

O potrzebie wyjaśnień Prezesa UOKiK w sprawie zgody warunkowej na dokonanie koncentracji przez przedsiębiorców

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Wytyczne organów antymonopolowych w sprawach dotyczących koncentracji oraz decyzji warunkowych
- III. Przesłanki uzasadniające potrzebę wydania wytycznych
- IV. Wybrane problemy interpretacyjne dotyczące przepisów i praktyki w zakresie zgód warunkowych
 1. Zastrzeżenia wobec koncentracji jako warunek wydania zgody warunkowej
 2. Możliwość zmiany zgody warunkowej
 3. Kryteria akceptacji nabywcy aktywów zbywanych w wykonaniu warunku
- V. Podsumowanie

Streszczenie

Artykuł zawiera analizę zagadnienia czy obowiązujące przepisy prawa dotyczące zgód warunkowych w sprawach kontroli koncentracji, jak również praktyka ich stosowania przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów uzasadniają potrzebę opublikowania przez polski organ antymonopolowy szczegółowych wytycznych dotyczących zgód warunkowych. Analiza została przeprowadzona na podstawie orzecznictwa oraz głosów doktryny co do potrzeby publikowania przez organ antymonopolowy wytycznych do obowiązujących przepisów prawa konkurencji, jak i praktycznych problemów, jakie powstają na gruncie wydanych dotychczas przez organ antymonopolowy zgód warunkowych.

Słowa kluczowe: zgoda warunkowa; warunki; wyjaśnienia; wytyczne; kontrola koncentracji.

JEL: K21, G34

I. Wprowadzenie

Institucja zgody warunkowej na dokonanie koncentracji przez przedsiębiorców została wprowadzona do polskiego prawa ustawą z 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów¹. Przyjęte blisko 20 lat temu rozwiązania funkcjonują do dziś, w co do zasady niezmiennym

* Doktor nauk prawnych INP PAN; radca prawny; Partner Zespołu Prawa konkurencji w kancelarii Domański Zakrzewski Palinka; mail: jaroslaw.lukawski@dzp.pl. <https://orcid.org/0000-0002-3945-2392>.

¹ DzU 2000 Nr 122, poz. 1319. Należy jednocześnie zwrócić uwagę, że już ustawa z dnia 24.02.1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów (t.j. DzU 1999 Nr 52, poz. 547 ze zm.) przewidywała uprawnienie organu antymonopolowego do przedstawienia przedsiębiorcom – przed wydaniem decyzji zakazującej łączenia – warunków, na jakich może nastąpić łączenie.

kształcie. Przepisy składające się na zgodę warunkową stanowią bez wątpienia istotną część systemu kontroli koncentracji. W literaturze wyrażono nawet pogląd, że bez efektywnego stosowania zgód warunkowych polityka prawa konkurencji odnosiłaby jedynie częściowe sukcesy (Drauz, 1997, s. 2019). Praktyka decyzyjna Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: UOKiK) potwierdza także, że zgoda warunkowa jest ważnym narzędziem w rozstrzygnięciu spraw z zakresu kontroli koncentracji. Decyzje warunkowe są drugim (po zgodzie bezwarunkowej) najczęściej wydawanym przez Prezesa UOKiK merytorycznym rozstrzygnięciem w sprawach koncentracji, a każdą tego typu decyzję poprzedza wielomiesięczne postępowanie, na którego końcu Prezes UOKiK oraz strona uzgadniają sposób modyfikacji zamierzonej koncentracji, który ma doprowadzić do wyeliminowania negatywnych dla konkurencji skutków, jakie wynikały z pierwotnego kształtu koncentracji. Można uznać, że gdyby nie dostępność instytucji zgody warunkowej wiele skomplikowanych transakcji, prowadzących do znaczącej kumulacji udziałów rynkowych zostałyby zakazane przez Prezesa UOKiK.

Pomimo zarysowanych powyżej okoliczności, polski organ antymonopolowy nie poświęcał dotychczas zbyt wiele miejsca zgodom warunkowym w swoich wyjaśnieniach i oficjalnych publikacjach. Zupełnie odmienne podejście do problematyki tej instytucji przyjmowano natomiast w literaturze, w której na przestrzeni ostatnich lat zidentyfikowany został szeroki wachlarz problemów powstających w związku z przyjętymi w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów regulacjami dotyczącymi zgody warunkowej oraz praktyką stosowania tej instytucji przez Prezesa UOKiK. W niniejszym artykule podjęto próbę udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy na gruncie przepisów składających się na instytucję zgody warunkowej oraz na gruncie praktyki stosowania tych przepisów przez Prezesa UOKiK powstają zagadnienia uzasadniające opracowanie przez organ antymonopolowy odrębnych wyjaśnień, które zawierałby wskazówki interpretacyjne dotyczące zgód warunkowych przez co czyniłyby proces uzyskiwania i wydawania tego rozstrzygnięcia przez Prezesa UOKiK bardziej transparentnym dla przedsiębiorców².

II. Wytyczne organów antymonopolowych w sprawach dotyczących koncentracji oraz decyzji warunkowych

Prawo antymonopolowe, w tym przepisy dotyczące kontroli koncentracji pomiędzy przedsiębiorcami, to dziedzina, w której korzystanie przez organy z instrumentów prawa miękkiego (tzw. *soft law*) jest praktykowane od wielu lat. Wyjaśnienia, wytyczne lub interpretacje są nieodłącznym elementem stosowania przepisów dotyczących kontroli koncentracji zarówno przez amerykańskie organy antymonopolowe³, jak i Komisję Europejską⁴ oraz przez organy antymonopolowe państw członkowskich UE⁵. W literaturze zauważa się, że częstotliwość korzystania ze tego rodzaju

² Potrzeba zwiększenia transparentności przepisów prawa antymonopolowego wskazywana jest w piśmiennictwie jako jeden z głównych powodów uzasadniających potrzebę publikowania przez organy antymonopolowe wyjaśnień (Róźwicz-Ładoń, 2011, s. 393). Inni autorzy zauważają jednak uwagę, że potrzeba zwiększenia przejrzystości przepisów prawa powinna następować poprzez zmiany legislacyjne, a nie w drodze aktów prawa miękkiego. Według tego poglądu, brak związania sądów orzekających w sprawach antymonopolowych wyjaśnieniami Prezesa UOKiK powoduje, że zasady stosowania prawa określone w wyjaśnieniach nie są w stanie zapewnić przejrzystości i przewidywalności przepisów prawa (Król-Bogomilska, 2009, s. 12).

³ Pierwsze wytyczne w sprawach koncentracji w Stanach Zjednoczonych zostały opublikowane w 1968 r. (Langenfeld, 1996, s. 6).

⁴ Zob. m.in. „Merger control law in the European Union Situation in March 1998”, który stanowi zbiór wytycznych Komisji dotyczących rozporządzenia Rady (EWG) nr 4064/89 z dnia 21.12.1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. WE L 395 z dnia 30.12.1989 r., s. 1) oraz rozporządzenia wykonawczego. Zob. także Skonsolidowane obwieszczenie Komisji dotyczące kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. UE C 95 z dnia 16.04.2008, s. 1).

⁵ Zob. np. wytyczne niemieckiego organu antymonopolowego w sprawie oceny merytorycznej koncentracji dostępne na https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Leitlinien/Guidance%20-%20Substantive%20Merger%20Control.pdf?__blob=publicationFile&v=6 (25.07.2020); wytyczne francuskiego organu antymonopolowego w sprawie kontroli koncentracji dostępne na <https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/>

instrumentów podyktowana jest oparciem przepisów w sprawach koncentracji na pojęciach ekonomicznych, wymagających wyjaśnień i wykładni, co trudno osiągnąć, stosując jedynie język prawniczy (Błachucki, 2012, s. 68)⁶. Analiza dotychczasowej praktyki Prezesa UOKiK prowadzi do wniosku, że polski organ antymonopolowy również często korzysta z prawa miękkiego, w tym w obszarze kontroli koncentracji. Należy zatem odnotować, że wyjaśnienia Prezesa UOKiK dotyczące procedury oraz kryteriów zgłaszania koncentracji opublikowane zostały w niedługim czasie po wejściu w życie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 roku⁷. Wskazane powyżej dokumenty były w kolejnych latach aktualizowane, aż do dnia 23 stycznia 2015 r., kiedy Prezes UOKiK opublikował aktualne „Wyjaśnienia w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK” (dalej: Wyjaśnienia w sprawie zgłaszania koncentracji).

Przegląd wytycznych publikowanych przez krajowe oraz ponadkrajowe organy antymonopolowe w sprawach dotyczących zagadnień związanych z kontrolą koncentracji prowadzi do wniosku, że akty prawa miękkiego opracowywane przez te organy nie ograniczają się jedynie do kwestii związanych z powstaniem obowiązku zgłoszenia, definicją rynku właściwego, merytorycznej oceny koncentracji czy zagadnień proceduralnych. Zarówno amerykański⁸, unijny⁹, jaki i szereg krajowych organów antymonopolowych, w tym z państw członkowskich UE¹⁰ zdecydowało się na publikację szczegółowych wyjaśnień dotyczących zgód warunkowych. Jedynym dokumentem polskiego organu, w którym można odnaleźć kilka wskazówek dotyczących m.in. etapu postępowania, na którym, co do zasady, dochodzi do przedstawienia propozycji warunków pozostają Wyjaśnienia w sprawie zgłaszania koncentracji. Przedstawione w tym dokumencie informacje odnośnie do zgody warunkowej i procedury dochodzenia do tego rozstrzygnięcia są jednak lakoniczne i nie odnoszą się do szeregu kwestii dotyczących tej instytucji.

Brak szczegółowych wyjaśnień Prezesa UOKiK dotyczących instytucji zgody warunkowej oraz procedury, w ramach której dochodzi do jej wydania implikuje pytanie o przyczynę takiego stanu rzeczy. Zgoda warunkowa na dokonanie koncentracji jako narzędzie mające przeciwdziałać transakcjom prowadzącym do istotnego ograniczenia konkurencji jest bowiem o wiele bardziej złożoną instytucją aniżeli „standardowe” zgody bezwarunkowe, a nawet decyzje zakazujące dokonania koncentracji (Davies i Lyons, 2007, s. 2). Rozstrzygnięcie to zakłada akceptację ze strony organu antymonopolowego dla dokonania zamierzonej koncentracji, ale pod warunkiem zmodyfikowania przez adresata decyzji kształtu pierwotnie zamierzonej transakcji (np. zbycia określonych aktywów przed lub po transakcji) lub podjęcia przez niego określonych działań (np. obowiązkowej

Lignes_directrices_concentrations_2020.pdf (25.07.2020), wytyczne szwedzkiego organu antymonopolowego w sprawie kontroli koncentracji dostępne na https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/Lignes_directrices_concentrations_2020.pdf (25.07.2020).

⁶ W literaturze podkreśla się jednocześnie rodzaje ryzyka, jakie powstają dla adresatów norm prawnych w przypadkach, gdy wyjaśnienia organu antymonopolowego wykraczają poza wskazanie sposobu interpretacji przepisów i próbują przejąć funkcje obowiązującego prawa (Turno, 2013, s. 487).

⁷ Zob. Wyjaśnienia Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w zakresie procedury zgłaszania zamiaru koncentracji, Warszawa 2003.

⁸ Zob. U. S. Department of Justice Antitrust Division, *Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies*, Waszyngton 2004. Pozyskano z: <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2011/06/17/272350.pdf> (25.07.2020).

⁹ Zawiadomienie Komisji w sprawie środków zaradczych dopuszczalnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 i rozporządzenia Komisji (WE) nr 802/2004 (Dz. Urz. UE C 267 z dnia 22 października 2008 r., s. 1).

¹⁰ Zob. np. wyjaśnienia niemieckiego organu antymonopolowego *Guidance on Remedies in Merger Control* z maja 2017 r. opublikowane na stronie https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Leitlinien/Guidance%20on%20Remedies%20in%20Merger%20Control.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (25.07.2020); wyjaśnienia francuskiego organu antymonopolowego *Behavioural Remedies* dostępne na stronie https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/2020-01/eng_comportementaux_final_fr_0.pdf; fińskiego organu antymonopolowego dostępne na stronie <https://www.kkv.fi/globalassets/kkv-suomi/julkaisut/suuntaviivat/en/guidelines-1-2011-mergers.pdf> (25.07.2020); wyjaśnienia brytyjskiego organu antymonopolowego (*Merger Remedies: Competition Commission Guidelines*), dostępne na stronie https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/764372/Merger_remedies_guidance.pdf; kanadyjskiego organu antymonopolowego dostępne na stronie <https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/02170.html> (25.07.2020).

dostawy towarów lub świadczenia usług na rzecz określonego kręgu klientów), dopiero bowiem realizacja takich warunków nie doprowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji na rynku, pomimo dokonania koncentracji. Wydanie takiego rozstrzygnięcia wymaga zatem od organu antymonopolowego dokonania wielopłaszczyznowej oceny, jakie obowiązki nałożone na przedsiębiorcę dadzą najlepszą gwarancję długoterminowego wyeliminowania ryzyk wynikających z koncentracji, pozwalając jednocześnie zachować perspektywiczne efektywności wynikające z transakcji. Koniecznym elementem procesu poprzedzającego wydanie zgody warunkowej jest także dialog pomiędzy organem antymonopolowym oraz przedsiębiorcą (Skoczny i Modzelewska de Raad, 2014, s. 1178). Celem tych „negocjacji” jest osiągnięcie kompromisu w postaci wypracowania warunków akceptowalnych dla organu oraz stron transakcji. Szczegółowa procedura prowadzenia takiej dyskusji nie została uwzględniona w przepisach ustawowych. Tymczasem, nie posiadając wiedzy o tym, kiedy oraz w jaki sposób prowadzić dyskusję z Prezesem UOKiK w sprawie zgody warunkowej, przedsiębiorca ma ograniczoną możliwość aktywnego uczestnictwa w procesie wypracowywania warunków i treści wydawanego przez Prezesa UOKiK rozstrzygnięcia, a także ochrony swoich praw przed nadmierną ingerencją ze strony organu antymonopolowego.

III. Przesłanki uzasadniające potrzebę wydania wytycznych

W świetle orzecznictwa Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: SOKiK) stosowanie przez organ antymonopolowy wyjaśnień lub wytycznych „jest konieczne w sytuacjach wyjątkowych w celu uniknięcia pojawiających się wątpliwości interpretacyjnych”¹¹. W ocenie sądu dopuszczalność oraz zasadność wydawania przez Prezesa UOKiK aktów prawa miękkiego uzależniona jest dodatkowo od tego, aby ich treść była publicznie dostępna i znajdowała potwierdzenie w orzecznictwie. Zastosowane przez SOKiK przesłanki niezbędności wytycznych dla uniknięcia wątpliwości interpretacyjnych oraz konieczności publicznego dostępu do aktów prawa miękkiego są bezdyskusyjne. Problematiczne jest natomiast potwierdzanie stanowiska Prezesa UOKiK w obszarze zgód warunkowych w orzecznictwie. Jak zauważa T. Skoczny, orzecznictwo sądowe dotyczące odwołań od decyzji warunkowych praktycznie nie istnieje (Skoczny, 2012, s. 451). Analogiczne obserwacje przedstawia M. Błachucki, który zauważa, że „decyzje czy inne czynności urzędowe podejmowane w sprawach koncentracji są zaskarżane niezmiernie rzadko (bywają lata, że żadna taka sprawa nie trafia do SOKiK czy sądów administracyjnych)” (Błachucki, 2015, s. 54). Uważam, że ubogie orzecznictwo w sprawach dotyczących zgód warunkowych nie powinno stanowić przeszkody dla wydawania przez Prezesa UOKiK wytycznych dotyczących tego typu rozstrzygnięć. Niedostatek orzecznictwa nie eliminuje bowiem problemów interpretacyjnych powstających na gruncie przepisów prawa. Przeciwnie, niedziałający w praktyce system odwołań od rozstrzygnięć w sprawach dotyczących kontroli koncentracji powoduje, że sądy powszechne oraz Sąd Najwyższy są pozbawione możliwości dokonywania interpretacji przepisów, w tym również akceptowania albo negowania stanowiska zajmowanego przez Prezesa UOKiK w zakresie zgód warunkowych.

Na istnienie wielu problemów z interpretacją przepisów dotyczących zgód warunkowych wskazywano w literaturze jeszcze przed ich nowelizacją w 2015 roku (Błachucki, 2012, s. 299; Wolski, 2012, s. 42). Wyrażano wówczas oczekiwanie, że zmiany regulacji dotyczących zgód warunkowych

¹¹ Wyr. SOKiK z dn. 7.11.2007 r., XVII AmA 26/07 i XVII AmA 27/07, niepubl., za: Błachucki, 2014, s. 141.

przyczynią się do sprawniejszego realizowanie transakcji, których dokonanie zostało warunkowo zaakceptowane przez Prezesa UOKiK (Wolski, 2012, s. 36). Wydaje się jednak, że wprowadzone w 2015 r. zmiany uokik doprowadziły do powstania kolejnych niejasności w obszarze stosowania zgód warunkowych (Dudzik, 2015, s. 39–40). Zauważa się między innymi, że obowiązujące przepisy nie mogą być traktowane jako wyczerpujące uregulowanie procedury przedstawiania warunków oraz uzgadniania ich treści. „Regulacja ta jedynie w sposób ramowy określa sposoby komunikacji pomiędzy przedsiębiorcami zgłaszającymi zamiar dokonania koncentracji, a organem antymonopolowym” (Korycińska, 2015, s. 64). Należy jednocześnie zauważyć, że pomimo niedostatków regulacji ustawowej liczba warunków zawartych w decyzjach Prezesa UOKiK oraz poziom ich skomplikowania jest coraz większy. Jeszcze kilka lat temu zgody warunkowe nakładały na przedsiębiorców w zasadzie tylko obowiązek zbycia określonego majątku na rzecz niezależnego inwestora¹². Treść aktualnie stosowanych warunków przewiduje natomiast szereg dodatkowych obowiązków związanych z nabywcą mienia, takich jak: jego zdolność finansowa, praktyczna wiedza specjalistyczna oraz niezbędne doświadczenie, a w szczególności konieczność zaakceptowania inwestora przez Prezesa UOKiK¹³. Najnowsza praktyka orzecznicza Prezesa UOKiK wskazuje także na zupełnie nowe elementy w obszarze zgód warunkowych, takie jak konieczność zaakceptowania przez Prezesa UOKiK treści umów będących podstawą dla wykonania warunku¹⁴, a nawet konsultowanie z innymi uczestnikami rynków propozycji warunków przedłożonych przez stronę zamierzającą dokonać koncentracji. Nie negując potrzeby niektórych z wyżej wymienionych zmian, wydaje się, że coraz wyższemu poziomowi złożoności decyzji udzielających warunkowej zgody na dokonanie koncentracji oraz zakresu nakładanych na przedsiębiorców obowiązków powinny towarzyszyć wyjaśnienia Prezesa UOKiK.

IV. Wybrane problemy interpretacyjne dotyczące przepisów i praktyki w zakresie zgód warunkowych

Postulaty opracowania przez Prezesa UOKiK wytycznych dotyczących zgód warunkowych zgłaszane są literaturze już od dłuższego czasu (Skoczny, 2015, s. 5)¹⁵. Na zasadność tych postulatów wskazuje między innymi liczba spraw prowadzonych przez Prezesa UOKiK w zakresie kontroli koncentracji. Na przestrzeni ostatnich lat liczba postępowań antymonopolowych wszczętych przez organ w sprawach koncentracji istotnie przekroczyła poziom dwustu, a teoretycznie każde z tych postępowań mogło zakończyć się wydaniem decyzji warunkowej. Obrazuje to jak bardzo potrzebne są wyjaśnienia Prezesa UOKiK dotyczące zgód warunkowych.

W niniejszej części artykułu przedstawiono kilka problemów interpretacyjnych powstających na gruncie przepisów oraz praktyki stosowania zgód warunkowych. Uważam, że w świetle powołanego powyżej wyroku SOKiK przykłady te uzasadniają potrzebę opracowania przez Prezesa UOKiK wytycznych w sprawach zgód warunkowych. Należy jednocześnie zaznaczyć, że przedstawione poniżej zagadnienia w żadnym wypadku nie są jedynymi, na gruncie których

¹² Dec. Prezesa UOKiK z 20.04.2005 r. nr DOK-35/2005 – *Nafta Polska/Zakłady Azotowe*; dec. Prezesa UOKiK z 3.10.2006 r. nr DOK-116/06 – *PCC/Zakłady Azotowe*; dec. Prezesa UOKiK z 28.06.2007 r. nr DOK-86/2007 – *Carrefour/Ahold*.

¹³ Dec. Prezesa UOKiK z 5.09.2011 r. nr DKK-101/11 – *UPC/Aster*; dec. Prezesa UOKiK z 6.02.2014 r. nr DKK-11/2014 – *Henkel/PZ Cussons*.

¹⁴ Dec. Prezesa UOKiK z 23.12.2019 r. nr DKK-263/2019 *DOZ/Medix*, dec. Prezesa UOKiK z 18.11.2019 r. nr DKK-230/2019 *Panatheia/Dolnośląska Grupa Apteczna*

¹⁵ Podobnie P. Korycińska, która zgłosiła postulat opracowania wytycznych dotyczących przepisów postępowania w sprawie kontroli koncentracji ściśle związanych ze zgodą warunkową (Korycińska, 2015, s. 64).

powstaną wątpliwości interpretacyjne w zakresie zgód warunkowych. Ich wybór został przeprowadzony przy zastosowaniu kryterium istotności z punktu widzenia interesów przedsiębiorców chcących uzyskać zgodę warunkową oraz tych przedsiębiorców, którzy realizują nałożone na nich obowiązki na podstawie decyzji warunkowej.

1. Zastrzeżenia wobec koncentracji jako warunek wydania zgody warunkowej

Norma kompetencyjna przewidziana w art. 19 ust. 1 uokik upoważnia Prezesa UOKiK do wydania zgody warunkowej jedynie w przypadku, gdy w wyniku realizacji warunków konkurencja na rynku nie zostanie istotnie ograniczona. Należy zatem uznać, że konieczną przesłanką wydania zgody warunkowej jest uprzednie zidentyfikowanie przez organ negatywnych skutków wynikających z koncentracji. Tylko w takim przypadku Prezes UOKiK może ustalić, że realizacja określonych warunków wyeliminuje dostrzeżone zagrożenia dla konkurencji wynikające z zamierzonej koncentracji. Na tle powyższego przepisu powstaje pytanie o etap postępowania, na którym Prezes UOKiK może zaakceptować propozycję warunków, a tym samym czy dopuszczalne jest wydanie przez organ zgody warunkowej bez zidentyfikowania okoliczności wskazujących na zagrożenie dla konkurencji wynikające z zamierzonej koncentracji.

Art. 19 ust. 1 uokik powinien być interpretowany łącznie z art. 96 ust. 3 tej ustawy. Zgodnie z tym przepisem w sprawach, w których istnieje uzasadnione prawdopodobieństwo istotnego ograniczenia konkurencji na rynku w wyniku dokonania koncentracji, Prezes Urzędu przedstawia przedsiębiorcy lub przedsiębiorcom uczestniczącym w koncentracji zastrzeżenia wobec tej koncentracji. W świetle treści art. 96a ust. 3 można argumentować, że akceptacja warunków i wydanie zgody warunkowej powinno mieć miejsce dopiero po przedstawieniu przez Prezesa UOKiK zastrzeżeń. T. Skoczny słusznie zwraca jednak uwagę, że art. 96a ust. 5 oraz 6 uokik, które zawierają namiastkę procedury uzgadniania warunków nie uniezależniają jej wszczęcia od wcześniejszego przedstawienia zastrzeżeń wobec planowanej koncentracji. Autor ten zauważa jednocześnie, że racjonalne podejście nakazywałoby przyjąć, że propozycja warunków ze strony przedsiębiorcy powinna być składana po przedstawieniu zastrzeżeń przez Prezesa UOKiK tak, aby była dostosowana do uwag organu do samej koncentracji (Skoczny i Modzelewska de Raad, 2014, s. 1178).

Analiza zgód warunkowych wydanych przez Prezesa UOKiK od 2015 r.¹⁶ wskazuje, że etap postępowania, na którym są akceptowane warunki jest co do zasady zgodny z przywołanymi powyżej postulatami T. Skoczego. Wydana w 2019 r. zgoda warunkowa w sprawie *Panthea/DGA*¹⁷ wprowadza jednak istotny wyłom od tej praktyki. Z decyzji tej jednoznacznie wynika, że Prezes UOKiK dopuszcza możliwość zaakceptowania warunków przed sformułowaniem zastrzeżeń wobec koncentracji, a zatem wydawania zgody warunkowej, pomimo braku formalnego stanowiska identyfikującego możliwe negatywne dla konkurencji skutki w związku z dokonaniem transakcji. Decyzja w sprawie *Panthea/DGA* nie precyzuje jednak w jakich okolicznościach postępowanie w sprawie koncentracji może zakończyć się wydaniem zgody warunkowej, pomimo nieprzedstawienia zastrzeżeń wobec transakcji. Ani obowiązujące przepisy uokik, ani też dotychczasowa praktyka organu nie dają także odpowiedzi na pytanie, czy dla akceptacji warunków przed wydaniem

¹⁶ Instytucja zastrzeżeń została wprowadzona do uokik na podstawie ustawy z dn. 10.06.2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (DzU 2014, poz. 945), która weszła w życie 18.01.2015 r.

¹⁷ Dec. Prezesa UOKiK z 18.11.2019 r., nr DKK 230/2019, *Panthea/Dolnośląska Grupa Apteczna*.

zastrzeżeń wobec koncentracji konieczne jest uprzednie przeprowadzenie przez Prezesa UOKiK badania rynku pozwalającego przynajmniej ocenić wpływ koncentracji na warunki konkurencji.

Odpowiedzi na powyższe pytania mają fundamentalne znaczenie dla przedsiębiorców i stanowią zagadnienie, które powinno zostać szczegółowo wyjaśnione przez Prezesa UOKiK. Możliwość wydania zgody warunkowej bez zastrzeżeń wobec koncentracji daje bowiem szansę na znaczące skrócenie trwających wiele miesięcy postępowań w sprawach o istotnym wpływie na warunki konkurencji panujące na rynkach, a tym samym, na uzyskanie przez przedsiębiorę decyzji i zamknięcia transakcji o wiele szybciej niż miało to miejsce dotychczas. Nie można też wykluczyć, że sami przedsiębiorcy, stając w obliczu wielomiesięcznego postępowania antymonopolowego, będą ważyć koszty wynikające przesunięcia terminu na zamknięcie transakcji oraz zaproponowania warunków, które umożliwią im szybszą finalizację połączenia. Dla podjęcia takich decyzji konieczne są jednak wyjaśnienia Prezesa UOKiK w jakich okolicznościach i na jakim etapie postępowania możliwe jest wydanie przez organ antymonopolowy zgody warunkowej bez uprzednich zastrzeżeń wobec koncentracji. Dopuszczenie możliwości skrócenia postępowań antymonopolowych w skomplikowanych sprawach koncentracyjnych leży w interesie nie tylko przedsiębiorców, lecz także organu antymonopolowego, który będzie mógł efektywniej wykorzystywać posiadane zasoby.

2. Możliwość zmiany zgody warunkowej

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie przewiduje szczególnego trybu zmiany decyzji warunkowej, a powtarzane postulaty wprowadzenia do uokik mechanizmu „pozwalającego np. na zmianę decyzji poprzez modyfikację warunku w przypadku braku możliwości jego realizacji” (Wolski, 2012, s. 45; Błachucki, 2012, s. 395) jak dotychczas nie odniosły skutku. Powoduje to, że nawet w sytuacjach obiektywnej niemożliwości wykonania warunków, adresat decyzji narażony jest na wysokie sankcje pieniężne przewidziane w art. 107 uokik. Brak w powoływanej ustawie rozwiązań umożliwiających zmianę zgody warunkowej nie oznacza zarazem, że w polskim prawie nie istnieją narzędzia, które mogłyby zostać zastosowane do zmiany nałożonych na przedsiębiorcę warunków lub terminu, w jakim mają one zostać wykonane. Zgoda warunkowa, tak jak każda ostateczna decyzja administracyjna, na podstawie której strona nabyła prawo, może być w każdym czasie za zgodą strony uchylona lub zmieniona przez organ administracji publicznej, który ją wydał, jeżeli przepisy szczególne nie sprzeciwiają się uchyleniu lub zmianie takiej decyzji i przemawia za tym interes społeczny lub słuszny interes strony (art. 155 § 1 k.p.a.).

Należy jednak zauważyć, że art. 82 ust. 1 uokik wyłącza środki prawne wzruszenia decyzji przewidziane w k.p.a. dotyczące wznowienia postępowania, uchylenia, zmiany lub stwierdzenia nieważności decyzji. Z uwagi na postanowienia uokik przedsiębiorca nie może zatem skutecznie żądać wszczęcia postępowania w przedmiocie zmiany tej decyzji, a domaganie się takiej zmiany na podstawie art. 155 k.p.a. nie wiąże polskiego organu antymonopolowego¹⁸. Przepisy uokik nie wyłączają zarazem możliwości wszczęcia postępowania nadzwyczajnego z urzędu. Prezes UOKiK może – na podstawie niewiążącego go wniosku przedsiębiorcy – zdecydować się na zmianę zgody warunkowej na podstawie art. 155 § 1 k.p.a. Publicznie dostępne informacje wskazują, że pomimo braku obowiązku wszczęcia postępowania w sprawie zmiany decyzji, organ

¹⁸ Wyr. Sądu Antymonopolowego z 25.06.2001 r., XVII Ama 31/01 (LEX nr 56233).

antymonopolowy dokonuje oceny zasadności takich wniosków. Sytuacja taka miała miejsce, co najmniej w odniesieniu do decyzji zakazującej dokonania koncentracji (decyzja nr RLU-23/98 – *Holding Cement Polski/F.E.B. Faelbud.*)¹⁹ oraz zgody warunkowej (DOK-86/2007 – *Carrefour/Ahold*)²⁰. W pierwszym z tych przypadków wniosek złożony przez przedsiębiorcę spowodował zmianę decyzji zakazującej dokonania koncentracji i wydanie zgody warunkowej²¹. W drugim przypadku organ antymonopolowy nie zidentyfikował podstaw dla zmiany wcześniej wydanej zgody warunkowej²².

Dotychczasowa praktyka Prezesa UOKiK prowadzi do wniosku, że organ antymonopolowy dopuszcza możliwość zmiany decyzji warunkowej. Nie jest jednak jasne, w jakich okolicznościach oraz przy spełnieniu jakich przesłanek taka zmiana jest możliwa. W kontekście rosnącej liczby i złożoności warunków stosowanych przez Prezesa UOKiK w zgodach warunkowych, wyjaśnienie tej kwestii przez Prezesa UOKiK, należy uznać za jedno z najbardziej pilnych zagadnień, co do których organ antymonopolowy powinien zająć stanowisko. Należy zauważyć, że w okresie wykonywania warunków *może nastąpić wiele niespodziewanych wydarzeń, których nawet profesjonalści nie są w stanie przewidzieć* (Błachucki, 2012, s. 395). Możliwość zaistnienia takich sytuacji oraz możliwość zastąpienia warunków innymi, bez powstania konsekwencji w zakresie konkurencji na rynku uzasadnia wyjaśnienie przedsiębiorcom, w jakich okolicznościach mogą oni oczekiwać zmiany nałożonych na nich decyzją obowiązków. Wartości, jakie niesie ze sobą dla interesu publicznego (ochrony konkurencji) wykonanie warunków przez przedsiębiorców, są bowiem o wiele większe aniżeli trwałość decyzji organu administracji.

3. Kryteria akceptacji nabywcy aktywów zbywanych w ramach wykonania warunku

Najczęściej stosowane dotychczas w praktyce Prezesa UOKiK warunki, od których realizacji organ uzależniał wydanie zgody na dokonanie transakcji to warunki strukturalne, polegające na zbyciu określonych aktywów. Od wydania decyzji w sprawie *Agros Nova/Kotlin*²³, decyzje warunkowe przewidujące tak sformułowany warunek, nakładają na przedsiębiorcę zobowiązanie do jego wykonania dodatkowy obowiązek w postaci uzyskania uprzedniej akceptacji nabywcy przez Prezesa UOKiK. W kontekście akceptacji nabywcy kluczowym zagadnieniem są kryteria jego oceny stosowane przez Prezesa UOKiK. Kryteria te określają, jakie przesłanki powinien spełniać nabywca, aby pozytywnie przejść przez proces weryfikacji dokonywany przez Prezesa UOKiK, a tym samym, aby wykonanie warunku nastąpiło zgodnie z treścią wydanej decyzji.

Jak wynika z dotychczasowych zgód warunkowych, kryteria stosowane przez Prezesa UOKiK przy ocenie nabywcy aktywów to: 1) brak przynależności do grupy kapitałowej przedsiębiorcy zobowiązanie do wykonania warunku; 2) posiadanie niezbędnego doświadczenia lub środków finansowych, z których wynikać będzie gwarancja kontynuowania dotychczasowej działalności nabywanych aktywów²⁴. W najnowszych decyzjach Prezesa UOKiK znalazło się również takie kryterium, jak „praktyczna wiedza specjalistyczna” w obszarze działalności prowadzonej poprzez

¹⁹ Dec. Prezesa UOKiK z 14.08.1998 r. nr RLU-23/98 – *Holding Cement Polski/F.E.B. Faelbud.*

²⁰ Zob. uzasadnienie do dec. Prezesa UOKiK z 28.08.2009 r. nr DKK-58/2009 – *Carrefour* nakładającej karę pieniężną na Carrefour za niewykonanie warunku nałożonego dec. Prezesa UOKiK z 28.06.2007 r. nr DOK-86/2007 – *Carrefour/Ahold.*

²¹ Dec. Prezesa UOKiK z 5.02.2003 r. nr RLU4/03 – *Holding Cement Polski/F.E.B. Faelbud.*

²² Zob. uzasadnienie dec. Prezesa UOKiK z 28.08.2009 r. nr DKK-58/2009 – *Carrefour.*

²³ Dec. Prezesa UOKiK z 25.02.2009 r. nr DKK-9/09 – *Agros Nova/Kotlin.*

²⁴ Zob. np. dec. Prezesa UOKiK z 21.01.2014 r. nr DKK-4/2014 – *Auchan/real*; dec. Prezesa UOKiK z 6.02.2014 r. nr DKK-11/2014 – *Henkel/PZ Cussons.*

aktywa objęte obowiązkiem zbycia. Sposób formułowania kryteriów, jakie powinien spełniać nabywca mienia został poddany w piśmiennictwie krytyce, gdzie zawarto jednocześnie postulat „większej precyzji językowej treści decyzji, tak aby prawidłowo oddawały one rolę, jaką ma pełnić inwestor i oczekiwania wobec niego” (Skoczny, 2014, s. 698). Z przywołanym stanowiskiem należy się w pełni zgodzić, przy czym należy go rozszerzyć o postulat wyjaśnienia przez Prezesa UOKiK, w jaki sposób organ interpretuje kryteria dotyczące nabywcy stosowane w zgodach warunkowych, w szczególności zaś jakie okoliczności w ocenie Prezesa UOKiK świadczą o tym, że kryteria te są spełnione. Potrzeba dokładnego wyjaśnienia powyższej kwestii jest natomiast kluczowa dla przedsiębiorców poszukujących nabywców aktywów objętych warunkiem strukturalnym. Czas potrzebny na znalezienie takiego inwestora jest bowiem zazwyczaj krótki, a niezaakceptowanie nabywcy przez Prezesa UOKiK stwarza ryzyko niewykonania warunku w terminie określonym w decyzji. Wiedza o tym, jakie konkretnie przesłanki ma spełniać nabywca aktywów objętych warunkiem, w tym jak należy interpretować dawanie „gwarancji” kontynuowania działalności prowadzonej przy wykorzystaniu mienia zbywanego w wykonaniu decyzji w znaczący sposób ułatwiłaby proces wykonywania warunków strukturalnych przez adresatów zgód warunkowych.

Z zagadnieniem kryteriów stosowanych na potrzeby weryfikacji nabywców aktywów nierozdzielnie związana jest również kwestia informacji i dokumentów, na podstawie których Prezes UOKiK dokonuje oceny tych podmiotów. W żadnym z dotychczas wydanych rozstrzygnięć zawierających warunki strukturalne Prezes UOKiK nie sprecyzował jakiego rodzaju dokumentację powinien przedstawić przedsiębiorca w procesie akceptacji nabywcy²⁵. Kwestia ta nie została również w żaden sposób uregulowana w uokik (Skoczny i Kolasiński, 2014, s. 698). W orzecznictwie zauważono nawet, że decyzje Prezesa UOKiK nie zobowiązywały przedsiębiorców do przedstawienia żadnych konkretnych informacji dotyczących inwestora, w tym jego sprawozdań finansowych ani tym bardziej analiz finansowych²⁶. Zagadnienie to ma natomiast istotne znaczenie, ponieważ dokumentacja, na podstawie której prowadzone są ocena i akceptacja nabywcy, może mieć decydujący wpływ na prawidłowości oceny podejmowanej przez organ antymonopolowy. Należy też uznać, że przedsiębiorca zobowiązany do poddania potencjalnego nabywcy akceptacji Prezesa UOKiK powinien posiadać wszystkie potrzebne informacje, które potrzebne są do prawidłowego wykonania warunku. Bez wątplenia, zakres danych oraz dokumentów, jakich Prezes UOKiK oczekuje dla celów weryfikacji nabywcy aktywów należy do tego rodzaju informacji. Zasadne jest tym samym oczekiwanie, aby kwestia ta została szczegółowo wyjaśniona w wytycznych dotyczących zgód warunkowych.

V. Podsumowanie

Przepisy prawa, w tym regulacje dotyczące kontroli koncentracji niejednokrotnie posługują się pojęciami i językiem, które nie są w pełni klarowne i z uwagi na konieczność utrzymania ich możliwie ogólnego charakteru oraz ograniczania ich objętości nie mogą precyzować wielu istotnych kwestii. W przypadkach, gdy normy te nie są jednocześnie poddawane wykładni dokonywanej

²⁵ Zob. dec. Prezesa UOKiK z 25.02.2009 r. nr DKK-9/09 – *Agros Nova/Kotlin*; dec. Prezesa UOKiK z 5.09.2011 r. nr DKK-101/11 – *UPC/Aster*; dec. Prezesa UOKiK z 27.10.2011 r. nr DKK-128/2011 – *Eurocash/Tradis i inni*; dec. Prezesa UOKiK z 26.03.2012 r. nr DKK-23/2012 – *Polpharma/Polfa*; dec. Prezesa UOKiK z 24.10.2013 r. nr DKK-135/2013 – *Polskapresse/Media Regionalne*; dec. Prezesa UOKiK z 31.03.2014 r. nr DKK-40/2014 – *Neuca/ACP Pharma*; dec. Prezesa UOKiK z 21.01.2014 r. nr DKK-4/2014 – *Auchan/real*; dec. Prezesa UOKiK z 6.02.2014 r. nr DKK-11/2014 – *Henkel/PZ Cussons*.

²⁶ Wyr. SOKiK z 14.04.2014 r., XVII AmA 2/13 (LEX nr 1898400).

przez sądy, stają się one dla ich adresatów niezrozumiałe, co może prowadzić do niekorzystania z praw wynikających z tych przepisów oraz pomijania zawartych w nich obowiązków organu. Sposobem na niedostatki regulacji ustawowych w zakresie prawa konkurencji są wyjaśnienia wydawane przez organy antymonopolowe. Dokumenty te mają istotny charakter edukacyjny, informacyjny oraz zawierają interpretację niejasnych przepisów dokonywaną przez organy właściwe do ich stosowania. W ten sposób wyjaśnienia opracowywane przez organy antymonopolowe pomagają przedsiębiorcom w toku prowadzonych postępowań, czyniąc je bardziej przejrzystymi. Wyjaśnienia zmniejszają także poziom niepewności po stronie przedsiębiorców, co do możliwych działań, jakie zostaną podjęte przez organ antymonopolowy.

Wydanie zgody warunkowej w sprawie koncentracji powoduje, że przedsiębiorca zobowiązany jest do zmodyfikowania swoich pierwotnych planów transakcyjnych w sposób, który zapewni wyeliminowanie wynikających z łączenia zagrożeń dla konkurencji. Jakkolwiek jest to rozstrzygnięcie uzasadnione z punktu widzenia konieczności ochrony interesu publicznego, to z perspektywy przedsiębiorcy zgoda warunkowa jest instrumentem silnie ingerującym w swobodę prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. W tym kontekście za w pełni uzasadniony należy uznać postulat, aby tego typu ingerencja następowała w ramach transparentnego dla przedsiębiorców procesu.

Specyficzny charakter procesu poprzedzającego wydanie zgód warunkowych wynikający z quasi-negocyjnego trybu dochodzenia do tych rozstrzygnięć powoduje, że przepisy oraz praktyka stosowania tej instytucji przez Prezesa UOKiK tworzą wiele zagadnień, które wykraczają poza zakres regulacji ustawowych i nie zostały, jak dotychczas, wyjaśnione w orzecznictwie. Zagadnienia te mają zarazem kluczowe znaczenie dla przedsiębiorców będących stronami postępowań w sprawach dotyczących kontroli koncentracji, ponieważ wpływają na efektywność korzystania przez nich z prawa do uzyskania zgody warunkowej. Uważam, że konieczność zapewnienia przedsiębiorcom możliwości realizowania tych uprawnień, uzasadnia potrzebę wyjaśnienia przez Prezesa UOKiK przepisów dotyczących zgód warunkowych oraz sposobu ich stosowania przez organ antymonopolowy. Brak takich wytycznych powoduje bowiem niepełne wykorzystanie możliwości, jakie daje instytucja zgody warunkowej w procesie oceny koncentracji dokonywanych przez przedsiębiorców.

Bibliografia

- Błachucki, M. (2012). *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców*, Warszawa: UOKiK.
- Błachucki, M. (2014). Urzędowe wyjaśnienia przepisów prawa wydawane przez organy administracji publicznej. W: M. Błachucki, T. Górzyńska (red.), *Źródła prawa administracyjnego a ochrona wolności i praw obywateli*. Warszawa: Naczelny Sąd Administracyjny.
- Błachucki, M. (2015). *Wytyczne w sprawie nakładania administracyjnych kar pieniężnych (na przykładzie wytycznych wydawanych przez Prezesa UOKiK)*, Warszawa: Wydawnictwo RPO.
- Davies, S. i Lyons, B. (2007). *Mergers and Merger Remedies in UE: Assessing the Consequences for Competition*. Cheltenham-Northampton: Edward Elgar Publishing.
- Drauz, G. (1997). Remedies Under the Merger Regulation. W: B.E. Hawk (red.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy*. Huntington, NY: Juris Publishing.
- Dudzik, S. (2015). Kontrola koncentracji w świetle ostatnich zmian ustawowych. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 2(4).

- Korycińska, P. (2015). Regulacja prawna zgody warunkowej na dokonanie koncentracji po nowelizacji. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 4(4).
- Król-Bogomińska, M. (2009). Kierunki najnowszych zmian polskiego prawa antymonopolowego. *Europejski Przegląd Sądowy*, 6.
- Langenfeld, J.A. (1996). Merger Guidelines As Applied. W: M.B. Coate, A.N. Kleit (red.), *The Economics of the Antitrust Process*. Boston–Dordrecht–London: Kluwer Academic Publishers.
- Różewicz-Ładoń, K. (2011). *Postępowanie przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w zakresie przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Skoczny, T. (2012). *Zgody szczególne w prawie kontroli koncentracji*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW.
- Skoczny, T. (red.). (2014). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Skoczny, T. (2015). *Negocjacyjne stosowanie prawa ochrony konkurencji – rzeczywistość, istota, problemy*. Warszawa: Wydział Zarządzania UW.
- Skoczny, T. i Kolasiński, M. (2014). W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Skoczny, T. i Modzelewska de Raad, M. (2014). W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Turno, B. (2013). *Leniency program łagodzenia kar pieniężnych w polskim prawie ochrony konkurencji*. Warszawa: LEX a Wolters Kluwer business.
- Wolski, D. (2012). Wybrane zagadnienia z zakresu wydawania i realizacji decyzji udzielających warunkowej zgody na dokonanie koncentracji przedsiębiorców. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 2(1).