

Szymon Syp\*

## Postulowane zmiany w prawie kontroli koncentracji – uwagi na tle propozycji Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

### Spis treści:

- I. Uwagi wstępne
- II. Polityka konkurencji w latach 2011-2013 a kontrola koncentracji
- III. Proponowane zmiany w prawie kontroli koncentracji
- IV. Uwagi na tle proponowanych zmian
  1. Uwagi natury ogólnej
  2. Uwagi szczegółowe
- V. Podsumowanie

### Streszczenie:

Artykuł dotyczy zagadnienia proponowanych założeń zmian w zakresie prawa kontroli koncentracji w Polsce. Z uwagi na fakt, że organ antymonopolowy – Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) oficjalnie zaprezentował główne założenia zmian, autor opisując podstawowe propozycje zmian konfrontuje je z dotychczas formułowanymi przez urzędników podczas oficjalnych konferencji kierunkami zmian w prawie kontroli koncentracji. Dodatkowo autor zestawia postulaty zmian z uprzednio opublikowaną przez organ antymonopolowy Polityką konkurencji w latach 2011-2013. Finalnie, uwzględniając pojawiające się głosy praktyki i nauki w aspekcie proponowanych zmian, autor podejmuje próbę oceny mocnych oraz słabych stron postulowanych rozwiązań. Na zakończenie zostanie przedstawiona ogólna ocena proponowanych zmian przez UOKiK.

**Słowa kluczowe:** Kontrola koncentracji, zmiany w prawie kontroli koncentracji, procedura kontroli koncentracji, polityka konkurencji

### I. Uwagi wstępne

W związku z oficjalną publikacją przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) w dniu 15.05.2012 r. na stronie internetowej UOKiK Projektu założeń do ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>1</sup> (Projekt zmian)<sup>2</sup> warto odnieść się do zaproponowanych przez UOKiK zmian w li tylko jednym z aspektów działalności UOKiK – w zakresie kontroli koncentracji<sup>3</sup> – wskazując w szczególności na ich mocne oraz słabe strony. Warto również skonfrontować

\* Prawnik w Kancelarii Yingke Varnai BWHS, doktorant stacjonarny w Zakładzie Prawa Międzynarodowego oraz Ochrony Konkurencji i Konsumenta w Szkole Głównej Handlowej.

<sup>1</sup> Ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) (dalej: uokik).

<sup>2</sup> Projekt jest dostępny na stronie UOKiK: [http://www.uokik.gov.pl/konsultacje\\_spoleczne3.php#faq1654](http://www.uokik.gov.pl/konsultacje_spoleczne3.php#faq1654).

<sup>3</sup> Por. Projekt zmian ss. 2-5.

postulowane zmiany z dotychczas sformułowanymi przez UOKiK podczas różnych okazji kierunkami zmian w procesie badania koncentracji.<sup>4</sup>

Przedmiotem niniejszego artykułu będzie, na wstępie, syntetyczna analiza wybranych zagadnień polityki konkurencji w aspekcie kontroli koncentracji, a więc zasygnalizowanych kierunków zmian procesu kontroli zamiarów koncentracji zgłaszanych przez przedsiębiorców. Ponadto, zostaną zaprezentowane główne zmiany w prawie kontroli koncentracji ujęte w Projekcie zmian w zestawieniu z rozwinięciem niektórych zmian przekazanych w toku kilku konferencji a poczynionym przez urzędników UOKiK.

Zasadnicza część artykułu dotknie problematyki oceny proponowanych zmian z naukowego oraz praktycznego punktu widzenia, z uwzględnieniem dotychczasowych wypowiedzi przedstawicieli nauki oraz praktyki na łamach czasopism oraz prasy<sup>5</sup>.

## II. Polityka konkurencji a kontrola koncentracji

W opublikowanej w 2011 r. przez UOKiK Polityce konkurencji na lata 2011-2013<sup>6</sup> (Polityka konkurencji) zasygnalizowano postulowane zmiany przepisów prawa antymonopolowego w Polsce. Przy tym sporo miejsca poświęcono zagadnieniu kontroli koncentracji<sup>7</sup>. Jak wskazano w Polityce konkurencji: „kontrolowanie przez organ antymonopolowy połączeń pomiędzy przedsiębiorcami z roku na rok nabiera coraz większej wagi ze względu na to, że poziom koncentracji, z którym mamy już obecnie do czynienia, na wielu rynkach powoduje, że kolejne fuzje i przejęcia mogą prowadzić do istotnego ograniczenia konkurencji. W ostatnich latach systematycznie **zwiększa się liczba transakcji problematycznych**<sup>8</sup>, które wymagają kompleksowej analizy, angażującej znaczne zasoby po stronie organu antymonopolowego (podkreślenie własne)”<sup>9</sup>.

W ramach systemowego podejścia do zagadnienia kontroli koncentracji i jej usprawnienia w Polityce konkurencji opisano, że zmiany będą dotyczyły następujących kwestii: opracowania zmian dotyczących możliwości wprowadzenia w Polsce dwufazowej procedury rozpatrywania koncentracji (tzw. działanie 1)<sup>10</sup>, zwiększenia nacisku na inne, niż powstanie lub wzmocnienie pozycji dominującej, skutki koncentracji, przy jednoczesnym szerszym wykorzystaniu metod analizy ekonomicznej w praktyce oceny połączeń (tzw. działanie 2)<sup>11</sup>, opracowania przez UOKiK wewnętrznych wytycznych

<sup>4</sup> Chodzi zwłaszcza o sygnalizowane zmiany podczas dwóch konferencji naukowych, które odbyły się w marcu 2012 r.: konferencji Koła Naukowego Ochrony Konkurencji i Konsumentów WPIA UW pt. Wybrane zagadnienia kontroli koncentracji, która odbyła się 27.03.2012 r., oraz konferencji UOKiK i Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego pt. Jak skutecznie chronić rynek – czas na zmiany w prawie?, która odbyła się 28.03.2012 r.

<sup>5</sup> W dotychczasowych publikacjach znaleźć można kilka odniesień *explicitie* do postulowanych zmian w zakresie kontroli koncentracji, por. M. Kolasieński, *Polityka kontroli koncentracji w Polsce – stan obecny i możliwe zmiany*, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2012, 1(1), ss. 74-84; J. Giziński, J. Przybył, *Ocena propozycji zmian w prawie antymonopolowym*, publikacja dostępna na stronie internetowej: [www.prawnik.pl](http://www.prawnik.pl); *Allen & Overy ocenia nowy reżim prawa konkurencji*, publikacja dostępna na stronie internetowej: [www.prawnik.pl](http://www.prawnik.pl); S. Syp, *Planowane zmiany w prawie konkurencji – korekta czy rewolucja?* publikacja dostępna na stronie internetowej [www.antitrust.pl](http://www.antitrust.pl); M. Sendrowicz, *Prawidłowo funkcjonujący rynek to wspólny cel UOKiK i przedsiębiorców*, Rzeczpospolita, wyd. z 24.04.2012 r.

<sup>6</sup> Publikacja dokumentu jest dostępna na stronie internetowej UOKiK <http://www.uokik.gov.pl/publikacje.php?tag=2>.

<sup>7</sup> Szerzej o wybranych problemach związanych z Polityką konkurencji w świetle Sprawozdania UOKiK za 2010 r. zob. S. Syp, *O świadomości i priorytetach w zakresie polityki konkurencji* <http://www.antitrust.pl/2011/06/o-swiadomosci-i-priorytetach-w-zakresie-polityki-konkurencji-%E2%80%93-wybrane-problemy/>.

<sup>8</sup> Jako przykład transakcji problematycznych posłużyć mogą dwie koncentracje zablokowane w 2011 r. przez UOKiK: Por. decyzja zakazująca koncentracji w sektorze energetycznym polegającej na przejęciu Energii przez Polską Grupę Energetyczną (decyzja Nr DKK – 1/2011 z dnia 13 stycznia 2011 r.) oraz decyzja zakazująca przejęcia przez NFI Empik spółki Merlin.pl (decyzja Nr DKK-12/2011 z dnia 3 lutego 2011 r.).

<sup>9</sup> Polityka konkurencji, s. 5.

<sup>10</sup> Polityka konkurencji, s. 33. Przy czym Polityka konkurencji zawiera jedynie informację o tym, iż UOKiK oceni możliwość wdrożenia postępowania dwufazowego w zakresie kontroli koncentracji, wzorując się przy tym na rozwiązaniach funkcjonujących na poziomie Unii Europejskiej (UE), tj. w ramach kontroli koncentracji dokonywanej przez Komisję Europejską czy w systemach prawnych innych państw członkowskich UE.

<sup>11</sup> Polityka konkurencji, s. 33. W tym kontekście stwierdzono, że: „przy ocenie zarówno bardziej skomplikowanych, jak i prostszych teorii ograniczenia konkurencji pomocne są narzędzia analizy ekonomicznej, pozwalające na formułowanie hipotez odnośnie do zachowania rynku oraz ich weryfikację. Często umożliwiają one precyzyjniejszą odpowiedź na pytanie o specyfikę konkurencji na danym rynku, czy też skutki dokonującego się na nim połączenia, niż oparcie się

dotyczących analiz zgłaszanych koncentracji (działanie 3)<sup>12</sup>. Wśród innych priorytetów dotyczących prawa kontroli koncentracji podkreślono konieczność zwiększenia wiedzy przedsiębiorców w zakresie działalności Prezesa UOKiK w dziedzinie kontroli koncentracji oraz badań rynku np. poprzez organizację konferencji<sup>13</sup> czy dystrybucję materiałów informacyjnych UOKiK.

W ocenie UOKiK Projekt zmian obejmować ma wszystkie obszary działania wskazane w Polityce konkurencji, zaś wprowadzenie postulowanych zmian ma w zamierzeniu stać się fundamentem polskiego prawa konkurencji<sup>14</sup>.

### III. Proponowane zmiany w prawie kontroli koncentracji

Celem Projektu zmian jest według UOKiK wdrożenie rozwiązań, które wzmocnią system ochrony konkurencji i konsumentów w Polsce i wpłyną m.in. na uproszczenie i skrócenie procedur w zakresie kontroli koncentracji wychodząc w tym miejscu naprzeciw licznym postulatam środowisk biznesowych, ale również usuną wątpliwości interpretacyjne występujące w dotychczasowych przepisach<sup>15</sup>. W efekcie zmiany mają przyczynić się do poprawy pozycji przedsiębiorców, zwiększą ich pewność prawną, natomiast przyśpieszenie procedury w zakresie kontroli koncentracji spowoduje, że „zainteresowane podmioty będą szybciej dysponować wiedzą na temat ich sytuacji prawnej” (np. możliwości przeprowadzenia danej transakcji – przyp. Sz.S.), co oczywiście znajdzie bezpośrednio przełożenie na prowadzoną przez przedsiębiorców działalność oraz politykę biznesową<sup>16</sup>.

Wśród proponowanych zmian UOKiK proponuje co następuje:

1) wprowadzenie w zakresie kontroli koncentracji dwuetapowych postępowań, które będą wzorowane na rozwiązaniach stosowanych w prawie wspólnotowym (na bazie rozporządzenia nr 139/2004) i w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej w celu zróżnicowania trybu postępowań i długości terminów ze względu na skutki planowanych koncentracji w sferze konkurencji i uwzględniając stopień ich skomplikowania (w ocenie UOKiK – wprowadzenie dwuetapowych postępowań ma na celu przede wszystkim przyśpieszenie postępowań w przypadkach niebudzących wątpliwości, przez co ma zostać zredukowany czas oczekiwania na decyzję w sprawie koncentracji wydawaną przez Prezesa UOKiK;

2) w wyniku wprowadzenia postępowań o których mowa powyżej, zasadą będzie zakończenie postępowania w sprawie koncentracji w terminie 1 miesiąca, jednakże nie wliczając w to okresów oczekiwania na dokonanie zgłoszenia przez pozostałych uczestników koncentracji, uzupełnienia braków lub informacji w zgłoszeniu zamiaru koncentracji, uiszczenia opłaty od wniosków o wszczęcie postępowania;

wyłącznie na dowodach jakościowych”. W związku z tym w Polityce konkurencji sformułowano postulat dotyczący szerszego wykorzystania narzędzi analizy ekonomicznej w praktyce decyzyjnej UOKiK w zakresie kontroli koncentracji.

<sup>12</sup> Polityka konkurencji, s. 34. Wspomniane wytyczne będą miały charakter wewnętrzny i mają wskazywać, w jakich sytuacjach niezbędne będzie dokonanie określonych analiz, co będzie się wiązało również z pozyskaniem niezbędnych danych. Wynikiem opracowania wytycznych ma być w szczególności: usprawnienie procesu rozpatrywania koncentracji, a więc skrócenie czasu oczekiwania przedsiębiorców na decyzję, lepsza współpraca urzędników UOKiK z przedsiębiorcami w trakcie pozyskiwania dodatkowych informacji, uzyskanie lepszej gwarancji, że w przypadku każdej rozpatrywanej transakcji będą zastosowane wszystkie niezbędne analizy, oraz ułatwienie ewentualnego wprowadzenia dwufazowej procedury rozpatrywania koncentracji.

<sup>13</sup> Jako przykład podnoszenia świadomości z zakresu kontroli koncentracji posłużyć może zorganizowanie wspólnej konferencji przez UOKiK i Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego 28.03.2012 r. we Wrocławiu z licznym udziałem przedsiębiorców. Szerzej zob. E. Krajewska, *Jak skutecznie chronić rynek. Konferencja UOKiK i Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego*, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2012, nr 1(1), s. 165 i n.

<sup>14</sup> Por. Projekt zmian, s. 1.

<sup>15</sup> Por. Projekt zmian, s. 1.

<sup>16</sup> Por. Projekt zmian, s. 2.

3) miesięczny termin zakończenia postępowania w sprawie koncentracji dotyczyłby spraw niebudzących większych wątpliwości ze strony UOKiK;

4) w sytuacji, gdy zgłoszony zamiar koncentracji budziłby wątpliwości co do skutków koncentracji na rynek, dana koncentracja byłaby szczególnie skomplikowana, przewiduje się możliwość przejścia do kolejnego etapu postępowania przez wydanie postanowienia o przedłużeniu terminu na jego zakończenie o 4 miesiące;

5) wprowadzenie w sprawach budzących wątpliwości – instytucji przedstawiania przedsiębiorcy zastrzeżeń do planowanej koncentracji, tak aby przedsiębiorca mógł przed wydaniem decyzji zapoznać się z zarzutami Prezesa UOKiK oraz ustosunkować się do nich;

6) wyeliminowanie obchodzenia przepisów ustawy poprzez dokonywanie transakcji wieloetapowych, tj. nabywanie przez przedsiębiorców w niewielkich odstępach czasu kolejnych stosunkowo niewielkich części mienia innego przedsiębiorcy lub jego kolejnych spółek zależnych, które to transakcje ze względu na mały obrót z uwagi na obrót realizowany przez części mienia bądź spółki, nie podlegają zgłoszeniu Prezesowi UOKiK (jeżeli przejęcie kontroli lub nabycie mienia przedsiębiorców należących do tej samej grupy kapitałowej następuje w okresie 2 lat, zgodnie z informacją urzędnika UOKiK)<sup>17</sup>;

7) doprecyzowanie przepisu, na podstawie którego nie będzie podlegał wyłączeniu od zgłoszenia zamiar koncentracji następującej w toku postępowania upadłościowego polegający na nabyciu mienia konkurentów dokonywanego przez konkurentów;

8) wyłączenie spod kontroli UOKiK koncentracji polegających na połączeniu przedsiębiorców osiągających niewielki obrót na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub tworzeniu przez nich wspólnych przedsiębiorców (planowany próg obrotu *de minimis* to zgodnie z zapowiedzią urzędnika UOKiK – 10 mln euro<sup>18</sup>);

9) doprecyzowanie przepisów dotyczących zasad obliczania obrotu przedsiębiorców biorących udział w koncentracji, w szczególności, kiedy uczestnicy koncentracji sprawują wspólną kontrolę nad innymi przedsiębiorcami lub nad nimi samymi sprawowana jest wspólna kontrola, w takich przypadkach obrót współkontrolujących lub współkontrolowanych będzie również (proporcjonalnie do liczby przedsiębiorców sprawujących wspólną kontrolę) wliczany do obrotu uczestników koncentracji, co ma pozwolić na realną ocenę siły ekonomicznej przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji (*ergo* skutki rynkowe koncentracji), (tytułem przykładu wskazanego przez R. Kamińskiego (Dyrektora Departamentu Kontroli Koncentracji UOKiK) – jeśli udział kapitałowy spółki dominującej w spółce zależnej wynosi 50% uwzględniany na potrzeby zgłoszenia kontroli koncentracji będzie obrót na poziomie 50%)<sup>19</sup>;

10) wprowadzenie możliwości utajnienia części sentencji decyzji Prezesa UOKiK wyrażającej warunkową zgodę na koncentrację – w zakresie dotyczącym terminu spełnienia warunków nałożonych na przedsiębiorcę, jeżeli ujawnienie tego terminu mogłoby poważnie naruszyć interes przedsiębiorcy.

<sup>17</sup> Por. E. Krajewska, *Wybrane zagadnienia kontroli koncentracji. Konferencja Koła Naukowego Ochrony Konkurencji i Konsumentów WPIA UW*, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2012, nr 1(1) s. 161.

<sup>18</sup> Tamże.

<sup>19</sup> Por. E. Krajewska, *Jak skuteczniej chronić rynek...*, op. cit., s. 169.

## IV. Uwagi na tle proponowanych zmian

### 1. Uwagi natury ogólnej

Zanim ustosunkuję się do zaprezentowanych powyżej postulowanych zmian w prawie kontroli koncentracji warto na wstępie poczynić kilka uwag natury ogólnej.

W pierwszej kolejności, brak jest w Projekcie zmian informacji o innych działaniach wynikających z Polityki konkurencji, które podjął czy zamierza podjąć UOKiK w zakresie kontroli koncentracji. W szczególności istotne są dwa działania wspomniane w Polityce konkurencji – szersze wykorzystanie metod analizy ekonomicznej w praktyce połączeń oraz opracowanie przez UOKiK wewnętrznych wytycznych dotyczących analiz zgłaszanych koncentracji. Z pewnością wartość dodaną stanowiłaby informacja o sposobie wykorzystania dodatkowych metod analizy ekonomicznej przez urzędników UOKiK oraz formuła w jakiej wykorzystanie nastąpi (czy daną koncentrację będzie badał obligatoryjnie ekonomista, prawnik oraz ekonomista?). Ponadto, wiadomością pożądaną byłaby taka, w której UOKiK informowałaby o fakcie, iż równoległe do prac nad zmianami ustawy antymonopolowej, toczą się prace nad wewnętrznymi wytycznymi dotyczącymi analiz zgłaszanych koncentracji oraz w jaki sposób wytyczne te mogą wpłynąć na postępowanie w zakresie kontroli koncentracji, a tym samym na jego rzetelność, przejrzystość oraz szybkość. Z pewnością uzupełnienie postulatów zmian o, nawet mające charakter informacyjny, dwie kwestie podniesione powyżej, byłoby cenne z punktu widzenia przedsiębiorców oraz kompatybilne z postulatami zmian.

Po wtóre, podkreślenia wymaga fakt, iż zaprezentowany przez UOKiK Projekt zmian zawiera dosyć ogólne sformułowania (zapewne ze względu na to, iż są to jedynie założenia zmian). Niemniej można wymagać, aby Projekt zmian chociaż w sposób usystematyzowany i precyzyjny dotykał pewnych kwestii, a nie opisywał je w sposób generalny i miejscami niejasny (np. w opisie „przejęcia kontroli nad przedsiębiorcami nieosiągającymi wysokich obrotów RP powinny być wyłączone spod kontroli Urzędu” brak jest wyjaśnienia o jakie „wysokie obroty” może chodzić; czy też sformułowanie „nabywanie przez przedsiębiorców w niewielkich odstępach czasu kolejnych stosunkowo niewielkich części mienia innego przedsiębiorcy” nie wyjaśnia o jaki przedział czasowy może chodzić – 1 rok czy też 2 lata). W tym miejscu, warto byłoby postulować o precyzyjniejsze sformułowanie założeń, aby uniknąć wątpliwości bądź niejasności w interpretacji „ducha” planowanych zmian oraz ich przełożenia na partykularne przepisy prawa.

Wreszcie wskazane byłoby, aby wraz z działaniami legislacyjnymi dotyczącymi zmian w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów przystąpić do zmian nad Wyjaśnieniami w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji z 2010 r. (Wyjaśnienia)<sup>20</sup>, które w związku ze zmianami przestaną być aktualne.

### 2. Uwagi szczegółowe

W stosunku do propozycji wprowadzenia w zakresie kontroli koncentracji procedury dwuetapowych postępowań, a więc zmiany polegającej na skróceniu czasu dla tzw. prostych koncentracji, uważam że należy ją ocenić pozytywnie<sup>21</sup>. Umożliwi ona bowiem skrócenie terminu postępowania dla spraw

<sup>20</sup> Wyjaśnienia dostępne są na stronie UOKiK: <http://www.uokik.gov.pl>.

<sup>21</sup> Tak też m.in. J. Giziński, J. Przybył, *op. cit.* Autorzy stwierdzają: „na pozytywną ocenę zasługuje proponowana zmiana procedury zgłoszenia zamiaru koncentracji, polegająca na wprowadzeniu dwuetapowych postępowań. Najbardziej korzystne jej elementy to skrócenie terminu załatwiania spraw niebudzących wątpliwości urzędu oraz wprowadzenie obowiązku przedstawienia zastrzeżeń urzędu w sprawach trudnych. Ich dotychczasowy brak uniemożliwiał *de facto* zaproponowanie przez przedsiębiorcę odpowiednich środków kompensujących negatywne skutki koncentracji dla rynku”.

niebudzących wątpliwości – *ergo* zakończenie postępowania w terminie 1 miesiąca (dla porównania średni czas prowadzonych postępowań w sprawach koncentracji – wyniósł w 2011 r. 56 dni). Trudno zgodzić się z wyrażanymi głosami krytycznymi wskazującymi, że oczekiwane zmiany usprawnienia będzie trudno osiągnąć, jeżeli wspomniany termin nie będzie miał charakteru sztywnego i będzie mógł być przedłużany przez UOKiK bez ograniczeń<sup>22</sup>. Z pewnością zagwarantowanie sztywnego terminu 1 miesiąca, bez uwzględnienia możliwości tzw. niekompletności zgłoszenia zamiaru koncentracji po stronie przedsiębiorcy byłoby ryzykownym posunięciem ze strony UOKiK. Pozytywnie należy ocenić wymóg niewliczania okresów oczekiwania na dokonanie przez przedsiębiorców obowiązków formalnych związanych ze zgłoszeniem koncentracji (zgłoszenia przez pozostałych uczestników koncentracji, uzupełnienie braków lub informacji w zgłoszeniu, uiszczenia opłaty od wniosków o wszczęcie postępowania). Jednocześnie brakuje formalnego uregulowania rozwiązania, które wychodziłoby naprzeciw oczekiwaniom przedsiębiorców i prowadziłoby do przyspieszenia postępowania. Mowa o konsultacjach na linii przedsiębiorca(y) zgłaszający zamiar koncentracji – urzędnik organu antymonopolowego przed złożeniem wniosku o wszczęcie postępowania, które usprawniłyby oraz usunęły wątpliwości po stronie zgłaszającego w zakresie dokumentów niezbędnych, które organ antymonopolowy wymaga od zgłaszającego. Kontakt przed oficjalnym złożeniem wniosku o wszczęcie postępowania stanowiłby krok do przodu na drodze usprawnienia samego postępowania<sup>23</sup>. Wyrazić więc można nadzieję, że szerzej wykorzystywana będzie możliwość konsultacji i rozmów dotyczących oczekiwanych dokumentów przez UOKiK z pełnomocnikami i przedstawicielami przedsiębiorców zgłaszających zamiar koncentracji.

Wprowadzenie instytucji przedstawienia przedsiębiorcy zastrzeżeń organu antymonopolowego w sprawach budzących wątpliwości należy ocenić pozytywnie<sup>24</sup>. Brak jest jednak informacji czy zastrzeżenia organu antymonopolowego przyjmą postać pisemną czy jedynie ustną, rozbudowaną czy skrótową, brak również informacji o tym jakich kwestii będą one dotyczyć (np. definicji rynku właściwego, udziałów rynkowych). W mojej ocenie warto rozważyć obligatoryjność odniesienia się przez organ antymonopolowy w zastrzeżeniach do ewentualnej analizy ekonomicznej zgłaszanej koncentracji, przygotowanej przez zgłaszającego<sup>25</sup>.

Kontynuując wątek przyspieszenia postępowania w sprawie kontroli koncentracji warto rozważyć wprowadzenie tzw. *fast track* (szybkiej ścieżki) dla odwołania od decyzji UOKiK zakazującej koncentracji<sup>26</sup>. Według mnie postulowanym rozwiązaniem byłoby wprowadzenie tzw. szybkiej ścieżki

<sup>22</sup> Tak M. Kolasiński, *op. cit.*, s.84.

<sup>23</sup> Krytycznie o braku tzw. prenotyfikacji również: J. Giziński, J. Przybył, *op. cit.* Stwierdzają oni jej słuszność w oparciu o doświadczenia w zakresie postępowania przed Komisją Europejską: „szkoda że w założeniach projektu brakuje polskiego odpowiednika unijnej procedury prenotyfikacji. Doświadczenie z postępowań przed Komisją Europejską wskazuje, że dzięki tej wstępnej weryfikacji wniosków, postępowania formalne są efektywne i często nie wymagają jakiegokolwiek uzupełnienia informacji lub dokumentów. Ponadto wstępna weryfikacja umożliwia przedsiębiorcom rezygnację z transakcji budzących duże wątpliwości Komisji, już na bardzo wczesnym etapie, bez konieczności wyrażenia formalnego zamiaru koncentracji (np. bez zawarcia umowy).”

<sup>24</sup> Podobnie M. Sendrowicz, *op. cit.* Autorka twierdzi, że „taki dokument pozwoli przedsiębiorcy nie tylko poznać punkt widzenia UOKiK na danym etapie sprawy, ale również stworzy mu sposobność do bardziej aktywnego uczestniczenia w postępowaniu koncentracyjnym poprzez przekazywanie wyjaśnień oraz analiz, które dotyczą wskazanych przez Urząd obszarów wątpliwości”.

<sup>25</sup> Por. częściowo krytycznie o wprowadzeniu tej instytucji – M. Kolasiński, *op. cit.*, s. 84. M. Kolasiński wskazuje, że „dużo szersze uprawnienia proceduralne gwarantowane (są przedsiębiorcom – przyp. Sz.S.) aktualnie na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jak i kodeksu postępowania administracyjnego, tylko nie są respektowane przez UOKiK.

<sup>26</sup> Analiza czasu potrzebnego na weryfikację przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (SOKiK) odwołania od decyzji zakazującej koncentrację we wszystkich 3 dotychczas rozpatrywanych przez SOKiK przypadkach nie nastraja optymistycznie. Wręcz krytycznie należy odnieść się do 1 roku 4 miesięcy potrzebnych do rozstrzygnięcia odwołania w sprawie PGE/Energa. Jeszcze gorzej przedstawia się harmonogram rozpatrzenia odwołań od decyzji Prezesa UOKiK złożonych przez Cogifer (1 rok i 6 miesięcy) oraz Orzeł Biały (aż 2 lata i 1 miesiąc). Wydaje się, że tak długie oczekiwanie na rozpatrzenie odwołania od decyzji prezesa UOKiK *de facto* przekreśla dalszą drogę sądową (złożenie apelacji) tych spółek. Retorycznie bowiem zabrzmi pytanie z punktu widzenia prowadzącego biznes czy odwoływać się od decyzji zakazującej koncentracji skoro na wyrok w I instancji przychodzi czekać minimum 1 rok i 4 miesiące. W tym czasie zaistnieje przecież konieczność wstrzymania się do koncentracji, a sama fuzja czy przejęcie, zapewne w miarę upływu czasu, będzie traciła sens ekonomiczny.

rozpatrywania odwołań od decyzji zakazujących koncentracje uwzględniając specyfikę transakcji oraz samą istotę zakazu koncentracji (który bardzo mocno uderza w swobodę prowadzenia działalności gospodarczej przez przedsiębiorstwa). Taka szybka ścieżka powodowałaby, że decyzje zakazujące koncentracji rozpatrywane byłyby przez sąd (w I instancji) w określonym terminie np. 3 miesięcy, co wzmocniłoby sens odwołań oraz miałyby ekonomiczne uzasadnienie dla przeprowadzających transakcję.

Traktowanie przy obliczaniu obrotów dwóch lub więcej transakcji jako jednej koncentracji (jeżeli przejęcie kontroli lub nabycie mienia przedsiębiorców należących do tej samej grupy kapitałowej następuje w okresie 2 lat) w celu ominięcia obchodzenia przepisów dotyczących transakcji wieloetapowych jest zbyt dużym rozszerzeniem kompetencji w zakresie kontroli koncentracji UOKiK oraz może spowodować znaczne bariery i utrudnienia dla przedsiębiorców bez prawidłowego określenia przedziału czasowego, który będzie miał znaczenie dla łączenia obrotów transakcji. W mojej ocenie sugerowanym terminem łączenia dla celów liczenia obrotów wielu transakcji jest 1 rok<sup>27</sup>.

W zakresie doprecyzowania przepisu, na podstawie którego nie podlega zgłoszeniu zamiar koncentracji następującej w toku postępowania upadłościowego i zlikwidowanie wyłączenia dotyczącego nabycia mienia konkurentów – należy ocenić negatywnie. Brak jest bowiem uzasadnienia ekonomicznego w zakazie dla konkurenta przejmowania (łączenia, nabycia) mienia innego konkurenta w toku postępowania upadłościowego. Rekomendowane byłoby pozostawienie dotychczasowego kształtu wyłączenia. W tym miejscu warto w uokik (bądź w Wyjaśnieniach) byłoby wprowadzić *sui generis* uprawnienie dla zgłaszającego koncentrację w zakresie możliwości skorzystania z doktryny upadającej firmy. Przesłanki doktryny można implementować z europejskiego prawa konkurencji: 1) przedsiębiorstwo, które podobno ma upaść, zostałoby w najbliższej przyszłości wyparte z rynku ze względu na trudności finansowe, jeśli nie zostałoby przejęte przez inne przedsiębiorstwo; 2) nie istnieje żadna inna mniej antykonkurencyjna alternatywa zakupu niż dana koncentracja; 3) gdyby nie doszło do koncentracji, aktywa upadającego przedsiębiorstwa nieuchronnie opuściłyby rynek.<sup>28</sup>

Z zadowoleniem należy przyjąć wyłączenie spod kontroli organu antymonopolowego koncentracji polegających na tworzeniu przez przedsiębiorców zagranicznych osiągających niewielkie obroty w Polsce spółek *joint venture*. Pozostaje jednak kwestia doprecyzowania niewielkich obrotów w Polsce, co może mieć decydujące znaczenie dla ilości zgłoszeń. Wydaje się, że próg 10 milionów euro może być zbyt mały i warto byłoby go zwiększyć. Postulowane byłoby zwiększenie obrotu *de minimis* z 10 mln euro do 20 mln euro w zakresie wyłączeń spod obowiązku zgłoszenia zamiaru przejęcia kontroli nad przedsiębiorcą jak i tworzenia *joint venture*<sup>29</sup>.

Propozycja doprecyzowania zasad obliczania obrotu przedsiębiorców biorących udział w koncentracji, w szczególności, kiedy uczestnicy koncentracji sprawują wspólną kontrolę nad innymi przedsiębiorcami lub nad nimi samymi sprawowana jest wspólna kontrola należy ocenić sceptycznie, bowiem zmian ta może przełożyć się na zwiększenie trudności w obliczaniu obrotów przez przedsiębiorców a ponadto doprowadzić do wzrostu liczby zgłoszeń zamiaru koncentracji po stronie podmiotów

<sup>27</sup> Tak też M. Kolański, *op. cit.*, s. 83. Autor sugeruje stosunkowo krótki czas, a nie okres np. kilkuletni, wskazuje bowiem, że: „w przeciwnym razie przymusowym zgłoszeniem koncentracji objęte byłyby transakcje, które z założenia nie miały na celu ominięcia prawa, ale faktycznie były wynikiem decyzji biznesowych...”.

<sup>28</sup> Por. szerzej S. Syp, *Doktryna upadającej firmy*, Państwo i Prawo, 2012 nr 5.

<sup>29</sup> Podobnie w przypadku obrotu *de minimis* w przypadku przejęcia kontroli – J. Giziński, J. Przybył, *op. cit.* Według nich „obecny próg 10 mln euro obrotu w Rzeczypospolitej Polskiej przedsiębiorcy przejmowanego w ostatnim roku obrotowym jest na tyle niski, że trudno wyobrazić sobie, by przejęcie kontroli nad tej wielkości podmiotem mogło prowadzić do istotnego ograniczenia konkurencji (może poza bardzo małymi rynkami lokalnymi, dla których jednak nawet obecne progi mogą być za wysokie).”

współkontrolujących. Konieczne w tym względzie będzie doprecyzowanie postulatu w celu usunięcia ryzyka nadmiernego wzrostu ilości zgłoszeń bez uwzględnienia realiów i wpływu na rynek<sup>30</sup>.

Wreszcie wprowadzenie możliwości utajnienia części sentencji decyzji Prezesa UOKiK wyrażającej warunkową zgodę na koncentrację należy ocenić pozytywnie. Popieram w pełni w tym względzie pogląd wyrażony przez M. Sendrowicz, która stwierdziła, że: „jeżeli konkurenci wiedzą, do kiedy przedsiębiorca musi sprzedać składniki swojego majątku oraz wiedzą, co musi być przedmiotem sprzedaży, pozycja konkurencyjna sprzedającego wobec nabywców jest dramatycznie nierówna. Dlatego propozycja utajnienia tych fragmentów sentencji decyzji warunkowej byłaby w istocie bardzo dobrym rozwiązaniem”.<sup>31</sup>

## V. Podsumowanie

Zaproponowane przez UOKiK postulaty zmian w uokik zawarte w Projekcie zmian w zakresie dotyczącym kontroli koncentracji oceniam bardzo pozytywnie. Taka jest również opinia większości komentatorów – praktyków oraz naukowców – zajmujących się prawem konkurencji.<sup>32</sup>Przed wszystkim decyzja o wprowadzeniu dwuetapowych postępowań w zakresie zgłoszenia zamiaru koncentracji powinna wpłynąć na szybsze oraz efektywniejsze rozpatrywanie spraw związanych z koncentracjami. Jednak wiele postulatów wymaga doprecyzowania na poziomie konkretnych artykułów, co pozwoli na precyzyjniejsze sformułowanie wynikających z nich konsekwencji dla przedsiębiorców zgłaszających koncentracje.

<sup>30</sup> Tak też M. Kolasiński, *op. cit.*, s.83

<sup>31</sup> M. Sendrowicz, *op. cit.*

<sup>32</sup> Por.: J. Giziński, J. Przybył, *op. cit.*; M. Sendrowicz, *op. cit.*