymi o zgodę na dokonanie zamierzonej koncentracji a Prezesem UOKiK. W konsekwencji powinny skutkować sprawniejszym i szybszym wypracowywaniem właściwego rozwiązania i skróceniem okresu oczekiwania na stanowisko Prezesa UOKiK. W odniesieniu do konieczności zapewnienia odpowiedniej komunikacji pomiędzy urzędem, a przedsiębiorcami z żalem należy stwierdzić, iż w trakcie prac nad nowelizacją nie pojawiła się propozycja wprowadzenia do ustawy możliwości wydania przez Prezesa UOKiK na wniosek przedsiębiorców wiążącej interpretacji w odniesieniu do planowanych transakcji. Pozwoliłoby to na wyeliminowanie wielu wątpliwości i zapewnienie większej pewności po stronie przedsiębiorców w zakresie podejmowanych działań i ich możliwych skutków. Niestety nie zostały uwzględnione także inne zmiany proponowane w trakcie dyskusji nad założeniami do projektu ustawy nowelizującej, jak wyeliminowanie wątpliwości dotyczących pojęcia „zamiaru koncentracji”, czy rozumienia nabycia „mienia” z art. 13 ust. 2 pkt 4 uokik¹⁹. Biorąc pod uwagę obecny etap prac nad nowelizacją, w szczególności przyjęcie założeń do projektu ustawy przez Radę Ministrów, wprowadzenie ich w tej chwili wydaje się już niemożliwe.

III. Próba uregulowania „koncentracji wieloetapowych”

Przedłożony projekt ustawy wprowadza również regulację, która jak argumentuje Prezes UOKiK w założeniach do projektu ustawy²⁰, ma na celu wyeliminowanie *obchodzenia przepisów*

¹⁵ Przykładem mogą służyć warunki polegające na wyzbyciu się określonych składników majątku, kontroli czy części przedsiębiorstwa. Zob. *Ibidem*.

¹⁶ Początkowo w projekcie założeń do projektu ustawy wskazywana była wyłącznie możliwość utajnienia terminu, jeżeli zachodziła możliwość poważnego naruszenia interesu przedsiębiorcy na skutek ujawnienia tego terminu.

¹⁷ Zob. art. 19 ust. 5 projektu.

¹⁸ Taka propozycja znalazła się w opinii Rządowego Centrum Legislacji z 21.01.2013 r., s. 9 (<http://legislacja.rcl.gov.pl/lista/2/projekt/85314/katalog/85330>).

¹⁹ Zob. D. Wolski, *Wybrane zagadnienia...*

²⁰ Projekt założeń projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 19 października 2012 r., s. 4 (http://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=10099&news_page=4).

ustawy poprzez dokonywanie transakcji wieloetapowych, tj. nabywanie przez przedsiębiorców w niewielkich odstępach czasu (w łącznym dwuletnim okresie) kolejnych stosunkowo niewielkich części mienia innego przedsiębiorcy lub jego kolejnych spółek zależnych (które to transakcje, ze względu na mały obrót realizowany przez te części lub spółki, nie podlegają zgłoszeniu Prezesowi UOKiK). W efekcie dochodzić może do koncentracji o znacznym skutku rynkowym, nieobjętych jednak kontrolą UOKiK. Instytucja ta, podobnie jak opisane wcześniej postępowanie dwuetapowe występuje również w prawie UE²¹. Komentując proponowane zmiany w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, iż poza wyrażonym przez Prezesa UOKiK stanowiskiem, iż zjawisko takie może mieć miejsce, nie zostały przedstawione żadne dane potwierdzające ten fakt. W konsekwencji proponowana jest regulacja, która w istotny sposób wpłynie na stosowanie przepisów ustawy dotyczących kontroli koncentracji, w szczególności w odniesieniu do reguły *de minimis*, która wyłącza spod obowiązku notyfikacji pewną kategorię transakcji z uwagi na ich niewielką skalę i w konsekwencji niewielki wpływ na rynek²². Pojawia się zatem pytanie o to, czy proponowane zmiany nie doprowadzą do wyłączenia możliwości korzystania przez przedsiębiorców z tej reguły, a przynajmniej znacznie skomplikują proces jej stosowania. W chwili występuje wątpliwość, co do *ratio legis* takiej regulacji, ponieważ być może zjawisko wskazane przez Prezesa UOKiK nie ma miejsca lub występuje w stopniu tak niewielkim, że nie jest warte wprowadzania tak istotnej zmiany do przepisów ustawy.

Zasygnalizowana powyżej kwestia, to niestety jedynie zagadnienie wstępne, które rozpoczyna ciąg naprawdę ważnych problemów, jakie pojawiają się na tle konstrukcji proponowanych przepisów. Odnosząc się do kolejnych, trzeba przypomnieć, iż polska ustawa przyjęła zasadę kontroli koncentracji dokonywanej *ex ante*. Oznacza to, iż zamiar koncentracji powinien być zgłoszony przed jej dokonaniem²³. Nie ma przy tym możliwości „konwalidacji” koncentracji, która pomimo istnienia obowiązku zgłoszenia nie została Prezesowi UOKiK notyfikowana. W takim przypadku Prezes UOKiK jest uprawniony do zastosowania sankcji przewidzianych w ustawie, w tym może nałożyć na przedsiębiorcę karę przewidzianą w art. 106 ust. 1 pkt 3 uokik, a także zastosować środki wskazane w art. 21 uokik.

Proponowane przepisy dotyczące „koncentracji wieloetapowych” zamieszczone zostały w art. 16 ust. 6 do ust. 8 projektu. Wskazywane przez Prezesa UOKiK zapobieganie obchodzeniu przepisów ustawy uregulowane zostało wyłącznie przez zastosowanie określonej metody liczenia obrotów na potrzeby przepisów znajdujących się w art. 13 i art. 14 ustawy, w przypadku przejmowania kontroli nad przedsiębiorcą (lub przedsiębiorcami) oraz nabywania mienia należącego do innego przedsiębiorcy. Okresem brany pod uwagę przy analizie „koncentracji wieloetapowych” jest okres 2 lat. Niestety brak jest uzasadnienia w treści założeń do projektu ustawy, jak również w uzasadnieniu samego projektu, na jakiej podstawie przyjęty został taki właśnie przedział czasowy. Domniemywać można, iż implementowany został tutaj termin z art. 5 ust. 2 Rozporządzenia 139/2004. Biorąc jednak pod uwagę dynamicznie zmieniający się rynek, zwłaszcza w nowoczesnych sektorach gospodarki, okres ten wydaje się dość długi. Mogą w tym czasie niejednokrotnie

²¹ Zob. art. 5 ust. 2 Rozporządzenia 139/2004, który nakazuje łączne traktowanie dwóch lub więcej transakcji pomiędzy tymi samymi osobami lub przedsiębiorcami na przestrzeni dwóch lat. Z drugiej strony brak podobnej regulacji np. w przywołanej wcześniej niemieckiej ARC.

²² Zob. na ten temat m.in. T. Skoczny [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, Warszawa 2009, s. 802 i nast.; C. Banasiński, T. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, Warszawa 2009, s. 343 i nast.

²³ Zob. art. 97 uokik oraz A. Jurkiewicz [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, s. 1480 i nast.; C. Banasiński, T. Piontek (red.), *Ustawa...*, s. 796 i nast.; A. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz*, Warszawa 2012, s. 932 i nast.

wystąpić tak istotne zmiany na rynku, w tym pojawić się nowe sektory działalności i nowi konkurenci, że być może nie należy analizować „koncentracji wieloetapowych” w aż tak długiej perspektywie. Wydaje się, iż okres jednego roku byłby w tym zakresie wystraszający i dostatecznie chroniący przed obchodzeniem przepisów ustawy, przyjmując oczywiście, iż wprowadzenie proponowanej regulacji jest uzasadnione. Zgodnie z proponowanymi przepisami, jeżeli w wymienionym okresie przejmowana jest kontrola lub nabywane mienie, to należy brać pod uwagę obrót realizowany przez wszystkich przedsiębiorców, nad którymi przejmowana jest kontrola lub wszystkie składniki nabywanego mienia.

Niestety, poza próbą uregulowania „koncentracji wieloetapowych” przy uwzględnieniu kryterium liczenia obrotów, nie zostały zaproponowane inne zmiany, które wskazywałyby, w jaki sposób należy stosować w praktyce tę nową regulację. Dlatego też wydaje się, iż proponowane zmiany nie przystają do przyjętego w obowiązującej obecnie ustawie modelu zgłaszania zamiaru koncentracji. W konsekwencji powstaje cały szereg zagadnień praktycznych, które pojawią się z momentem wprowadzenia nowej regulacji, na które nowe przepisy nie dają żadnej odpowiedzi. Po pierwsze, nie budzi wątpliwości sytuacja, w której przedsiębiorcy z góry zaplanują, iż koncentracja dokonywana będzie etapami (np. przez kolejne przejmowanie spółek w określonym przeciągu czasu). Jeżeli łączny obrót realizowany przez przedmiot transakcji, które mają zostać przeprowadzone w okresie 2 lat, przekracza progi wskazane w art. 13 lub art. 14 uokik, to koncentracja taka podlega obowiązkowi zgłoszenia. Jak się jednak wydaje, taka (modelowa) sytuacja będzie miała miejsce nader rzadko. Ponadto, można przyjąć, iż z uwagi na powstanie zamiaru koncentracji w stosunku do całości nabywanego etapami mienia lub kolejno przejmowanych spółek, już na gruncie obowiązujących obecnie przepisów, taka transakcja winna być zgłoszona Prezesowi UOKiK. Najczęściej jednak w praktyce może dochodzić do sytuacji, gdy po upływie określonego czasu od nabycia jednej spółki, przedsiębiorcy podejmą decyzję o przejęciu kolejnej. W takiej sytuacji pojawia się szereg problemów, na które proponowane przepisy nie dają żadnej odpowiedzi. W pierwszej kolejności, skoro obrót ma być liczony dla każdego z dwóch poprzednich lat obrotowych poprzedzających zgłoszenie (art. 13 oraz art. 14 uokik), to pojawia się pytanie, które lata obrotowe winny być brane pod uwagę? Wydaje się, iż jedynym racjonalnym rozwiązaniem jest branie pod uwagę każdego z dwóch lat obrotowych poprzedzających pierwsze przejęcie kontroli lub pierwsze nabycie mienia w sankcjonowanym okresie. Nie wynika to jednak wprost z projektowanych art. 16 ust. 6 do ust. 8, a w konsekwencji może budzić istotne wątpliwości. Dlatego zasadnym jest wnioskowanie, aby taka regulacja w proponowanych przepisach się znalazła.

Jednak najważniejszym zagadnieniem jakie pojawia się na tle proponowanych przepisów jest kwestia stosunku tych regulacji do zasady kontroli *ex ante* przyjętej w obecnie obowiązującej ustawie. W przypadku, gdy po okresie np. jednego roku od momentu przejęcia kontroli nad spółką, która nie realizowała obrotów skutkujących powstaniem obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji, przedsiębiorcy podejmą decyzję o dokonaniu kolejnej transakcji, to pojawia się bardzo istotne pytanie, co podlega obowiązkowi zgłoszenia. Jeżeli przyjmiemy, iż zgłoszone powinny zostać obydwie transakcje, to dochodzi do kolizji z zasadą kontroli *ex ante*, ponieważ zgłoszeniu podlega transakcja, która została już wykonana. Co więcej, być może nastąpiły już jej nieodwracalne skutki, a w konsekwencji jej kontrola nie znajduje uzasadnienia w zapobieganiu istotnego ograniczenia konkurencji na rynku. Nawet bowiem, jeżeli Prezes UOKiK w następstwie

kontroli przeprowadzonej *ex post* uznałby, iż transakcja ta łącznie z kolejną powoduje ograniczenie konkurencji na wyznaczonym rynku właściwym, to i tak jej skutki już nastąpiły i są nieodwracalne. Trudno jest również oczekiwać od przedsiębiorcy, aby przez okres dwóch lat od dokonania takiej transakcji pozostawał w stanie niepewności, co do jej ewentualnych skutków i np. wstrzymywał się z określonymi działaniami w odniesieniu do nabytego mienia. Co więcej, pojawia się pytanie na jaki moment winien zostać ustalony rynek właściwy na potrzeby oceny skutków koncentracji. Nie sposób jest przyjąć, aby możliwe było ustalenie tego rynku „z mocą wsteczną”, a zgodnie z obecnie obowiązującymi przepisami rynek właściwy niezbędny dla dokonania oceny skutków koncentracji powinien zostać ustalony przed jej dokonaniem. Zatem i tutaj pojawia się istotny problem, co do którego na chwilę obecną trudno jest znaleźć rozwiązanie na tle proponowanej regulacji. W tym zakresie Rozporządzenie 139/2004 wskazuje na traktowanie szeregu dokonanych transakcji jako koncentracji zachodzącej w dniu zawarcia ostatniej transakcji (art. 5 ust. 2). To rozwiązanie z wielu względów także dalekie od ideału, zawiera jednak pewną wskazówkę w odniesieniu do poruszonych powyżej kwestii. Brak tożsamego rozwiązania w przedłożonym projekcie.

Na tle przyjętego modelu kontroli dokonywanej *ex ante*, pojawia się cały szereg dalszych pytań. Po pierwsze, jeżeli kontroli podlega wyłącznie druga (lub kolejna) transakcja, to w jaki sposób można ustalić wpływ na rynek pierwszej transakcji? Z zaproponowanych przepisów wynika, iż należy analizować skutek, jaki wywołają wszystkie transakcje (etapy koncentracji) w wyznaczonym okresie dwuletnim. Zatem model kontroli „koncentracji wieloetapowych” przy założeniu zgłoszenia wyłącznie *pro futuro* nie realizuje celu wskazanego w uzasadnieniu założeń do projektu ustawy nowelizującej. Ponadto, jeżeli druga (lub kolejna) transakcja nie skutkuje w odniesieniu wyłącznie do niej przekroczeniem progu obrotów wymagających zgłoszenia (reguła *de minimis*), to zgodnie z modelem funkcjonującym na gruncie przepisów ustawy brak jest podstaw do dokonania zgłoszenia. Zgodnie z art. 95 ust. 1 pkt 1 uokik takie zgłoszenie podlega obligatoryjnie zwrotowi.

Powyżej przedstawione zostały tylko najważniejsze wątpliwości, jakie rodzą się na tle proponowanego modelu kontroli „transakcji wieloetapowych”. Nie kwestionując celu wprowadzenia tej regulacji, wydaje się jednak, iż nie została ona dostatecznie przemyślana. W szczególności nie został przeanalizowany praktyczny mechanizm funkcjonowania proponowanych przepisów. Ponadto, co ważniejsze, nie zostały usunięte sprzeczności systemowe pomiędzy projektowanymi przepisami, a funkcjonującym na gruncie polskiej ustawy modelem koncentracji. W konsekwencji cały model kontroli „koncentracji wieloetapowych” powinien zostać ponownie przeanalizowany i zrewidowany. Bez tego zabiegu wydaje się, iż proponowane przepisy zawierają zbyt wiele wad, aby mogły być sprawnie stosowane. Dlatego też należy wprowadzić zmiany przesądzające o tym, w jaki sposób tego typu koncentracje powinny być zgłaszane. Jeżeli skonstruowanie właściwego modelu kontroli „koncentracji wieloetapowych” nie jest możliwe, to należałoby całkowicie zrezygnować z tej regulacji. W przeciwnym razie jedynym skutkiem jej wejścia w życie może być swoisty „paraliż” w odniesieniu do dokonywania małych transakcji z uwagi na obawę, czy konkretny stan faktyczny podlega obowiązkowi zgłoszenia czy też nie. Biorąc pod uwagę rozmiar sankcji za naruszenie stosownych przepisów ustawy, taki scenariusz jest bardzo prawdopodobny.

IV. Podsumowanie

Odnosząc się w krótkim podsumowaniu do zaproponowanych w projekcie zmian dotyczących kontroli koncentracji, w pierwszej kolejności wskazać należy, iż szereg postulatów podnoszonych w trakcie stosowania obowiązujących obecnie przepisów nie została uwzględniona w projekcie. Należą do nich zwłaszcza wątpliwości występujące na tle pojęcia zamiaru koncentracji, pojęcia mienia, czy też praktyki wydawania decyzji warunkowych w trybie art. 19 uokik. Po drugie przyznać trzeba, iż zaproponowane zmiany w większości nie budzą zastrzeżeń i częściowo realizują zgłaszane wcześniej postulaty. W szczególności „utajnienie” terminu realizacji warunku lub próba skrócenia postępowania przez wprowadzenie kontroli dwuetapowej to zmiany, które przy założeniu odpowiedniej praktyki stosowania tych przepisów należy przyjąć z uznaniem. Niestety kolejna proponowana zmiana, dotycząca zapobiegania obchodzeniu przepisów przez przeprowadzanie kontroli „koncentracji wieloetapowych”, już na takie uznanie nie zasługuje. Wydaje się, iż nie została ona poprzedzona odpowiednią analizą z zakresu praktyki stosowania proponowanych przepisów. Aby zapobiec możliwemu „paraliżowi” w odniesieniu do zgłaszania i przeprowadzania tego rodzaju koncentracji, należy z pewnością zmienić kształt proponowanych przepisów lub w ogóle odstąpić od tej regulacji.