

Dominik Wolski*

Wybrane zagadnienia z zakresu wydawania i realizacji decyzji udzielających warunkowej zgody na dokonanie koncentracji przedsiębiorców

Spis treści:

- I. Wprowadzenie
- II. Podstawa i tryb wydawania decyzji warunkowych w sprawie koncentracji przedsiębiorców
- III. Warunki nakładane przez organ antymonopolowy
- IV. Realizacja warunku nałożonego przez organ antymonopolowy
- V. Podsumowanie

Streszczenie:

Artykuł prezentuje wybrane aspekty z zakresu wydawania i realizacji decyzji udzielających warunkowej zgody na dokonanie koncentracji przedsiębiorców. Ten rodzaj decyzji organu antymonopolowego, choć pojawiający się stosunkowo rzadko w praktyce orzeczniczej, jest jednak szczególnie interesujący. Dlatego też w artykule omówione zostały zagadnienia dotyczące rodzaju warunków (zobowiązań) nakładanych na przedsiębiorcę przez organ antymonopolowy, w tym kryteria, jakimi kieruje się Prezes UOKiK przy ustalaniu warunku lub zobowiązania. Przeanalizowany został także problem podmiotu uprawnionego do zaproponowania warunku i jego rodzaju, a także zakresu, w jakim propozycja ta winna być wiążąca. W ostatniej części zawarte zostały uwagi dotyczące odpowiedzialności przedsiębiorcy z tytułu realizacji warunku, a w szczególności zasady, o jaką odpowiedzialność ta winna być oparta.

Słowa kluczowe: koncentracje przedsiębiorców, decyzja warunkowa, warunki, zobowiązania, kryteria, praktyka orzecznicza, realizacja warunku, odpowiedzialność, sankcje

I. Uwagi wprowadzające

Na rynku występuje wiele transakcji dokonywanych przez przedsiębiorców, które polegają na: połączeniu się z innym przedsiębiorcą (*merger*), przejęciu innego przedsiębiorcy (*acquisition*) lub nabyciu określonych składników czy praw majątkowych od innego przedsiębiorcy. Nierzadko, w szczególności w literaturze fachowej, przedsięwzięcia tego rodzaju dzielone są dychotomicznie na transakcje dokonywane na udziałach (*share deal*) oraz na składnikach majątku (*asset deal*). Jeżeli planowana przez przedsiębiorców transakcja spełnia kryteria wskazane w art. 13 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów,¹ nie korzystając równocześnie z wyłączeń wskazanych w art. 14 tej ustawy, to przedsiębiorca występujący po aktywnej stronie transakcji zobowiązany jest zgłosić zamiar koncentracji i przed jej dokonaniem² uzyskać zgodę Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Prezes

* Doktor nauk prawnych, *in house lawyer*; zajmuje się prawem ochrony konkurencji, w tym z zakresu kontroli koncentracji. Adres e-mail: wolski_d@yahoo.pl.

¹ Ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. 2007, Nr 50, poz. 331 ze zm. – dalej uokik z 2007 r. lub uokik).

² Podmiotem zobowiązanym do zgłoszenia przedmiotowego zamiaru jest aktywny uczestnik koncentracji (np. podmiot zamierzający przejąć kontrolę nad innym przedsiębiorcą). Polska ustawa podobnie jak prawo unijne przyjęła koncepcję kontroli dokonywanej *ex ante* (przed dokonaniem koncentracji objętej

UOKiK). W następstwie złożonego wniosku Prezes UOKiK przeprowadza ocenę wpływu planowanej koncentracji na wyznaczony rynek właściwy i wydaje decyzję, w której wyraża zgodę na dokonanie koncentracji (art. 18 uokik) lub jej odmawia i w konsekwencji zakazuje dokonania koncentracji (art. 20 uokik). Przesłanką ewentualnej odmowy jest ustalenie w ramach postępowania toczącego się na skutek zgłoszonego zamiaru koncentracji, iż w jej wyniku może dojść do istotnego ograniczenia konkurencji na rynku, w szczególności poprzez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej³. Poza wymienionymi wcześniej dwiema możliwościami, sprowadzającymi się do udzielenia zgody na koncentrację lub do jej odmowy, ustawodawca przewidział także rozwiązanie, które może być uznane za rodzaj swoistego „kompromisu”. Sprowadza się ono do możliwości udzielenia zgody na dokonanie koncentracji o charakterze warunkowym (art. 19 uokik). Wspomniany „kompromis” polega w tym przypadku na tym, iż przedsiębiorca uzyskuje wprawdzie możliwość dokonania koncentracji, jednak jego pierwotny zamiar ujęty w zgłoszeniu dokonanym na podstawie art. 13 uokik zostaje zmodyfikowany poprzez nałożenie warunku, którego realizacja pozwoli na uniknięcie możliwego, antykonkurencyjnego skutku. Podstawową przesłanką wyrażenia zgody warunkowej jest zatem fakt, iż w następstwie wykonania warunku konkurencja na rynku nie zostanie istotnie ograniczona, w szczególności poprzez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej. Jak wskazuje dorobek orzeczniczy polskiego organu antymonopolowego przypadki, w których Prezes UOKiK korzysta z możliwości wydania decyzji warunkowej nie należą może do bardzo częstych, ale mają dość istotne znaczenie z uwagi na to, iż z reguły dotyczą przedsiębiorstw posiadających znaczącą pozycję rynkową⁴.

Wydaje się kwestią bezsporną, iż nałożenie na przedsiębiorcę określonego rodzaju warunków (zobowiązań)⁵ wymaga przeprowadzenia przez organ antymonopolowy nie tylko analizy prawnej, ale przede wszystkim analizy ekonomicznej w zakresie skutków, jakie może wywołać zgłaszana koncentracja na wyznaczonym rynku właściwym. Organ proponując warunek powinien uprzednio przeanalizować zarówno konsekwencje przeprowadzenia koncentracji, jak i możliwości realizacji nałożonych na przedsiębiorcę warunków w ramach określonych uwarunkowań panujących na rynku. Na tym tle, ale także w świetle wymagań stawianych przez obowiązujące przepisy oraz na kanwie dotychczasowej praktyki orzeczniczej Prezesa UOKiK, pojawia się szereg interesujących zagadnień. Dotyczą one zarówno etapu poprzedzającego wydanie decyzji warunkowej (postępowania w sprawie koncentracji przedsiębiorców), jak również fazy realizacji przez przedsiębiorcę decyzji wydanej na podstawie art. 19 uokik. Spośród tych zagadnień przykładowo wymienić można tryb, w jakim ustalany jest warunek, który następnie znajduje się w decyzji, rodzaje nakładanych przez organ

zgłoszeniem). Zob. m.in. T. Skoczny [w:] A. Jurkowska, D. Miąsik, T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz*, Warszawa 2009, s. 758; C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz*, Warszawa 2009, s. 322; P. Sobolewski, *Koncentracje przedsiębiorców we wspólnotowym prawie konkurencji*, Przegląd Prawa Handlowego nr 7/2007, s. 32; I.B. Nestoruk, *Kontrola koncentracji w prawie antymonopolowym – obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego nr 9/2008, s. 13.

³ Wskazuje się jednak, co ma pewne znaczenie także w kontekście dalszych rozważań zawartych w niniejszym artykule, iż pojęcie „istotnego ograniczenia konkurencji” jest niedookreślone i zostaje doprecyzowane w każdym stanie faktycznym indywidualnie (C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa ...*, s. 358). Skutkuje to przyznaniem Prezesowi UOKiK dość dużej swobody w zakresie wyrażenia zgody na koncentrację lub jej odmowy.

⁴ Zob. *Warunkowa zgoda w branży farmaceutycznej*, 26.03.2012,

http://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=3327. W wymienionym tam okresie warunkowy charakter miały m.in. decyzje Prezesa UOKiK w następujących sprawach: 26.03.2012, DKK 23/2012 (Zakłady Farmaceutyczne Polfarma S.A.); 27.10.2011, DKK 128/2011 (Eurocash S.A.); 5.09.2011, DKK 101/11 (UPC Polska sp. z o.o.); 28.06.2011, DKK 70/11 (Fresenius Medical Care Beteiligungsgesellschaft mbH); 12.07.2010, DKK 64/10 (Unibail-Rodamco SE); 25.02.2009, DKK 9/09 (Agros Nova sp. z o.o.); 24.09.2008, DKK 76/2008 (Jeronimo Martins Dystrybucja S.A.); 20.06.2008, DKK 49/08 (Multikino S.A.); 28.06.2007, DOK 86/2007 (Carrefour Nederland B.V.); 5.06.2007, DOK 71/07 (CRH Deutschland GmbH); 3.10.2006, DOK 116/06 (PCC Aktiengesellschaft); 30.09.2005, DOK 123/05 (Carey Agri International Poland sp. z o.o.); 20.04.2005, DOK 35/2005 (Nafta Polska S.A.).

⁵ W dalszej treści niniejszego artykułu w celu uproszczenia terminologii stosowane będzie pojęcie warunku, które będzie obejmowało nałożenie obowiązków i przyjęcie zobowiązań wskazane w art. 19 ust. 2 uokik z 2007 r., co uzasadnione jest również posługiwaniem się w praktyce pojęciem decyzji warunkowej. Szerzej na temat pojęcia warunku i zobowiązania z art. 19 ust. 1 i ust. 2 uokik z 2007 r. zob. T. Skoczny [w:] A. Jurkowska, D. Miąsik, T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji ...*, s. 782 i nast.; C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa ...*, s. 365 i nast.

antymonopolowy warunków, jak również możliwość ich realizacji i odpowiedzialność przedsiębiorcy z tego tytułu. Interesującego materiału dostarczają w tym zakresie decyzje wydawane przez polski organ antymonopolowy, których treść pozwala na wysunięcie kilku istotnych postulatów *de lege lata*, jak również zaproponowanie kilku wniosków o charakterze *de lege ferenda*. W odniesieniu do tych ostatnich moment wydaje się szczególnie właściwy z uwagi na zainicjowane przez Prezesa UOKiK prace nad nowelizacją polskiej ustawy antymonopolowej, które obejmują również regulacje dotyczące postępowań w sprawie koncentracji przedsiębiorców⁶. Jest to znakomity asumpt do podjęcia dyskusji nad przynajmniej częścią przedstawionych propozycji oraz możliwymi kierunkami zmian ustawy antymonopolowej. Zmiany te powinny służyć lepszej ochronie konkurencji w duchu art. 1 uokik, ale także pozwolić przedsiębiorcom na sprawniejsze dokonywanie transakcji wymienionych na początku, co będzie wspierało rozwój gospodarczy.

II. Podstawa i tryb wydawania decyzji warunkowych w sprawie koncentracji przedsiębiorców

Należy podkreślić, iż przeprowadzanie operacji, których skutkiem jest koncentracja przedsiębiorców jest nie tylko co do zasady – dozwolone i nie wymaga zgody organu antymonopolowego, ale możliwość ich przeprowadzenia jest jednym z istotnych elementów wolności działalności gospodarczej. Zasada ta proklamowana została w art. 20 oraz art. 22 Konstytucji RP⁷ i znajduje swą kontynuację w art. 6 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej.⁸ Jedynie zatem w przypadkach, w których spełnione zostaną przesłanki wskazane w art. 13 ust. 1 uokik w odniesieniu do czynności wymienionych w ust. 2 tegoż artykułu oraz przy braku zwolnienia na podstawie art. 14 uokik przedsiębiorca jest zobowiązany do zgłoszenia zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK. Zgłoszenie to powoduje uruchomienie mechanizmu kontroli prewencyjnej. Jednym z efektów jej przeprowadzenia może być wydanie decyzji warunkowej na podstawie art. 19 uokik. Główną przesłanką wydania tego rodzaju decyzji jest to, iż spełnienie przez przedsiębiorcę warunku nałożonego przez organ antymonopolowy pozwoli na uniknięcie istotnego ograniczenia konkurencji na rynku. W art. 19 ust. 2 uokik zawarty został katalog przykładowych warunków (zobowiązań), jakie mogą być zastosowane przez organ antymonopolowy. Z kolei przepisem o charakterze proceduralnym jest art. 95 ust. 2 uokik, zgodnie z którym Prezes UOKiK może przedstawić przedsiębiorcom uczestniczącym w koncentracji warunki oraz wyznaczyć termin na ustosunkowanie się do nich. Brak ich akceptacji ze strony przedsiębiorcy lub nieustosunkowanie się do nich w określonym terminie powoduje wydanie decyzji odmawiającej zgody na dokonanie koncentracji. Przyjęcie takiej konstrukcji ma istotny wpływ na praktykę wydawania decyzji warunkowych i możliwość proponowania określonych rozwiązań również przez przedsiębiorców w trakcie toczącego się postępowania. Może to mieć istotny wpływ także na ukształtowanie ostatecznej treści warunku w decyzji. Zauważyć również należy, iż wydanie decyzji udzielającej zgody na dokonanie koncentracji, jednak uzależnionej od spełnienia nałożonych w decyzji warunków jest dla przedsiębiorcy sytuacją niezwykle trudną. Z jednej strony dochodzi bowiem do modyfikacji

⁶ Zob. http://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=3330&news_page=2 oraz E. Krajewska, *Jak skuteczniej chronić rynek – czas na zmiany w prawie? Konferencja UOKiK i Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego (28.03.2012, Wrocław)*, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 1/2012, s. 165, <http://www.ikar.wz.uw.edu.pl/>.

⁷ Konstytucja stanowi w art. 20 o wolności działalności gospodarczej, jako jednym z fundamentów społecznej gospodarki rynkowej, a w art. 22 dopuszcza ograniczenie wolności działalności gospodarczej tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny. Zob. także T. Skoczny [w:] A. Jurkowska, D. Miąsik, T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji...*, s. 758.

⁸ Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn. Dz. U. 2010, Nr 220, poz. 1447).

pierwotnie planowanej koncentracji objętej zgłaszanym zamiarem, co może mieć istotny wpływ na model businessowy, jaki stworzyli przedsiębiorcy zamierzający dokonać koncentracji, a w konsekwencji na jej wynik ekonomiczny. Z drugiej strony, nie mniej istotnej, do czasu zrealizowania warunku przedsiębiorcy nie mogą być pewni, czy całe przedsięwzięcie zakończy się powodzeniem. To powoduje swoisty stan niepewności i „zawieszenia”. Właśnie dlatego tak istotny jest tryb w jakim wydawana jest decyzja warunkowa, a w szczególności udział przedsiębiorcy w ustalaniu warunku nałożonego decyzją. Wydaje się, iż obowiązujące obecnie przepisy nie dostarczają przedsiębiorcom odpowiednich gwarancji udziału w ustalaniu treści warunku wykazując przy tym pewną niespójność. Zgodnie z brzmieniem art. 95 ust. 2 uokik to Prezes UOKiK jest uprawniony do przedstawienia przedsiębiorcom określonego warunku. Tak się dzieje w praktyce, a treść wydawanych decyzji wskazuje, iż proces ustalania treści warunku w niektórych przypadkach ogranicza się do zaproponowania określonego rozwiązania przez organ antymonopolowy. Z lektury treści uzasadnień decyzji wynika, iż udział przedsiębiorcy sprowadza się w tych sytuacjach do przyjęcia zaproponowanego rozwiązania do wiadomości i jego zaakceptowania⁹. W przypadku niektórych decyzji warunkowych przedsiębiorca zgłaszający zamiar podejmuje próbę modyfikacji zaproponowanego warunku, przedstawiając stosowną argumentację¹⁰. Część z tych prób odniosła określony skutek w postaci zmiany treści warunku w mniejszym lub większym stopniu¹¹, choć brak przykładów sytuacji, w których organ antymonopolowy w ogóle zrezygnował z zaproponowanego przedsiębiorcy warunku. Oczywiście brak dialogu może być również skutkiem małej aktywności ze strony przedsiębiorców, którzy rezygnują z podjęcia uzgodnień z organem antymonopolowym. Jest to w pierwszej kolejności spowodowane tym, iż przedsiębiorcy zależy na uzyskaniu decyzji w jak najkrótszym czasie. Nie można tracić z pola widzenia faktu, iż przedsiębiorca nierzadko działa pod presją czasu i uzgodnień poczynionych z drugim uczestnikiem transakcji. Niejednokrotnie to czas jest czynnikiem decydującym o powodzeniu całego przedsięwzięcia. Przedsiębiorca obawia się zatem, iż podjęcie „dyskusji” z organem antymonopolowym ten czas wydłuży. Nie bez znaczenia jest też panujące przekonanie, iż z uwagi na to, że ostateczny głos zawsze należy do organu antymonopolowego, skuteczność podjętych przez przedsiębiorcę starań jest wątpliwa. Pewne uzasadnienie dla takiej postawy stanowi także literalne brzmienie art. 95 ust. 2 uokik, które w powiązaniu z treścią art. 19 uokik wskazuje, iż podmiotem uprawnionym do zaproponowania warunku jest organ antymonopolowy. Przepisy wykazują w tym zakresie zresztą wspomnianą już niespójność, gdyż art. 96 ust. 2 uokik w zakresie procedury stanowi o przedłużeniu terminu wydania decyzji warunkowej w przypadku zaproponowania przez przedsiębiorcę warunków określonych w art. 19 ust. 2 uokik. Ta regulacja jest niespójna z brzmieniem art. 95 ust. 2 uokik, który w zdaniu pierwszym jako podmiot legitymowany do zaproponowania warunku wymienia organ antymonopolowy. Powiązanie tego rozwiązania z treścią zdania drugiego tego przepisu mówiącą o możliwości wydania decyzji odmawiającej zgody na dokonanie koncentracji w oparciu o postanowienia art. 20 ust. 1 uokik powoduje, iż przestrzeń możliwej „dyskusji” przedsiębiorcy z organem antymonopolowym w zakresie ustalania treści warunku została ograniczona do minimum. Tymczasem w trakcie procesu wydawania decyzji na podstawie art. 19 uokik winna mieć miejsce współpraca pomiędzy przedsiębiorcą,

⁹ Zob. m.in. decyzja Prezesa UOKiK z 5.06.2007 r., DOK 71/07, s. 25-26; decyzja Prezesa UOKiK z 28.06.2007, DOK 86/207, s. 46; decyzja Prezesa UOKiK z 24.09.2008, DOK 76/208, s. 120; decyzja Prezesa UOKiK z 26.03.2012, DKK 23/2012, s. 56.

¹⁰ Zob. decyzja Prezesa UOKiK z 27.10.2011, DKK 128/2011, s. 59-60.

¹¹ Zob. decyzja Prezesa UOKiK z 20.06.2008, DKK 49/08, s. 25-27; decyzja Prezesa UOKiK z 28.06.2011, DKK 70/11, s. 29-31.

a organem antymonopolowym, a nawet pewna forma negocjacji¹². Ponadto w literaturze podnosi się, iż w takiej sytuacji również przedsiębiorca jest podmiotem legitymowanym do zaproponowania określonej treści warunku. Co więcej może to zrobić nie tylko następczo, po zaproponowaniu warunku przez organ antymonopolowy, jako alternatywę w stosunku do tego warunku, ale także uprzednio, wraz ze zgłoszeniem zamiaru koncentracji¹³. Celem negocjacji przeprowadzonych pomiędzy organem antymonopolowym, a przedsiębiorcą powinno być ustalenie takiej treści warunku, która będzie zapobiegała istotnemu ograniczeniu konkurencji na rynku, a równocześnie będzie mniej uciążliwa z punktu widzenia realizacji transakcji przez przedsiębiorcę¹⁴. Wydaje się, iż w celu zagwarantowania przedsiębiorcy odpowiedniego udziału w ustalaniu treści warunku, te słuszne skądinąd poglądy winny odnaleźć swe odzwierciedlenie w treści przepisów ustawy antymonopolowej. Zatem niezależnie od koniecznego i często powtarzanego *de lege lata* postulatu domagającego się większego dialogu pomiędzy organem antymonopolowym a przedsiębiorcami w trakcie postępowań w sprawach koncentracji¹⁵, należałoby także zgłosić odpowiedni postulat *de lege ferenda* w odniesieniu do stosownych regulacji ustawy. Podmiotem uprawnionym do zaproponowania warunku zgodnie z art. 95 ust. 2 uokik winien być również przedsiębiorca uczestniczący w postępowaniu, a organ antymonopolowy powinien być zobowiązany do odniesienia się do przedstawionej propozycji. Nie ma żadnego uzasadnienia dla przyznania organowi antymonopolowemu wyłącznej legitymacji w tym zakresie. Efekt taki mógłby zostać równie dobrze osiągnięty, jeżeli treść warunku została zaproponowana przez przedsiębiorcę. Co więcej, biorąc pod uwagę, iż to przedsiębiorca znacznie lepiej zna rynek na którym działa, jego strukturę i mechanizmy można uznać, iż jest on podmiotem znacznie bardziej legitymowanym do zaproponowania odpowiedniego rozwiązania. To może prowadzić do dalej idącego wniosku, iż to przedsiębiorca powinien być podmiotem wyłącznie legitymowanym do zaproponowania treści warunku lub zobowiązania. Już jednak zrównoważenie pozycji przedsiębiorcy i organu w tym zakresie wydaje się rozwiązaniem znacznie lepszym, niż wynikające z obecnej regulacji i praktyki postępowań w sprawie koncentracji przedsiębiorców. Przyjęcie zarówno pierwszego, jak i drugiego z wymienionych powyżej rozwiązań nie stanowiłoby jakiegokolwiek zagrożenia dla konkurencji, gdyż w każdym przypadku ostateczna ocena proponowanych warunków należałaby do Prezesa UOKiK. Takie ukształtowanie przepisów zwiększyłoby możliwości wspomnianej współpracy, do jakiej powinno dochodzić w trakcie wydawania warunkowej decyzji w sprawie koncentracji. Wprowadzenie mechanizmu gwarantującego udział przedsiębiorcy w procedurze ustalania optymalnej z punktu widzenia zainteresowanych podmiotów treści warunku z pewnością zachęci przedsiębiorców do poparcia możliwej kontrpropozycji stosownymi analizami ekonomiczno-prawnymi, wskazującymi na skutki wprowadzenia proponowanej modyfikacji warunku dla rynku, na którym ma nastąpić koncentracja. Istniejący obecnie brak gwarancji, iż organ antymonopolowy pochyli się nad przedłożoną kontrpropozycją z pewnością nie stanowi zachęty dla takiego działania. W konsekwencji przedstawione powyżej postulaty *de lege ferenda* mogą również w szerszej perspektywie przyczynić się do poprawy jakości wydawanych decyzji warunkowych.

¹² C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa ...*, s. 369.

¹³ *Ibidem*, s. 369-370 oraz s. 792.

¹⁴ *Ibidem*, s. 369.

¹⁵ Postulaty te były podnoszone również w czasie konferencji dotyczącej planowanych zmian w ustawie antymonopolowej. Zob. przypis 6.

III. Warunki nakładane przez organ antymonopolowy

Przykładowy katalog warunków, jakie może nałożyć organ antymonopolowy zamieszczony został w art. 19 ust. 2 uokik. Należą do nich: 1) zbycie całości lub części majątku, 2) wyzbycie się kontroli nad określonym przedsiębiorcą lub przedsiębiorcami, w szczególności przez zbycie określonego pakietu akcji lub udziałów, lub odwołania z funkcji członka organu zarządzającego lub nadzorczego jednego lub kilku przedsiębiorców, oraz 3) udzielenie licencji praw wyłącznych konkurentowi. Jest to katalog otwarty, co nie budzi wątpliwości w literaturze¹⁶ i znajduje także potwierdzenie w treści wydawanych decyzji¹⁷. Oznacza to, iż organ antymonopolowy ma możliwość zmodyfikowania środka wskazanego w tym przepisie lub zastosowania całkiem odmiennego rozwiązania poprzez nałożenie niewymienionego tam warunku. Jedyną przesłanką wskazaną w art. 19 ust. 1 uokik, która powinna decydować o zastosowaniu takiego, a nie innego środka, jest zapobieżenie istotnemu ograniczeniu konkurencji na rynku. Jednak właśnie w odniesieniu do tej przesłanki stwierdzić należy, iż pojęcie istotnego ograniczenia konkurencji jest niedookreślone i powinno być precyzowane w każdym stanie faktycznym indywidualnie¹⁸. Warunki te mogą więc przybierać różną treść¹⁹. W praktyce jednak, co wynika z treści wydawanych decyzji, organ antymonopolowy najczęściej korzysta z warunków ujętych w katalogu z art. 19 ust. 2 uokik lub do nich zbliżonych. Przykładem mogą być warunki zbliżone w swej treści do warunku polegającego na *wyzbyciu się* lub *trwałym i nieodwracalnym wyzbyciu się* określonych składników lub praw majątkowych, w tym udziałów, praw do instalacji lub urządzeń, a także wyzbyciu się kontroli, odpowiadające treści art. 19 ust. 2 pkt 1) i pkt 2) uokik. Tego rodzaju warunki o charakterze strukturalnym powtarzają się w większości decyzji²⁰, choć w praktyce orzeczniczej polskiego organu antymonopolowego można odnaleźć także warunki o charakterze behawioralnym lub mieszanym (częściowo behawioralnym, a częściowo strukturalnym)²¹. Jedną z przyczyn takiego stanu rzeczy wydaje się być swoiste „domniemanie prawidłowości” nałożonego warunku, z którego korzysta organ antymonopolowy w przypadku zastosowania środka co najmniej zbliżonego w swej treści do warunku wymienionego *expressis verbis* w omawianym przepisie. Skorzystanie z innego środka wymagałoby pogłębionej analizy ekonomicznej przewidywanych skutków koncentracji w kontekście proponowanego warunku i szerszego uzasadnienia prawidłowości ustalenia warunku o określonej treści. Oczywiście nie ulega wątpliwości, iż taka analiza powinna być przeprowadzona w każdym przypadku, także w odniesieniu do środków wymienionych wprost w art. 19 ust. 2 uokik, aby umożliwić precyzyjne ustalenie odpowiedniego środka *ad casu*. Jednak zastosowanie warunku znajdującego swe umocowanie bezpośrednio w przepisie bez wątpienia utrudnia jego możliwe kwestionowanie zarówno na etapie toczącego się postępowania, jak i po wydaniu decyzji. Można zatem stwierdzić, iż organ antymonopolowy przyjął rozwiązanie bezpieczniejsze, którego kosztem może być w konkretnych przypadkach niezastosowanie optymalnego w danej sytuacji środka zarówno z perspektywy możliwego ograniczenia konkurencji na rynku, jak i mniejszej dolegliwości dla przedsiębiorcy. Znajduje to swoje odzwierciedlenie również w treści wydawanych decyzji, w których nie ma

¹⁶ C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa ...*, s. 366 oraz T. Skoczny [w:] A. Jurkowska, D. Miąsik, T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji...*, s. 877.

¹⁷ Zob. m.in. decyzja Prezesa UOKiK z dnia 26.03.2012, DKK 23/2012, s. 54.

¹⁸ C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa ...*, s. 358.

¹⁹ E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002 r., s. 16.

²⁰ Zob. większość decyzji wymienionych w przyp. 5.

²¹ Zob. m.in. decyzje: 20.06.2008, DKK 49/08 (Multikino S.A.), 30.09.2005, DOK 123/05 (Carey Agri International Poland sp. z o.o.); 5.09.2011, DKK 101/11 (UPC Polska sp. z o.o.).

dostatecznego uzasadnienia przyjętych przez organ antymonopolowy rozwiązań. W uzasadnieniu jednej z decyzji²² Prezes UOKiK stwierdza, iż „Organ antymonopolowy uznał, iż negatywnym skutkiem planowanej koncentracji [...] można zapobiec poprzez zobowiązanie [...] do realizacji działań mających na celu zniwelowanie antykonkurencyjnych skutków transakcji na tych rynkach, a przedstawiony warunek w ocenie organu antymonopolowego całkowicie eliminuje możliwość uzyskania przez [...] nadmiernej siły rynkowej na trzech ww. rynkach właściwych”. Niektóre z decyzji zawierają nieco szersze uzasadnienie przyjęcia określonego rozwiązania, jednak wydaje się, iż stale występuje deficyt w zakresie powołania się na stosowne analizy, wynikające z nich wnioski oraz wskazanie „toka myślenia”, który doprowadził organ do przyjęcia takiego a nie innego rozwiązania. Poza kluczową w tym zakresie przesłanką, jaką wydaje się być udział w rynku, istotne znaczenie mogą mieć także inne czynniki, które wpływają na możliwość ograniczenia konkurencji lub brak takiego zagrożenia. W konsekwencji brak jest dostatecznego uzasadnienia, w tym podania głównych przesłanek, na jakich oparł się organ antymonopolowy, które doprowadziły go do wniosku, iż zastosowany warunek jest rozwiązaniem optymalnym zarówno z perspektywy ochrony konkurencji, jak i praw przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji. Choć oczywiście to jakość argumentów, a nie ich ilość powinna być decydująca, jednak uzasadnienie wyboru przez organ antymonopolowy określonego warunku zajmuje stosunkowo niewiele miejsca w treści decyzji. O ile znaczna część uzasadnienia decyzji poświęcona jest analizie rynku, co ma dowodzić zaistnienia zagrożenia w postaci istotnego ograniczenia konkurencji, o tyle dobór rodzaju zastosowanego środka uzasadniany jest w stopniu minimalnym. Z reguły brak także dostatecznego uzasadnienia przyjęcia określonego terminu realizacji warunku, a zatem informacji o tym, jakie elementy zadecydowały o wskazaniu takiej, a nie innej daty, do której warunek winien zostać zrealizowany. Tymczasem z perspektywy przedsiębiorcy są to nierzadko elementy kluczowe, przesądzające o powodzeniu całego przedsięwzięcia.

Wskazuje się również, iż nakładane na przedsiębiorcę zobowiązania winny być możliwe do realizacji i oparte o zasadę proporcjonalności²³. Wydaje się, iż zwłaszcza na tę ostatnią zasadę, będącą równocześnie jedną z najważniejszych zasad prawa Unii Europejskiej (UE),²⁴ warto zwrócić uwagę w kontekście warunków nakładanych na przedsiębiorcę przez organ antymonopolowy. Zasada ta w powiązaniu z celami ustawy antymonopolowej wskazanymi w art. 1 uokik, a w szczególności z ochroną konkurencji oraz podejmowaną w interesie publicznym ochroną interesów przedsiębiorców i konsumentów, winna mieć istotne znaczenie w procesie doboru odpowiedniego środka. Wskazuje się również, iż przedmiotowa zasada m.in. wyznacza granicę swobodnego uznania organów wspólnotowych podejmujących działania władcze wobec jednostek²⁵. Biorąc to pod uwagę należy uznać, iż ocena stosowanych przez organ antymonopolowy warunków w odniesieniu do tej zasady wydaje się wyjątkowo adekwatna. Należy w tym przypadku położyć na szali z jednej strony dobro, jakim jest ochrona konkurencji na rynku, a z drugiej dobro przedsiębiorcy, który jest co do zasady uprawniony do przeprowadzenia określonych działań mieszczących się w zakresie wolności działalności gospodarczej. Dla znalezienia rozwiązania kompromisowego, pozwalającego na pogodzenie tych nierzadko

²² Decyzja Prezesa UOKiK z 26.03.2012, DKK 23/2012 (Zakłady Farmaceutyczne Polfarma S.A.).

²³ Zob. K. Kohutek, M. Sieradzka, *Komentarz do art. 19 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U.07.50.331)*, [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, LEX, 2008.

²⁴ D. Miąsik [w:] A. Wróbel (red.), *Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską*, Tom I (art. 1-60), D. Miąsik, N. Półtorak (red.), Warszawa 2008, s. 187, s. 206-207; A. Wyrozumska [w:] J. Barcz (red.), *Prawo Unii Europejskiej, Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2006, s. 1-361.

²⁵ D. Miąsik [w:] A. Wróbel (red.), *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, Warszawa 2010, s. 203.

sprzecznych interesów należy właśnie odwołać się do zasady proporcjonalności, która sprowadza się do konieczności stosowania środków adekwatnych do zamierzonych celów. Odwołując się ponownie do prawa unijnego wskazać należy, iż ocena zgodności określonego działania z zasadą proporcjonalności następuje w oparciu o zastosowanie testu proporcjonalności, którego głównymi kryteriami są (a) adekwatność (czy określony środek nadaje się do realizacji zamierzonego celu) oraz (b) niezbędność²⁶ (czy zastosowany środek jest konieczny dla osiągnięcia zamierzonego celu²⁷). Wymienione testy, w oparciu o które następuje ocena konkretnego projektu z perspektywy zasady proporcjonalności, wydają się wyjątkowo zbieżne z sytuacją wydawania decyzji warunkowej w sprawie koncentracji przedsiębiorców. Ustalając treść warunku organ antymonopolowy w pierwszej kolejności winien ustalić czy środek, który ma być zastosowany jest adekwatny do zamierzonego celu. W tej konkretnej sytuacji celem tym jest zapobieżenie istotnemu ograniczeniu konkurencji na rynku, do jakiego mogłoby dojść na skutek koncentracji objętej zamiarem, gdyby warunek nie został zastosowany. Organ powinien jednak ustalić również, czy stosowany środek jest niezbędny, a zatem czy jest konieczny z perspektywy realizacji wymienionego wcześniej celu. To z kolei należałoby rozumieć jako wymóg takiego ustalania jego treści, aby nie dochodziło do ingerencji w prawa i działalność przedsiębiorcy w sposób nadmierny, a zatem taki, który nie jest konieczny do realizacji pro-konkurencyjnego celu. Być może, aby cel ten osiągnąć wystarczyłoby zastosowanie łagodniejszego środka, który równocześnie spełniałby kryterium konieczności. W tym kontekście wątpliwości budzi również sformułowanie o trwałym i nieodwracalnym wyzbyciu się. Rynek jest strukturą bardzo dynamiczną, a udziały w nim poszczególnych przedsiębiorców zmieniają się w czasie. Można zaryzykować twierdzenie, iż na rynku nic nie jest trwałe i nieodwracalne. Dlatego też biorąc pod uwagę decyzje nakazujące wyzbycie się wszelkich praw do określonych składników majątku, być może w przypadku niektórych z nich dla realizacji wspomnianego celu wystarczyłoby zobowiązanie przedsiębiorcy do oddania tego majątku np. w posiadanie zależne innym podmiotom (np. konkurentom) na podstawie praw obligacyjnych. Pewną analogię może tutaj stanowić udzielenie licencji praw wyłącznych konkurentowi z art. 19 ust. 2 pkt 3 uokik. Być może taki warunek byłby nie tylko proporcjonalny (adekwatny do zamierzonych celów), ale równocześnie mniej uciążliwy dla przedsiębiorcy, a w konsekwencji możliwy do realizacji. Analiza treści wydawanych decyzji warunkowych właśnie z perspektywy zasady proporcjonalności prowadzi niejednokrotnie do takiego wniosku.

Niezależnie od poruszonych wcześniej zagadnień kwestią o fundamentalnym znaczeniu jest możliwość realizacji przez przedsiębiorcę nałożonego warunku. Innymi słowy warunek zastosowany przez organ musi być możliwy do wykonania. W literaturze wskazuje się, iż „Decyzja wydana na podstawie art. 19 [...] musi być możliwa do wykonania przez strony postępowania. Innymi słowy, wykonanie warunków nie może być zależne od innych, niebędących stronami postępowania podmiotów”²⁸. Uznając ten pogląd za zasadny należałoby przyjąć, iż organ antymonopolowy nie powinien nakładać na przedsiębiorcę takich warunków (zobowiązań), które np. na skutek braku współdziałania lub choćby zgody osób trzecich, w tym innych podmiotów działających na rynku, okażą się niemożliwe do wykonania. W tym kontekście najwięcej wątpliwości i możliwych zastrzeżeń wydaje się ponownie budzić trwałe i nieodwracalne wyzbycie się wszelkich praw do określonych składników majątku

²⁶ D. Miąsik [w:] A. Wróbel [red.], *Traktat ustanawiający Wspólnotę...*, s. 210.

²⁷ A. Wyrozumska [w:] J. Barcz (red.), *Prawo Unii Europejskiej ...*, s. 1-362.

²⁸ C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa ...*, s. 366.

przedsiębiorcy, wyzbycie się praw do udziałów (akcji) lub wyzbycie się kontroli, które nawiązuje do art. 19 ust. 2 pkt 1 i pkt 2 uokik. Sam fakt posiadania określonego składnika majątkowego lub praw do udziałów lub akcji, nawet jeżeli są to prawa zbywalne i stanowią pewną wartość rynkową, nie przesądza jeszcze o możliwości ich skutecznego wyzbycia się. Wyzbycie się musi bowiem nastąpić na rzecz określonego podmiotu, którym będzie potencjalny nabywca. Jest to zatem typowy przykład warunku, do którego wykonania współdziałanie osób trzecich jest absolutnie niezbędne. Abstrahując od kwestii warunków, na jakich zbycie określonego składnika ma nastąpić (cena, termin zapłaty itd.), które w takim przypadku z pewnością odbiegają od średniego poziomu rynkowego, jest oczywistym, iż jeżeli nie znajdzie się podmiot zainteresowany nabyciem tego składnika, to przedsiębiorca nie będzie w stanie warunku zrealizować. W konsekwencji ponownie powraca kwestia takiego doboru warunku, aby z jednej strony zapewnić prokonkurencyjny skutek, a z drugiej nie zmuszać przedsiębiorcy do przyjmowania zobowiązań, których – z przyczyn niezależnych – nie będzie w stanie wypełnić. Podkreślić należy, iż organ antymonopolowy powinien w tym zakresie znaleźć rozwiązanie optymalne z punktu widzenia dwóch wymienionych powyżej celów.

Ostatnim omówionym w tej części zagadnieniem, jakie rodzi się na tle analizy treści decyzji udzielających warunkowej zgody na dokonanie koncentracji jest kwestia zaakceptowania przez organ antymonopolowy nabywcy określonych składników majątkowych. Prawo organu antymonopolowe do akceptacji nabywcy określonego składnika majątkowego lub prawa i odpowiadający mu obowiązek uzyskania takiej akceptacji ze strony przedsiębiorcy pojawia się w treści kilku, zwłaszcza nowszych decyzji.²⁹ Ta kwestia z jednej strony może budzić istotne zastrzeżenia z perspektywy adekwatności zastosowanego środka do realizacji celu, jakim jest zapobieżenie istotnemu ograniczeniu konkurencji na rynku przy uwzględnieniu możliwości realizacji warunku przez przedsiębiorcę. Jest ona jednak niezwykle istotna również biorąc pod uwagę możliwy stopień ingerencji organu antymonopolowego w procesy zachodzące na rynku. W takim przypadku bowiem organ antymonopolowy przyznaje sobie możliwość kształtowania struktury i udziałów w rynku poszczególnych działających na nim przedsiębiorców poprzez konieczność uzyskania akceptacji tego organu przejęcia kontroli lub nabycia praw majątkowych. Można nawet doszukiwać się w takim działaniu organu antymonopolowego pewnej swoistej, dokonywanej poza trybem ustawowym wtórnej kontroli koncentracji. Następuje ona poprzez podejmowanie przez organ antymonopolowy decyzji, co do możliwości nabycia przez przedsiębiorcę określonych składników majątkowych, nierzadko decydujących o udziale tego przedsiębiorcy w rynku, jednak z pominięciem trybu ustawowego przewidzianego dla kontroli koncentracji. Taka praktyka może budzić uzasadnione wątpliwości. Wskazuje się również, iż wprawdzie na tle art. 19 ust. 2 uokik organ antymonopolowy może formułować warunki inne, niewyrażone wprost w tym przepisie, jednak uprawnienie to nie obejmuje możliwości nadmiernej ingerencji organu w funkcjonowanie rynku, na którym koncentracja ma nastąpić³⁰ Można powziąć również uzasadnione wątpliwości, czy mieści się ona w ogóle w zakresie pojęcia warunek z art. 19 ust. uokik. Wskazuje się wprawdzie, iż „[...] możliwe jest w określonych stanach faktycznych koncentracji nałożenie warunku, czyli zastosowanie dyspozycji z art. 19, nawet jeśli ingerencja organu w planowaną transakcję jest większa niż taka, która wystarczylaby do zapobieżenia istotnemu ograniczeniu konkurencji”. Jednak taka ingerencja musi

²⁹ Zob. 26.03.2012, DKK 23/2012 (Zakłady Farmaceutyczne Polfarma S.A.); 27.10.2011, DKK 128/2011 (Eurocash S.A.); 5.09.2011, DKK 101/11 (UPC Polska sp. z o.o.); 28.06.2011, DKK 70/11 (Fresenius Medical Care Beteiligungsgesellschaft mbH); 25.02.2009, DKK 9/09 (Agros Nova sp. z o.o.).

³⁰ *Ibidem*, s. 369.

być jedyną możliwą w określonej sytuacji, a brak jej zastosowania powodowałby konieczność wydania decyzji odmawiającej zgody na koncentrację na podstawie art. 20 uokik³¹. Nawet przy założeniu akceptacji w określonych sytuacjach możliwości wydania przez organ antymonopolowy decyzji, która przewidywała będzie warunek idący dalej niż jeden z ujętych w katalogu z art. 19 ust. 2 uokik, nie sposób jest nie uznać, iż opisane powyżej uprawnienie do odmowy lub akceptacji nabywcy jest w istocie przyznaniem organowi antymonopolowemu funkcji regulacyjnej. Wydaje się, iż biorąc pod uwagę nawet bardzo szerokie rozumienie celów polskiej ustawy antymonopolowej, nie można uzasadnić nimi funkcji regulatora rynku, jaką organ antymonopolowy przyznał sobie poprzez wskazany powyżej wymóg akceptacji nabywcy. Czym innym jest bowiem podejmowana w interesie publicznym ochrona konkurencji (art. 1 ust. 1 uokik) m.in. poprzez przeciwdziałanie antykonkurencyjnym koncentracjom przedsiębiorców (art. 1 ust. 2 uokik), a czym innym regulowanie rynku. Stwierdzić należy, iż organ antymonopolowy wprowadzając wymóg akceptacji nabywcy wykracza poza cele ustawy i stosuje środek nieadekwatny (niekonieczny) do realizacji prokonkurencyjnego skutku w postaci zapobieżenia istotnemu ograniczeniu konkurencji na wyznaczonym rynku właściwym.

IV. Realizacja warunku nałożonego przez organ antymonopolowy

Ostatnim z omówionych w niniejszym artykule etapów jest realizacja decyzji warunkowej, a zatem spełnienie określonego w niej warunku lub zobowiązania. W pierwszej kolejności wskazać należy, iż organ antymonopolowy określając warunek określa również termin jego realizacji (art. 19 ust. 2 *in fine*). Brak realizacji warunku w terminie może spowodować nałożenie na przedsiębiorcę kary z art. 107 uokik w wysokości do 10.000 euro za każdy dzień zwłoki w wykonaniu decyzji. Co więcej, na podstawie art. 21 ust. 1 uokik Prezes UOKiK może uchylić decyzję wydaną na podstawie art. 19 ust. 1 uokik w przypadku niespełnienia warunków, o których mowa w art. 19 ust. 2 i 3 uokik.

Zagadnienia związane z realizacją decyzji warunkowej również najciekawiej przedstawiają się na tle decyzji nakazujących przedsiębiorcy wyzbycie się określonych praw czy składników majątkowych. Jak zostało już wskazane wcześniej realizacja tego rodzaju decyzji nie jest możliwa bez określonego współdziałania ze strony osób trzecich. Trzeba też zauważyć, iż w przypadkach tego rodzaju występuje daleko idąca dysproporcja pozycji negocjacyjnych przedsiębiorcy zobowiązanego do wyzbycia się składników majątkowych objętych warunkiem oraz pozostałych, doskonale poinformowanych uczestników rynku. Wiedzą oni bowiem, iż przedsiębiorca ten działa pod presją konieczności realizacji warunku, a zatem znajduje się w sytuacji przymusowej. W konsekwencji przedsiębiorca ten pod groźbą zastosowania wymienionych powyżej sankcji musi w istocie zrobić wszystko, aby zrealizować warunek nie wyłączając działań podejmowanych ze szkodą dla siebie. . Z punktu widzenia przedsiębiorcy, który uzyskał warunkową zgodę na dokonanie koncentracji, zainicjowany nią proces realizacji koncentracji jest w istocie nieodwracalny. Dlatego też nierzadko będzie dochodziło do sytuacji, w których warunki transakcji zaproponowane przez kontrahentów będą rażąco odbiegały od warunków rynkowych. Z uwagi na to pierwszym postulatem *de lege ferenda*, jaki pojawia się na tle omawianych zagadnień jest konieczność utajnienia terminu, który został przedsiębiorcy wyznaczony na realizację warunku³². Nie jest to z pewnością rozwiązanie wszystkich problemów, jakie pojawiają

³¹ Zob. decyzja Prezesa UOKiK z dnia 5 czerwca 2007, DOK-71/07 oraz C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa ...*, s. 367.

³² Taka możliwość została przedstawiona na tle planowanych zmian ustawy antymonopolowej w czasie konferencji przywołanej w przypisie 7.

się na tle realizacji decyzji warunkowej, ale z pewnością pomogłoby ono przedsiębiorcy zobowiązaniem do wykonania warunku w utrzymaniu relacji rynkowych w negocjacjach z potencjalnymi nabywcami. Przepisy prawa nie powinny w taki sposób kształtować trybu realizacji warunku, aby stawiając przedsiębiorcę od początku w niekorzystnej sytuacji wobec innych podmiotów działających na rynku zmuszać go w istocie do działania na własną szkodę. Taka sytuacja z pewnością nie tylko znacznie wykracza poza cele ustawy antymonopolowej, ale stanowi także naruszenie zasady proporcjonalności w stosowaniu środków służących realizacji polityki ochrony konkurencji.

Kwestią o fundamentalnym znaczeniu w kontekście zagadnień omawianych w niniejszej części jest problem odpowiedzialności przedsiębiorcy za realizację warunku objętego decyzją. W szczególności pojawia się tutaj problem zasady, w oparciu o którą powinna zostać ukształtowana ta odpowiedzialność. Kwestia ta jest szczególnie istotna w przypadku, gdy realizacja warunku zależy w znakomitej mierze od współdziałania osób trzecich, na których decyzje i działania przedsiębiorca realizujący decyzję nie ma wpływu. W pierwszej kolejności stwierdzić należy, iż przedsiębiorca realizujący warunek powinien podejmując wszelkie działania w tym zakresie dochować staranności profesjonalisty przy zastosowaniu miernika z art. 355 § 2 k.c. Powinien zatem planując i podejmując swoje działania czynić to ze świadomością, iż będą one oceniane przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności. Przedsiębiorca taki nie może w szczególności powoływać się na nieznaną sobie sytuację na rynku, w tym na brak znajomości określonych procesów na nim zachodzących, czy też na brak znajomości obowiązujących przepisów oraz następstw z nich wynikających³³. Z drugiej jednak strony w taki sam sposób winny być oceniane działania przedsiębiorcy z perspektywy możliwości zastosowania sankcji z art. 21 ust. 1 uokik oraz 107 uokik. Dotychczasowa praktyka w tym zakresie wskazuje jednak odmienne rozumienie odpowiedzialności przedsiębiorcy za realizację warunku. Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów podtrzymując decyzję nakładającą karę na przedsiębiorcę, który nie wykonał warunku w terminie stwierdził m.in., iż przedsiębiorca ten przyjmując warunki nałożone przez Prezesa UOKiK mógł z wyprzedzeniem ocenić czy będzie w stanie je wykonać³⁴. To wskazywałoby, iż sąd uznał, że przedsiębiorca odpowiada w powyższym zakresie na zasadzie ryzyka. Podkreślić jednak należy, iż pomimo rosnącego znaczenia tej zasady, jako zasady odpowiedzialności w prawie cywilnym³⁵, trudno jest znaleźć uzasadnienie dla stosowania jej w omawianych przypadkach. W szczególności brak jest możliwości stosowania jakiegokolwiek analogii z odpowiedzialnością przedsiębiorcy z art. 435 k.c., która jest niezależna od winy i oparta została właśnie na zasadzie ryzyka³⁶. Jak wynika z przytoczonych powyżej okoliczności oraz treści decyzji warunkowych wydawanych w sprawie koncentracji przedsiębiorców, realizacja warunków w dużej mierze zależy od współdziałania osób trzecich lub określonych, niezależnych od przedsiębiorcy uwarunkowań rynkowych, na które przedsiębiorca nie ma wpływu i za które nie powinien ponosić odpowiedzialności. W konsekwencji w zakresie odpowiedzialności przedsiębiorcy za realizację warunku nałożonego przez organ antymonopolowy należałoby postawić zasadniczo dwa wnioski. Pierwszym jest konieczność oparcia odpowiedzialności przedsiębiorcy za realizację warunku o zasadę winy, przy uwzględnieniu podwyższonego miernika staranności z art. 355 § 2 k.c. Mogącą się pojawiać w tym zakresie obawę o możliwe uchylanie się

³³ Wyrok SN z 17.08.1993, OSN 1994, Nr 3, poz. 69.

³⁴ http://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=2971&news_page=18.

³⁵ A. Śmieja [w:] A. Olejniczak (red.), *System prawa prywatnego, Prawo zobowiązań – część ogólna*, Tom 6, s. 353.

³⁶ M. Safjan [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny, Komentarz, Tom I*, Warszawa 2005, s. 1233.

przedsiębiorcy od obowiązku realizacji warunku ze szkodą dla konkurencji, można *de lege ferenda* wyeliminować poprzez wprowadzenie odpowiedniego mechanizmu, pozwalającego np. na zmianę decyzji poprzez modyfikację warunku w przypadku braku możliwości jego realizacji z przyczyn, na które przedsiębiorca nie ma żadnego wpływu i nie może za nie ponosić odpowiedzialności. Wydaje się jednak, iż już obecnie taką możliwość można wyprowadzić w oparciu o postanowienia art. 21 ust. 2 uokik, a wszystko zależało będzie od odpowiedniego zastosowania tego przepisu przez organ antymonopolowy. *De lege lata*, jako drugi postulat częściowo będący również rozwiązaniem problemów, do których odnosi się postulat pierwszy, jest konieczność takiego formułowania warunków (zobowiązań) w decyzjach warunkowych, aby nie nakładać na przedsiębiorców zobowiązań, które z uwagi na szereg czynników od nich niezależnych mogą być niemożliwe do realizacji. Trzeba równocześnie wskazać, iż brak możliwości realizacji warunku nie sprowadza się wyłącznie do możliwości zastosowania sankcji wobec przedsiębiorcy i jego możliwej odpowiedzialności. Ważnym aspektem jest również fakt dokonania koncentracji na podstawie zgody udzielonej w decyzji warunkowej przy równoczesnym braku realizacji warunku, co może skutkować szkodą dla konkurencji na wyznaczonym rynku właściwym. Oczywiście organ antymonopolowy ma możliwość zastosowania wspomnianych już środków z art. 21 ust. 2 uokik. Jednak ich zastosowanie będzie z reguły wymagało ponownego przeprowadzenia analizy rynku, a następcze przywrócenie konkurencji na rynku może nierzadko okazać się bardzo utrudnione lub wręcz niemożliwe. To ponownie zwraca uwagę na konieczność bardzo uważnego i popartego rzetelną analizą ekonomiczną formułowania warunków również przy uwzględnieniu możliwości ich realizacji z perspektywy przedsiębiorcy dokonującego koncentracji.

V. Podsumowanie

Tytułem podsumowania stwierdzić należy, iż koncentracje dokonywane przez przedsiębiorców w rozmaitych formach są stale obecne w praktyce rynkowej i nie wydaje się aby ta tendencja miała ulec zmianie. Nadal wydawane będą również decyzje udzielające zgody warunkowej. To powoduje, iż zagadnienia poruszone w niniejszym artykule nie będą traciły na znaczeniu, tak jak konieczność eliminacji przynajmniej części z przedstawionych w nim mankamentów obecnej regulacji. Niezbędnym zmianom winna ulec również praktyka orzecznicza polskiego organu antymonopolowego w tym zakresie. W szczególności istotne wydają się tutaj proponowane zmiany w zakresie postępowania antymonopolowego w sprawach koncentracji przedsiębiorców, w tym dotyczące trybu w jakim następuje ustalenie warunku, rodzaju nakładanych warunków oraz utajnienia terminu wyznaczonego na realizację warunku nałożonego decyzją. Nie mniej istotne wydają się również postulaty dotyczące odpowiedniego stosowania obowiązujących przepisów, zwłaszcza odnoszące się do odpowiedzialności przedsiębiorcy za realizację warunku i możliwych konsekwencji niewykonania warunku z przyczyn od przedsiębiorcy niezależnych. Bez wątpienia toczące się obecnie prace nad nowelizacją ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowią znakomity przyczynek dla wdrożenia przynajmniej części z zaproponowanych postulatów z korzyścią zarówno dla zapewnienia sprawniejszej ochrony konkurencji, jak i w celu zagwarantowania przedsiębiorcom możliwości prowadzenia działalności bez narażania ich na straty i utrudnienia, które nie mieszczą się w zakresie podejmowanej w interesie publicznym ochrony konkurencji.