

Kontrola koncentracji w świetle ostatnich zmian ustawowych

Spis treści

- I. Cele nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji w odniesieniu do kontroli koncentracji
- II. Najważniejsze zmiany dotyczące kontroli koncentracji
- III. „Postępowanie dwufazowe”
- IV. Zastrzeżenia wobec koncentracji
- V. Przedstawienie warunków
- VI. Uwagi końcowe

Streszczenie

Artykuł zawiera krytyczną analizę najnowszych zmian ustawowych w polskiej procedurze kontroli koncentracji przedsiębiorców. Autor wykazuje, że ostatnia nowelizacja ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie wprowadza w istocie dwuetapowego postępowania w sprawach kontroli koncentracji (na wzór postępowania przed Komisją Europejską oraz postępowania w wielu innych państwach członkowskich UE). Krytycznie ocenia również nowowprowadzoną instytucję zastrzeżeń wobec koncentracji, w tym to, że nie zapewnia ona należytej ochrony uprawnień procesowych zainteresowanych podmiotów. Zdaniem autora, dalszych zmian wymaga także procedura przedstawienia warunków umożliwiających zaakceptowanie koncentracji przez Prezesa UOKiK. W konkluzji autor wskazuje 5 najważniejszych obszarów z zakresu kontroli koncentracji, które wymagają pilnych zmian legislacyjnych. Należą do nich: (i) sprawy samego zakresu kontroli koncentracji (w tym wyłączenie *non-full function joint ventures*), (ii) współpraca z Komisją Europejską w ramach odesłań, (iii) ochrona uprawnień procesowych podmiotów uczestniczących w koncentracji oraz zainteresowanych osób trzecich, (iv) proces decyzyjny w ramach organu antymonopolowego (w tym wprowadzenie elementów kolegalności w podejmowaniu decyzji koncentracyjnych), a także (v) kwestie dot. nadzwyczajnej zgody sanującej z art. 20 ust. 2 Ustawy.

Słowa kluczowe: kontrola koncentracji; postępowanie przed Prezesem UOKiK; zastrzeżenia wobec koncentracji; decyzja warunkowa.

* Prof. dr hab. Sławomir Dudzik – Katedra Prawa Europejskiego, Uniwersytet Jagielloński; Kancelaria SPCG, Kraków; e-mail: s.dudzik@spcg.pl

I. Cele nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji w odniesieniu do kontroli koncentracji

Od początku prac nad ostatnią nowelizacją ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów¹ szczególnie silnie akcentowanym celem nowo projektowanych przepisów w obszarze kontroli koncentracji (prócz ogólnego dla całej nowelizacji celu w postaci podniesienia skuteczności istniejących regulacji) było uproszczenie i skrócenie procedur², co miałyby stanowić odpowiedź na liczne postulaty środowisk biznesowych w tym zakresie. Zarówno w założeniach przyszłej regulacji, jak i w uzasadnieniu projektu rządowego samej ustawy nowelizującej wskazywano także na konieczność eliminacji wątpliwości interpretacyjnych, które powstały w toku stosowania dotychczas obowiązujących przepisów. Wzorem dla projektowanych zmian miały stać się przy tym rozwiązania przyjęte w prawie Unii Europejskiej (a więc przede wszystkim w rozporządzeniu nr 139/2004³) oraz w innych państwach członkowskich UE.

II. Najważniejsze zmiany dotyczące kontroli koncentracji

Do najważniejszych zmian objętych nowelą z dnia 10 czerwca 2014 r.⁴ w odniesieniu do kontroli koncentracji zaliczyć należy wprowadzenie tzw. dwufazowego (dwuetapowego) postępowania kontrolnego, uzupełnienie regulacji dotyczącej nakładania warunków, a także wprowadzenie nowych wyłączeń spod obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji oraz uszczegółowienie przepisów dotyczących obliczania obrotu w związku z programami obrotów zawartymi w art. 13 i art. 14 uokik. W ramach tych ostatnich zmian, od dnia wejścia w życie nowelizacji (tj. od dnia 18 stycznia 2015 r.), zgłoszeniu do Prezesa UOKiK nie podlegają już połączenia dwóch lub więcej samodzielnych przedsiębiorców⁵ oraz utworzenie wspólnego przedsiębiorcy⁶, jeżeli obrót żadnego z łączących się lub tworzących joint venture przedsiębiorców nie przekroczył na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w żadnym z dwóch lat obrotowych poprzedzających zgłoszenie równowartości 10 000 000 euro⁷. Nieprzekroczenie analogicznie zdefiniowanego progu 10 000 000 euro decyduje również o zwolnieniu z obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji polegającej na przejściu kontroli nad przedsiębiorcą lub przedsiębiorcami należącymi do jednej grupy kapitałowej oraz jednocześnie nabyciu części mienia przedsiębiorcy lub przedsiębiorców należących do tej grupy⁸. Zmiany te są spójne z wcześniej już istniejącymi wyłączeniami zakładającymi, że tzw. koncentracje bagatelne z uwagi na niskie ryzyko wywołania niekorzystnych zmian dla konkurencji na rynku powinny zostać wyłączone spod kontroli organu antymonopolowego. Wprowadzając nowe wyłączenia, ustawodawca dostrzegł, jak się wydaje, że z tego punktu widzenia sama forma koncentracji nie ma co

¹ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, Dz.U. z 2007 r., Nr 50, poz. 331 z późn. zm. (dalej: ustawa, uokik lub ustawa antymonopolowa).

² Zob. UOKiK, *Polityka konkurencji na lata 2011–2013*, Warszawa 2011, s. 32–33, a także: Projekt założeń projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 19 października 2012 r. Pobrano z: <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//1/43452/43484/43485/dokument52231.pdf>; oraz Projekt ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, Sejm RP VII kadencji, druk nr 1703. Pobrano z: <http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/9F27C3A04DCCA6E8C1257BE3003730DF/%24File/1703.pdf>.

³ Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (rozporządzenie WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw), Dz. Urz. UE z 2004 r., L 24/01.

⁴ Ustawa z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. z 2014 r., poz. 945 (dalej: nowela lub ustawa nowelizująca).

⁵ Art. 13 ust. 2 pkt 1 uokik.

⁶ Art. 13 ust. Pkt 3 uokik.

⁷ Art. 14 pkt 1a) uokik.

⁸ Art. 14 pkt 1b) uokik.

do zasady większego znaczenia. Dopuścić zatem należy bez konieczności odrębnego badania zarówno bagatelne koncentracje polegające na przejściu kontroli (takie wyłącznie obowiązywało już wcześniej), jak i takie, które następują poprzez połączenie przedsiębiorstw lub utworzenie wspólnego przedsiębiorcy.

Kontrowersji nie wywołują także zmiany przepisów uokik dotyczące obliczania obrotu przedsiębiorstw uczestniczących w koncentracji. Przypomnijmy, że dopiero przekroczenie progów takich obrotów określonych w art. 13 ust. 1 uokik aktualizuje co do zasady obowiązek notyfikacji zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK. Obecnie na potrzeby obliczania obrotu w przypadku przejścia kontroli lub nabycia części mienia innego przedsiębiorcy nie będzie już uwzględniany obrót grupy kapitałowej, do której należy zbywca⁹. Ta ostatnia wielkość nie ma bowiem znaczenia dla ustalenia wpływu planowanej koncentracji na konkurencję na rynku. Rozwiązanie to nawiązuje przy tym wyraźnie do analogicznych rozwiązań obowiązujących w prawie Unii Europejskiej¹⁰. Jak zauważa bowiem Komisja, „Ewentualny wpływ transakcji na rynek zależeć będzie wyłącznie od połączenia ekonomicznych i finansowych zasobów stanowiących przedmiot transakcji z zasobami nabywcy, a nie od pozostałej części przedsiębiorstwa zbywcy”.¹¹ W celu stworzenia możliwości realnej oceny siły ekonomicznej przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji¹² w nowelizacji doprecyzowano także zasady obliczania obrotu w odniesieniu do przedsiębiorców sprawujących wspólną kontrolę lub podlegających wspólnej kontroli¹³. Uszczelniono również luki, które dotychczas umożliwiały obchodzenie obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji poprzez dokonywanie wielu transakcji, z których każda nie przekraczała progów bagatelności. Aktualnie tego rodzaju transakcje dokonywane jednocześnie lub w okresie nie dłuższym niż 2 lata będą traktowane jako jedna transakcja wieloetapowa, a obroty przejmowanych sukcesywnie przedsiębiorców lub obroty realizowane przez sukcesywnie nabywane części mienia będą podlegać zsumowaniu¹⁴. Warto zauważyć, że w prawie UE analogiczną regułą statuuje art. 5 ust. 2 akapit drugi rozporządzenia nr 139/2004, zgodnie z którym „[...] dwie transakcje lub więcej, w rozumieniu akapitu pierwszego, które mają miejsce na przestrzeni dwóch lat między tymi samymi osobami lub przedsiębiorstwami, traktowane są jako jedna i ta sama koncentracja zachodząca w dniu zawarcia ostatniej transakcji”. Wątpliwości może budzić jednak czy nowo wprowadzone przepisy art. 16 ust. 5 uokik odnoszą się także do tzw. transakcji uzupełniających, a więc dokonywanych już po uzyskaniu zgody Prezesa UOKiK na koncentrację główną¹⁵. Problem dotyczy tych transakcji uzupełniających, które traktowane oddzielnie nie podlegałyby zgłoszeniu z uwagi na nieprzekroczenie progów bagatelności, traktowane jednak łącznie z zaakceptowaną już wcześniej koncentracją główną skutkowałyby obowiązkiem ich zgłoszenia i uzyskania odrębnej zgody organu antymonopolowego. Mając na uwadze, że tego rodzaju transakcje uzupełniające dokonane w okresie 2 lat od koncentracji głównej mogą potencjalnie mieć wpływ na ocenę skutków rynkowych zaistniałych zmian strukturalnych, zasadnym wydaje się zastosowanie także do nich reguł zawartych w art. 16 ust. 5 uokik.

⁹ Zob. art. 16 ust. 2 uokik.

¹⁰ Por. art. 5 ust. 2 akapit pierwszy rozporządzenia nr 139/2004.

¹¹ Pkt 136 skonsolidowanego obwieszczenia Komisji dotyczącego kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (2008/C 95/01), Dz. Urz. UE z 2008 r., C 95/1.

¹² Zob. uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, jw.

¹³ Zob. art. 16 ust. 3 i ust. 4 zdanie drugie uokik.

¹⁴ Zob. art. 16 ust. 5 uokik.

¹⁵ Por. pkt 137 skonsolidowanego obwieszczenia Komisji dotyczącego kwestii jurysdykcyjnych ..., jw.

III. „Postępowanie dwufazowe”

Najistotniejsze zawarte w nowelizacji zmiany dotyczące kontroli koncentracji związane są jednak z wprowadzeniem tzw. postępowania dwufazowego. Uprzednio obowiązywał jednolity dwumiesięczny termin, w którym postępowanie antymonopolowe w sprawach koncentracji powinno się zakończyć¹⁶. Nowelizacja wprowadza w to miejsce dwa terminy: miesięczny oraz czteromiesięczny. Postępowanie w sprawach koncentracji powinno zatem co do zasady zakończyć się w terminie miesiąca od dnia jego wszczęcia¹⁷. Z uzasadnienia projektu ustawy nowelizującej wynika przy tym, że termin miesięczny dotyczyłby „spraw niebudzących większych wątpliwości, które stanowią obecnie co najmniej 80% spraw z zakresu koncentracji rozpatrywanych przez Prezesa UOKiK”. Termin ten w szczególnych określonych w ustawie przypadkach może jednak zostać przedłużony o dalsze 4 miesiące¹⁸. Tego rodzaju przedłużenie terminu jest możliwe w sytuacji, gdy zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

- sprawa jest szczególnie skomplikowana,
- z dostępnych Prezesowi UOKiK informacji wynika, że istnieje uzasadnione prawdopodobieństwo istotnego ograniczenia konkurencji na rynku w wyniku dokonania koncentracji lub
- sprawa wymaga przeprowadzenia badania rynku.

Sposób sformułowania w ustawie ww. przesłanek, w tym użyty tam spójnik „lub” wskazuje, że wystarczającym jest zaistnienie jednej tylko z wymienionych wyżej okoliczności, by możliwe było przedłużenie postępowania¹⁹. Brak jest przy tym dostatecznych podstaw do formułowania tezy, że dopiero łączne zaistnienie przesłanek pierwszej i drugiej umożliwia przedłużenie terminu (obok występującej niezależnie przesłanki trzeciej związanej z koniecznością przeprowadzenia badania rynku)²⁰.

Przedłużenie terminu zakończenia postępowania w sprawie kontroli koncentracji o kolejne 4 miesiące wymaga wydania przez Prezesa UOKiK postanowienia. Choć na postanowienie to nie przysługuje zażalenie do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (SOKiK), to konieczne jest jednak jego uzasadnienie przez organ.

Przewidziane nowelizacją skrócenie (do jednego miesiąca) terminu do wydania decyzji w sprawach nieskomplikowanych może jednak nie mieć większego znaczenia dla ochrony interesów zainteresowanych przedsiębiorców. Tym samym towarzyszące nowelizacji zapowiedzi o przyspieszeniu postępowań koncentracyjnych oraz zredukowaniu czasu oczekiwania na decyzję Prezesa UOKiK²¹ mogą nie zostać zrealizowane. Uzasadnieniem tych obaw może być fakt, że także uprzednio obowiązujące przepisy umożliwiały Prezesowi UOKiK szybsze załatwienie większości prostych spraw (termin dwumiesięczny był tylko terminem maksymalnym)²², dotychczasowa praktyka działania organu (przynajmniej w świetle najnowszych dostępnych danych) nie napawa jednak optymizmem. Średni czas postępowania w sprawach kontroli koncentracji wyniósł

¹⁶ Zob. art. 96 ust. 1 uokik w wersji obowiązującej przed 18 stycznia 2015 r. Pamiętać należy, iż bezskuteczny upływ terminów przewidzianych dla postępowaniu w sprawach koncentracji niesie ze sobą istotne skutki materialnoprawne i skutkuje dopuszczalnością koncentracji ex lege (por. art. 97 ust. 1 uokik).

¹⁷ Art. 96 ust. 1 uokik.

¹⁸ Art. 96a ust. 1 uokik.

¹⁹ Stanowisko takie przyjmuje również K. Kohutek. Zob. K. Kohutek, *Komentarz do art.96(a) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Lex 2014, wersja elektron., pkt 2.

²⁰ Przeciwnie stanowisko zdają się zajmować T. Skoczny i M. Modzelewska de Raad. Zob. T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 1172.

²¹ Por. uzasadnienie projektu.

²² D. Wolski, *Uwagi dotyczące wybranych instytucji w projekcie nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, iKAR 2013, nr 7(2), s. 17–18.

bowiem w 2013 r. 58 dni²³. Pamiętać również należy, że termin miesięczny może być w praktyce „przesunięty”, a to na skutek wystąpienia przez Prezesa UOKiK z żądaniem usunięcia braków lub uzupełnienia informacji w zgłoszeniu²⁴. Okresu oczekiwania na zadośćuczynienie tego rodzaju żądaniom nie wlicza się do miesięcznego terminu, w którym postępowanie w sprawie koncentracji powinno zostać zakończone²⁵. W praktyce to organ decyduje przy tym, co jest „brakiem” lub wymaga uzupełnienia, a zatem relatywnie łatwo może odsuwać w czasie moment, w którym wydanie decyzji jest absolutnie konieczne²⁶.

Warto również zauważyć, że wydłużenie czasu trwania postępowania o kolejne 4 miesiące (przejście do tzw. drugiej fazy) zależy również w dużej mierze od interpretacji przez Prezesa UOKiK takich pojęć nieostrych zawartych w art. 96a ust. 1 uokik, jak: sprawa szczególnie skomplikowana, uzasadnione prawdopodobieństwo, sprawa wymagająca przeprowadzenia badania rynku. Prawdopodobieństwo tej interpretacji wymyka się kontroli sądowej w zwykłym trybie, albowiem na postanowienie o przedłużeniu terminu, jak już wcześniej wskazano, nie przysługuje zażalenie. Oczywiście, istnieje możliwość kontroli legalności takiego postanowienia w ewentualnym postępowaniu z odwołania na decyzję Prezesa UOKiK kończącą postępowanie w danej sprawie²⁷. Naruszenie prawa przy jego wydaniu może bowiem oznaczać, że przedłużenie terminu było nieskuteczne, a tym samym prowadzone postępowanie stało się bezprzedmiotowe (upłynął bowiem termin, w którym powinna zostać zaktualizowana kompetencja Prezesa UOKiK do oceny danej koncentracji)²⁸. Odwołania od decyzji Prezesa UOKiK dotyczących kontroli koncentracji są jednak absolutnym wyjątkiem, a sama możliwość ich wniesienia jest konieczną, choć dalece niewystarczającą gwarancją ochrony uprawnień proceduralnych stron w tego rodzaju sprawach.

Wprowadzając skrócony do jednego miesiąca termin rozstrzygnięcia w sprawie nieskomplikowanych koncentracji, ustawodawca nie zadbał o „obudowanie” go znanymi chociażby z prawa UE instytucjami sprzyjającymi skróceniu czasu trwania postępowań koncentracyjnych. Brak jest w szczególności wyraźnych zachęt do bardziej rozbudowanych kontaktów prenotyfikacyjnych (poprzedzających formalne zgłoszenie zamiaru koncentracji)²⁹, na wzór Best Practices Komisji (a dokładniej, DG Competition) z 2004 r.³⁰. W tym ostatnim dokumencie uznaje się np., że kontakty prenotyfikacyjne między Komisją a podmiotami zgłaszającymi są użyteczne nawet w sprawach, które wydają się nieproblemатyczne. Dlatego też DG Competition zapewnia, że zawsze stworzy zainteresowanym podmiotom, o ile tylko złożą stosowny wniosek, możliwość nieformalnej i poufnej

²³ Zob. UOKiK, Sprawozdanie z działalności 2013, Warszawa 2014, s. 17.

²⁴ Art. 95 ust. 1 pkt 3 uokik.

²⁵ Art. 96 ust. 2 uokik.

²⁶ Wezwanie do usunięcia braków lub uzupełnienia informacji może zostać wystosowane przez Prezesa UOKiK również w ramach tzw. drugiej fazy postępowania (zob. art. 96a ust. 8 pkt 1 uokik). T. Skoczny i D. Aziewicz trafnie przy tym przyjmują, że „Stosowanie tej instytucji w drugiej fazie postępowania winno być absolutnie wyjątkowe”. (T. Skoczny, D. Aziewicz [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie...*, s. 1165.

²⁷ Podstawą może tu być (stosowane choćby w drodze analogii) art. 142 kpa, zgodnie z którym „Postanowienia, na które nie służy zażalenie, strona może zaskarżyć tylko w odwołaniu od decyzji”.

²⁸ Por. art. 105 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego.

²⁹ W literaturze krytycznie oceniano brak w polskim prawie regulacji roboczych kontaktów między UOKiK a przedsiębiorcą w fazie poprzedzającej formalne zgłoszenie (zob. np. T. Skoczny, *Polskie prawo kontroli koncentracji – ewolucja, model, wybrane problemy*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2010, nr 5, s. 21; S. Syp, *Postulowane zmiany w prawie kontroli koncentracji – uwagi na tle propozycji Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, iKAR 2012, nr 2(1), s. 21) oraz postulowano wprowadzenie do ustawy ramowego przepisu, który miałby m.in. gwarantować całkowitą poufność fazy prenotyfikacyjnej oraz wydanie stosownych wytycznych (M. Błachucki, *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców*, UOKiK, Warszawa 2011, s. 175).

³⁰ DG Competition Best Practices on the conduct of EC merger proceedings z 20 stycznia 2004 r. Dokument dostępny na stronie: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/proceedings.pdf>.

dyskusji w sprawie planowanej koncentracji na etapie poprzedzającym formalne zgłoszenie³¹. Celem tego rodzaju kontaktów prenotyfikacyjnych mogą być zarówno kwestie jurysdykcyjne (właściwość Komisji do kontroli danej koncentracji), jak i inne kwestie prawne. Chodzi także o zapewnienie kompletności składanego w przyszłości zgłoszenia, tak by uniknąć tak dalece, jak to tylko możliwe konieczności wzywania o jego uzupełnienie już w trakcie trwania postępowania w sprawie kontroli koncentracji³². Pewne nadzieje na zmianę istniejącego stanu przynoszą przyjęte przez Prezesa UOKiK w dniu 23 stycznia 2015 r. „Wyjaśnienia w sprawie kontaktów z przedsiębiorcami w związku z kompetencjami orzeczniczymi Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów”³³. Dokument ten wskazuje jako obowiązujący w UOKiK standard „aby tam, gdzie jest to uzasadnione, a nie ma ku temu przeszkód prawnych lub faktycznych, wynikających z charakteru podejmowanych działań lub prowadzonego postępowania, przedsiębiorca mógł być wysłuchany i przedstawić swoje racje w sposób względnie odformalizowany, poza trybem przewidzianym w przepisach prawa procesowego w bezpośrednim kontakcie z pracownikiem Urzędu”. Kontakty te będą mogły dotyczyć m.in. postępowań w sprawie kontroli koncentracji. Potwierdzają to również przyjęte 23 stycznia 2015 r. przez organ antymonopolowy „Wyjaśnienia w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK”³⁴. Ten ostatni dokument zdaje się jednak nieco inaczej rozkładać akcenty, podkreślając z jednej strony obowiązywanie w postępowaniach przed Prezesem UOKiK zasady pisemności, z drugiej zaś – wskazując, że możliwość zorganizowania spotkania z urzędnikami UOKiK (także przed zgłoszeniem zamiaru koncentracji) jedynie w tych sytuacjach, które wymagają „wyjaśnienia szczególnie skomplikowanych kwestii”³⁵.

Przyspieszeniu postępowania mogłoby sprzyjać również wprowadzenie dla niektórych koncentracji skróconego formularza zgłoszenia (WID). Formularz taki jest przewidziany w prawie UE i dotyczy określonych tam koncentracji, które „przypuszczalnie nie spowodują problemów w zakresie konkurencji”³⁶. Niestety, przyjmując nowe rozporządzenie w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji Rada Ministrów nie zdecydowała się na taki krok, tak iż obecnie (podobnie, jak to było przed nowelizacją), mamy do czynienia z jednolitym we wszystkich sprawach wykazem informacji i dokumentów, które powinno zawierać zgłoszenie zamiaru koncentracji³⁷. Dla porządku dodać przy tym należy, że rozporządzenie w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji przedsiębiorców dopuszcza w pewnych ściśle określonych przypadkach możliwość ograniczenia za zgodą Prezesa UOKiK zakresu przedkładanych informacji lub dokumentów, są to jednak zasadniczo sytuacje nadzwyczajne³⁸.

Polska regulacja kontroli koncentracji nie zna także funkcjonującej w porządku unijnym uproszczonej procedury rozpatrywania niektórych koncentracji. Procedura uproszczona, której zasady działania określa zawiadomienie Komisji w sprawie uproszczonej procedury rozpatrywania

³¹ Zob. pkt 5 Best Practices.

³² Zob. pkt 6 i 7 Best Practices.

³³ Dokument jest dostępny pod adresem: http://www.uokik.gov.pl/wyjasnienia_i_wytyczne.php.

³⁴ Dokument jest dostępny pod adresem: http://www.uokik.gov.pl/wyjasnienia_i_wytyczne.php.

³⁵ Zob. pkt 3.2. Wyjaśnień.

³⁶ Zob. pkt 1.1. Załącznika II („Skrócony formularz co do zgłoszenia koncentracji na podstawie rozporządzenia (WE) nr 139/2004”) do rozporządzenia Komisji (WE) nr 802/2004 z dnia 7 kwietnia 2004 r. w sprawie wykonania rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. WE z 2004 r. nr L 133/1 z późn.zm.).

³⁷ Zob. rozporządzenie rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2014 r. w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji przedsiębiorców, Dz.U. z 2005 r., poz. 80.

³⁸ Por. § 5 ust. 1 i § 6 ust. 1 rozporządzenia.

niektórych koncentracji na podstawie rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 (2013/C 366/04)³⁹, dotyczy tych koncentracji, które zwykle nie powodują problemów w zakresie konkurencji. Kończy się ona skróconą decyzją Komisji uznającą daną koncentrację za zgodną z zasadami rynku wewnętrznego, a to na podstawie art. 6 ust. 1 lit. b) rozporządzenia nr 139/2004. Decyzja taka jest przyjmowana w ciągu 25 dni roboczych od daty zgłoszenia, a zatem w terminie zbliżonych do miesięcznego terminu określonego w art. 96 ust. 1 uokik. Również w przypadku procedury uproszczonej Komisja zachęca generalnie strony do inicjowania kontaktów prenotyfikacyjnych. Doświadczenie Komisji wskazuje bowiem, że „sprawy zgłaszane do uproszczonej procedury mogą wiązać się ze skomplikowanymi problemami, na przykład wynikającymi z definicji rynku [...], które najlepiej jest rozwiązać przed zgłoszeniem”⁴⁰.

Najistotniejszą różnicą między dwufazowym postępowaniem w sprawach koncentracji przedsiębiorstw w prawie UE a analogicznym postępowaniem prowadzonym przez Prezesa UOKiK jest jednak brak zróżnicowania standardów oceny koncentracji w ramach, z jednej strony, zasadniczego terminu miesięcznego (łączonego z tzw. I fazą postępowania) oraz, z drugiej – terminu 4 miesięcy (łączonego z tzw. II fazą postępowania). W prawie UE do wydania decyzji pozytywnej w ramach I fazy postępowania wystarczy ustalenie, że koncentracja „nie wzbudza poważnych wątpliwości co do jej zgodności ze wspólnym rynkiem” (rynkiem wewnętrznym)⁴¹. Dopiero w ramach II fazy postępowania Komisja, chcąc zaakceptować daną transakcję, powinna jednoznacznie przesądzić, że „zgłaszana koncentracja spełnia kryterium ustanowione w art. 2 ust. 2, oraz, w przypadkach, o których mowa w art. 2 ust. 4, spełnia kryteria ustanowione w art. 81 ust. 3 Traktatu” (obecnie: art. 101 ust. 3 TFUE)⁴². Polska ustawa, zarówno przed ostatnią nowelizacją, jak i obecnie, przewiduje jednolity standard oceny, to jest konieczność ustalenia w przypadku każdej decyzji pozytywnej (także warunkowej), że w wyniku dokonania koncentracji „konkurencja na rynku nie zostanie istotnie ograniczona, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku”⁴³. Nie wystarczy zatem, by w fazie I usunięte zostały poważne wątpliwości co do wpływu danej koncentracji na rynek, konieczne jest szczegółowe badanie nawet tych zgłoszeń, które dotyczą koncentracji relatywnie nieskomplikowanych w świetle prawa konkurencji. Konsekwencją takiego stanu musi być oczywiście zwiększenie nakładu pracy organu antymonopolowego w ramach postępowań koncentracyjnych, a tym samym możliwe trudności w dochowaniu terminu miesięcznego.

Na marginesie powyższych rozważań warto zauważyć, że tym co również odróżnia II fazę postępowania przed Komisją od polskiego postępowania w sprawie koncentracji, którego termin zakończenia uległ przedłużeniu o 4 miesiące⁴⁴, jest brak w przypadku tego ostatniego możliwości szerszego „włączenia” się do postępowania innych zainteresowanych podmiotów (osób trzecich). Wydając decyzję na podstawie art. 6 ust. 1 lit. c) rozporządzenia nr 139/2004, Komisja równocześnie zaprasza zainteresowane strony trzecie do przedłożenia jej ewentualnych uwag o planowanej koncentracji⁴⁵. W przypadku postanowienia o przedłużeniu terminu wydawanego na podstawie

³⁹ Dz. Urz. UE z 2013 r., C 366/5.

⁴⁰ Pkt 22 zawiadomienia Komisji w sprawie uproszczonej procedury...

⁴¹ Zob. art. 6 ust. 1 lit. b) i ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004.

⁴² Zob. art. 8 ust. 1 i 2 rozporządzenia nr 139/2004.

⁴³ Zob. art. 18 i art. 19 ust. 1 uokik.

⁴⁴ Art. 96a ust. 1 uokik.

⁴⁵ Por. art. 18 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004.

art. 96a ust. 2 uokik tego rodzaju wezwań nie przewidziano. Rozważyć jednak można, by Prezes UOKiK zachęcał zainteresowane podmioty do przedłożenia uwag chociażby w publikowanych na stronie internetowej Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów informacjach o prowadzonych postępowaniach koncentracyjnych.

Podsumowując tę część rozważań, wskazać należy, że nowelizacja nie wprowadza w istocie dwuetapowego postępowania sprawach kontroli koncentracji (na wzór postępowania przed Komisją oraz postępowania w wielu innych państwach członkowskich UE), a jedynie wprowadza dwa terminy (miesięczny i pięciomiesięczny) załatwienia tego rodzaju spraw. Przedsiębiorcy nie uzyskali przy tym dostatecznych gwarancji faktycznego skrócenia okresu trwania postępowania koncentracyjnego w większości spraw do jednego miesiąca. Z nowelizacji wynika natomiast w sposób niebudzący wątpliwości możliwość relatywnie łatwego przedłużenia terminu załatwienia sprawy z dotychczasowych 2 miesięcy do (łącznie) 5 miesięcy.

IV. Zastrzeżenia wobec koncentracji

Z przedłużeniem terminu zakończenia postępowania w sprawach kontroli koncentracji ściśle łączy się również wprowadzona nowelizacją instytucja zastrzeżeń wobec koncentracji. Zastrzeżenia takie są przedstawiane przedsiębiorcy lub przedsiębiorcom uczestniczącym w koncentracji w sprawach, w których „istnieje uzasadnione prawdopodobieństwo istotnego ograniczenia konkurencji na rynku w wyniku dokonania koncentracji”⁴⁶. Adresaci zastrzeżeń mogą się do nich ustosunkować w terminie 14 dni od dnia ich doręczenia. Termin ten na uzasadniony wniosek przedsiębiorcy podlega przedłużeniu przez Prezesa UOKiK o nie więcej niż 14 dni⁴⁷.

Dokonując oceny wprowadzonych zmian ustawowych, należy przede wszystkim zauważyć, że wprowadzona nowelą z 10 czerwca 2014 r. instytucja zastrzeżeń nie jest całkowitą nowością. Uokik już w dotychczasowym brzmieniu zawierała (i nadal zawiera) art. 74, zgodnie z którym „Prezes Urzędu, wydając decyzję kończącą postępowanie, uwzględnia tylko zarzuty, co do których strony mogły się ustosunkować”. Chodzi tu zatem o wstępne ustalenia organu, których ostateczne potwierdzenie prowadzi do konieczności wydania decyzji mającej negatywny wpływ na interesy strony lub stron. Trafnie przy tym podnosi M. Bernatt, że pojęcie „zarzuty” z art. 74 uokik powinno być szeroko wykładane, w szczególności odnosić się także do postępowań w sprawie kontroli koncentracji (art. 74 uokik został umieszczony w ramach przepisów ogólnych właściwych dla wszystkich postępowań przed Prezesem UOKiK)⁴⁸. Tym samym zastrzeżenia z art. 96a ust. 3 uokik traktować należy jako szczególny rodzaj zarzutów, o których mowa w art. 74 uokik. Nie można więc tym samym zgodzić się z twierdzeniem T. Skocznygo i M. Modzelewskiej de Raad, jakoby „Wcześniej nie było w żadnej polskiej ustawie antymonopolowej instytucji, która byłaby zbliżona do omawianego uregulowania”⁴⁹. Podobne stanowisko co T. Skoczny i M. Modzelewska de Raad zdaje się zajmować również M. Błachucki, który (w odniesieniu do stanu prawnego sprzed nowelizacji) przyjmuje, że „w postępowaniu antymonopolowym w sprawach koncentracji Prezes UOKiK nie zarzuca niczego stronie, ale jedynie konfrontuje ją z poczynionymi ustaleniami”.

⁴⁶ Art. 96a ust. 3 uokik.

⁴⁷ Art. 96a ust. 4 uokik.

⁴⁸ Tak: M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2011, s. 112–113; M. Bernatt, A. Jurkiewicz-Wciślak [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie...*, s. 1007.

⁴⁹ Tak: T. Skoczny, M. Modzelewska de Raad [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie...*, s. 1175.

a w konsekwencji dochodzi do wniosku, że organ będzie mógł informować stronę o zidentyfikowanych zagrożeniach dla efektywnej konkurencji związanych z notyfikowaną koncentracją dopiero po wprowadzeniu do uokik dwufazowego postępowania dowodowego⁵⁰. Dokonana przez tego autora wykładnia art. 74 uokik, w tym rozumienie pojęcia zarzutów, nie wydaje się jednak trafna. Nie ma w szczególności podstaw do utożsamiania (jak czyni to w istocie ww. autor) art. 74 uokik z prawem strony do zapoznania się z materiałem dowodowym i wypowiedzenia się co do przeprowadzonych dowodów (art. 10 kpa). W takim przypadku przepis art. 74 uokik byłby oczywiście zbędny⁵¹. Ponadto, wydaje się niekwestionowanym, że zamierzając wydać negatywną decyzję, Prezes UOKiK formułuje właśnie „ujemną ocenę” planowanej koncentracji, zgłasza wobec niej „zastrzeżenie”, a tym samym potwierdza chociażby słownikowe znaczenie terminu „zarzut”⁵². Odrębną kwestią jest przy tym praktyka Prezesa UOKiK w zakresie przedstawiania zarzutów. Uzasadnienie decyzji zakazowych z ostatnich lat nie powala bowiem z wystarczającym stopniem pewności odtworzyć stanowiska organu odnośnie do tej kwestii. W każdym razie z tekstu uzasadnień ww. decyzji nie wynika, by tego rodzaju zastrzeżenia (zarzuty) były stronie przedkładane⁵³.

Krytycznie ocenić należy konstrukcję samej przesłanki przedstawienia zastrzeżeń. Jest nią „uzasadnione prawdopodobieństwo istotnego ograniczenia konkurencji na rynku w wyniku dokonania koncentracji”. Po pierwsze, jest to zarówno przesłanka przedłużenia terminu z art. 96a ust. 1 uokik, jak i przedstawienia zastrzeżeń. W konsekwencji zastrzeżenia w świetle polskiej ustawy mogą być wydawane na stosunkowo wczesnym (zbyt wczesnym) etapie tzw. II fazy postępowania (praktycznie razem z postanowieniem z art. 96a ust. 2 uokik) oraz nawet wtedy, gdy istnieje tylko prawdopodobieństwo (uzasadnione) negatywnego rozstrzygnięcia w sprawie. Po drugie, w prawie UE przejście do II fazy postępowania jest wynikiem powstania po stronie Komisji „poważnych wątpliwości” co do zgodności planowanej koncentracji z rynkiem wewnętrznym⁵⁴. Z kolei zastrzeżenia (tzw. *Statement of Objections* – Wykaz Zastrzeżeń) stanowią wyraz wstępnego stanowiska Komisji o niezgodności projektowanej transakcji z wymogami rynku wewnętrznego (a więc wstępnego przekonania, że dana transakcja prowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji na tym rynku) i wskazują na wysoki stopień skonkretyzowania zarzutów wobec danej koncentracji oraz na aktualne w danym momencie przekonanie Komisji o konieczności wydania decyzji negatywnej.

Nie w pełni poprawnie zaprojektowana również została w uokik funkcja zastrzeżeń. W prawie UE zastrzeżenia są instytucją służącą przede wszystkim zapewnieniu prawa do obrony i stanowią „preludium” do wydania decyzji negatywnej⁵⁵. Jak stanowi przy tym art. 18 ust. 3 zdanie pierwsze rozporządzenia nr 139/2004, „Komisja opiera swoją decyzję jedynie na zastrzeżeniach, co do których stronom umożliwiono przedstawienie uwag”. W konsekwencji Sąd Pierwszej Instancji (obecnie: Sąd) wskazywał zatem, że wykaz zastrzeżeń powinien w sposób dostatecznie jasny wskazywać zarzuty stawiane wobec planowanej koncentracji, tak, by zainteresowane przedsiębiorstwa uzyskały

⁵⁰ M. Błachucki, *System postępowania...*, s. 262 i 267.

⁵¹ Art. 83 uokik nakazuje w sprawach nieuregulowanych w tej ustawie stosować do postępowania przed Prezesem UOKiK przepisy kpa (z zastrzeżeniem art. 84 uokik).

⁵² Zob. M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego PWN*, t. 3, WN PWN, Warszawa 1995, s. 893.

⁵³ Zob. np. decyzje Prezesa UOKiK: nr DKK-10/09 z dnia 5 marca 2009 r., Orzeł Biały/Baterpol; DKK-1/2011 z dnia 13 stycznia 2011 r. oraz DKK-12/2011 z dnia 3 lutego 2011 r., Empik/Merlin.pl.

⁵⁴ Zob. art. 6 ust. 1 lit. c) rozporządzenia nr 139/2004.

⁵⁵ Zob. art. 18 rozporządzenia nr 139/2004 i art. 13 rozporządzenia nr 802/2004.

wszystkie informacje, których potrzebują, aby podjąć właściwą obronę, zanim jeszcze Komisja przyjmie decyzję kończącą postępowanie w sprawie. Przedsiębiorstwo powinno zatem mieć możliwość przedstawienia swych uwag w stosunku do wszystkich stawianych zarzutów, a także złożenia, jako jednego z narzędzi obrony, propozycji środków zaradczych (zobowiązań), których uwzględnienie przez Komisję może prowadzić do zaakceptowania planowanej koncentracji⁵⁶.

Jak wskazuje uzasadnienie projektu nowelizacji, zastrzeżenia w prawie polskim mają w założeniu przede wszystkim usprawnić komunikację między urzędem a przedsiębiorcami, umożliwić dostosowanie warunków zamierzonej koncentracji do wymagań urzędu, a także stanowić etap poprzedzający przedstawienie samych warunków. Analogicznie funkcję zastrzeżeń opisują ww. „Wyjaśnienia w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK”⁵⁷. Są one zatem przede wszystkim instrumentem jakże potrzebnego „dialogu” i komunikacji organu z uczestnikami koncentracji, w mniejszym zaś stopniu instytucją gwarancyjną w odniesieniu do praw procesowych stron i innych podmiotów.

Z powyższą konstatacją łączy się kolejna uwaga krytyczna wobec nowelizacji dotyczącego tego, że nie zapewnia ona należytej ochrony uprawnień procesowych zainteresowanych podmiotów w związku z przedstawieniem zastrzeżeń. Zauważyć należy, że zastrzeżenia w prawie UE łączą się z uprawnieniami do:

- przedłożenia uwag na piśmie przez zgłaszających, inne osoby uczestniczące w koncentracji oraz osoby trzecie (np. konkurenci, klienci, dostawcy – o ile wykazują „uzasadniony interes”)⁵⁸;
- żądania przez zgłaszających i inne osoby uczestniczące w koncentracji wysłuchania ustnego (zasadniczo nie dotyczy osób trzecich)⁵⁹;
- żądania przez zgłaszających i inne osoby uczestniczące w koncentracji dostępu do akt (nie dotyczy osób trzecich)⁶⁰.

W prawie polskim możliwość ustosunkowania się do zastrzeżeń dotyczy przedsiębiorcy lub przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji. To ostatnie pojęcie nie jest jednak nigdzie w ustawie zdefiniowane. Występuje ono przy tym w uokik obok takich pojęć, jak: przedsiębiorcy bezpośrednio uczestniczący w koncentracji,⁶¹ przedsiębiorcy zamierzający dokonać koncentracji⁶² i zgłaszający zamiar koncentracji⁶³. Definicję taką zawiera dopiero wskazane już wyżej rozporządzenie Rady Ministrów w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji przedsiębiorców⁶⁴. Już sam

⁵⁶ Zob. wyr. SPI w sprawie T-310/01, *Schneider Electric v Komisja*, Zb.Orz. 2002, s. II-4071, pkt 438–463.

⁵⁷ Zob. pkt 3.11 Wyjaśnień.

⁵⁸ Art. 18 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004, art. 13 ust. 3 i art. 16 rozporządzenia nr 802/2004.

⁵⁹ Art. 14–15 i art. 16 ust. 3 rozporządzenia nr 802/2004.

⁶⁰ Art. 17 rozporządzenia nr 802/2004.

⁶¹ Art. 16 ust. 1 i 3 uokik.

⁶² Art. 19 ust. 1 i 2 uokik.

⁶³ Art. 95 ust. 1 pkt 3 i 4 uokik.

⁶⁴ Zgodnie z § 2 pkt 7 rozporządzenie, przez przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji rozumie się „przedsiębiorców bezpośrednio uczestniczących w koncentracji, pozostałych przedsiębiorców należących do grup kapitałowych w rozumieniu art. 4 pkt 14 ustawy, do których należą przedsiębiorcy bezpośrednio uczestniczący w koncentracji, oraz przedsiębiorców, którzy współkontrolują grupę kapitałową, do której należy przedsiębiorca uczestniczący w koncentracji lub są współkontrolowani przez przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji”. Przedsiębiorców bezpośrednio uczestniczących w koncentracji rozporządzenie definiuje, jako:

a) wspólnie łączących się przedsiębiorców – w przypadku, o którym mowa w art. 13 ust. 2 pkt 1 ustawy,

b) przedsiębiorcę przejmującego kontrolę – w przypadku, o którym mowa w art. 13 ust. 2 pkt 2 ustawy,

c) wspólnie wszystkich przedsiębiorców biorących udział w utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy – w przypadku, o którym mowa w art. 13 ust. 2 pkt 3 ustawy,

d) przedsiębiorcę nabywającego część mienia innego przedsiębiorcy – w przypadku, o którym mowa w art. 13 ust. 2 pkt 4 ustawy,

e) przedsiębiorcę lub przedsiębiorców, nad którymi jest przejmowana kontrola – w przypadku, o którym mowa w art. 13 ust. 2 pkt 2 ustawy,

f) przedsiębiorcę tworzonego – w przypadku, o którym mowa w art. 13 ust. 2 pkt 3 ustawy,

g) przedsiębiorcę, do którego należy nabywana część mienia – w przypadku, o którym mowa w art. 13 ust. 2 pkt 4 ustawy” (§ 2 pkt 6 rozporządzenia).

ten fakt rodzi wątpliwości co do poprawności działań legislacyjnych w tym zakresie⁶⁵ oraz co do rzeczywistego zakresu podmiotowego ustawowego prawa do ustosunkowania się do zastrzeżeń organu antymonopolowego⁶⁶.

Ustawodawca polski umożliwił wprowadzić wszystkim przedsiębiorcom uczestniczącym w koncentracji (a więc zarówno stronie czynnej, jak i biernej) ustosunkowanie się do zastrzeżeń, nie rozszerzył jednak kręgu stron lub podmiotów o uprawnieniach zbliżonych do pozycji procesowej strony w postępowaniu w sprawie kontroli koncentracji. Stroną tego postępowania pozostaje bowiem tylko ten podmiot (podmioty), który zgłasza zamiar koncentracji⁶⁷. Tylko on korzysta zatem ze wszystkich uprawnień procesowych strony, w tym z możliwości dostępu do akt, składania wniosków dowodowych, a także zaskarżenia wydanej decyzji do sądu. Pozostałe podmioty, uczestniczące w koncentracji są tych możliwości pozbawione. W konsekwencji, nie znając materiału dowodowego sprawy, nie mogą np. w pełni odnieść się do przedkładanych im przez Prezesa zastrzeżeń. Ich uprawnienie wynikające z art. 96a ust. 4 uokik może zatem w niektórych przypadkach okazać się iluzoryczne. Praktycznie wszelkich uprawnień procesowych w postępowaniu w sprawie kontroli koncentracji są zaś pozbawione osoby trzecie, nawet jeśli mają uzasadniony interes w rozstrzygnięciu sprawy. Mogą one jedynie składać na piśmie – z własnej inicjatywy lub na prośbę Prezesa UOKiK – „wyjaśnienia dotyczące istotnych okoliczności sprawy”⁶⁸. Należy wyrazić żal, że ustawodawca nie zdecydował się w ramach ostatniej nowelizacji uwzględnić tych głosów krytycznych i postulatów *de lege ferenda*, które wskazywały na konieczność zmiany istniejących regulacji i poszerzenia kręgu uczestników postępowania koncentracyjnego⁶⁹. Istniejący stan w tym zakresie uznać należy zatem za nadal niesatysfakcjonujący z punktu widzenia zasad państwa prawa, odbiegający *in minus* od standardów przyjmowanych w UE⁷⁰.

Ustawodawca nie przesądził również *explicite* formy procesowej właściwej dla zastrzeżeń z art. 96a ust. 3 uokik (z przepisów uokik wynika, że zastrzeżenia wymagają „doręczenia”, co implikuje ich formę pisemną, powinny też posiadać uzasadnienie), w szczególności nie wskazał, że wymagają one wydania postanowienia. T. Skoczny i M. Modzelewska de Raad przyjmują, że przedstawienie zastrzeżeń wymaga wydania przez Prezesa UOKiK postanowienia, choć bliżej tego poglądu nie uzasadniają⁷¹. Wydaje się, że podstawy prawnej w tym zakresie poszukiwać należy w art. 123 § 2 kpa, zgodnie z którym „Postanowienia dotyczą poszczególnych kwestii wynikających w toku postępowania, lecz nie rozstrzygają o istocie spraw, chyba że przepisy kodeksu stanowią inaczej”. Wątpliwości może budzić jednak czy przedstawienie zarzutów ma przede wszystkim wymiar proceduralny, czy też pierwszeństwo dać należy tkwiącemu w nim pierwiastkowi materialnoprawnemu związanemu z ustaleniami co do istotnego ograniczenia konkurencji

⁶⁵ Zgodnie z § 149 Zasad techniki prawodawczej (Dz.U. z 2002 r., Nr 100, poz. 908), „W akcie normatywnym niższym rangą niż ustawa bez upoważnienia ustawowego nie formułuje się definicji ustalających znaczenia określeń ustawowych; w szczególności w akcie wykonawczym nie formułuje się definicji, które ustalałyby znaczenia określeń zawartych w ustawie upoważniającej”.

⁶⁶ Przyjęta na potrzeby określenia szczegółowych warunków, jaki powinno odpowiadać zgłoszenie zamiaru koncentracji definicja przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji nie może w sposób wiążący przesądzać zakresu analogicznego pojęcia użytego w uokik.

⁶⁷ Art. 94 ust. 1 uokik.

⁶⁸ Art. 50 ust. 3 uokik. Osoby trzeciej mają jednak bardzo ograniczony dostęp do informacji na temat planowanej koncentracji i toczącego się postępowania koncentracyjnego. Oznacza to, że w wielu przypadkach będą one działać „po omacku”, nie mając nawet pewności, czy postępowanie nadal się jeszcze toczy.

⁶⁹ Zob. np. T. Skoczny, *Polskie prawo...*, s. 21; M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna...*, s. 165–167; M. Błachucki, *System postępowania...*, s. 209–210, 214–215; R. Stankiewicz, *O konieczności zwiększenia partycypacji podmiotów trzecich w postępowaniu antymonopolowym*, iKAR 2012, nr 2(1), s. 53–54.

⁷⁰ Zob. także T. Skoczny, W. Podlasin [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie...*, s. 1133–1134.

⁷¹ Na postanowienie to, zdaniem tych autorów, nie służy zażalenie. Zob. T. Skoczny, M. Modzelewska de Raad [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie...*, s. 1176.

w wyniku wdrożenia danej koncentracji w życie. Mając na uwadze, że ustalenia organu zawarte w zastrzeżeniach nie mają jednak charakteru ostatecznego i nie rozstrzygają tym samym o istocie sprawy, a nadto są ściśle związane z określonymi uprawnieniami procesowymi strony, przychylić należy się do wskazanego wyżej poglądu komentatorów o konieczności wyrażenia zastrzeżeń w formie postanowienia (na które nie przysługuje jednak zażalenie).

V. Przedstawienie warunków

Nowelizacją zostały objęte również przepisy dotyczące warunków, których realizacja przez przedsiębiorców zamierzających dokonać koncentracji zapewnia, że konkurencja na rynku nie zostanie istotnie ograniczona⁷². Warunki takie (a właściwie propozycje w tym zakresie) mogą zostać przedstawione zarówno przez Prezesa UOKiK, jak i przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji, w tym ostatnim przypadku także w stanowisku przedsiębiorcy dotyczącym warunków zaproponowanych przez Prezesa UOKiK⁷³. Przedsiębiorca może ustosunkować się do przedstawionych mu warunków w terminie 14 dni (z możliwością przedłużenia tego terminu o nie więcej niż 14 dni)⁷⁴. W nowelizacji usunięto przy tym wątpliwość co do tego czy zaproponowanie przez przedsiębiorcę zmienionych lub nowych warunków w odpowiedzi na warunki zaproponowane przez Prezesa UOKiK może być traktowane jako odmowa zaakceptowania tych ostatnich warunków i łączyć się z ryzykiem wydania decyzji negatywnej. Obecnie decyzja negatywna w tego rodzaju sprawach może zostać wydana wyłącznie w jednej z trzech sytuacji, tj. gdy:

- brak jest stanowiska przedsiębiorcy co do warunków przedstawionych przez Prezesa UOKiK;
- przedsiębiorca zajął negatywne stanowisko co do ww. warunków lub
- Prezes UOKiK nie zaakceptował warunków przedstawionych przez przedsiębiorcę⁷⁵.

Przedstawienie przez przedsiębiorcę warunków skutkuje przy tym przedłużeniem terminu trwania tzw. drugiej fazy postępowania koncentracyjnego o dalsze 14 dni⁷⁶.

Istotną zmianą jest także wprowadzenie do ustawy możliwości „utajnienia” terminu, w których warunki nałożone na przedsiębiorcę w decyzji Prezesa UOKiK powinny zostać spełnione (termin ten pozostaje publicznie niedostępny do czasu spełnienia się warunków lub upływu terminu do ich spełnienia). Jak wskazuje uzasadnienie projektu, jest to odpowiedź na liczne postulaty wysuwane przez przedsiębiorców. Chodzi o to, że zbyt wczesne ujawnienie terminu, w którym ma nastąpić np. zbycie spółki zależnej lub części mienia⁷⁷ „może negatywnie wpływać na pozycję negocjacyjną sprzedawcy i doprowadzić (zwłaszcza, jeżeli termin jest stosunkowo krótki) do znacznego obniżenia ceny, nieuzasadnionego rzeczywistą wartością sprzedawanej spółki lub mienia”⁷⁸. Warto zauważyć, że wniosek przedsiębiorcy o utajnienie terminu jest dla Prezesa UOKiK wiążący. Organ wydaje w tym przypadku stosowne postanowienie, na które nie przysługuje zażalenie⁷⁹. W konsekwencji w zakresie objętym takim postanowieniem dana decyzja koncentracyjna nie podlega publikacji przez Prezesa UOKiK ani w inny sposób nie może zostać przez ten organ

⁷² Art. 19 ust. 1 i 2 uokik.

⁷³ Art. 96a ust. 5 i 6 uokik.

⁷⁴ Art. 96a ust. 4 w zw. z ust. 5 uokik.

⁷⁵ Art. 96a ust. 7 uokik.

⁷⁶ Art. 96a ust. 9 uokik.

⁷⁷ Por. art. 19 ust. 2 pkt 1 i 2 uokik.

⁷⁸ Zob. uzasadnienie projektu.

⁷⁹ Art. 19 ust. 4 uokik.

podana do wiadomości publicznej. Utajniony fragment decyzji dotyczący terminu nie podlega też udostępnieniu w trybie dostępu do informacji publicznej⁸⁰. Ww. postanowienie Prezesa UOKiK nie wyłącza jednak obowiązków informacyjnych samego przedsiębiorcy wynikających z innych przepisów⁸¹ (np. z ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych⁸²).

Przyjęte w nowelizacji rozwiązania ustawowe dotyczące nakładania warunków w postępowaniu w sprawie kontroli koncentracji idą we właściwym kierunku. Wymagają jednak dalszych prac legislacyjnych, które pozwolą usunąć pewne pojawiające się mankamenty. Zauważyć należy np., że systematyka ustawy wskazuje na możliwość przedstawienia warunków przez przedsiębiorcę dopiero w tzw. II fazie postępowania. Nie jest to zasadne. Możliwość zaoferowania warunków powinna zostać zapewniona przedsiębiorcy w obu fazach postępowania, tak by istniejące wątpliwości co do skutków danej koncentracji dla rynku mogły być usunięte na możliwie najwcześniejszym etapie postępowania. Tego rodzaju rozwiązanie funkcjonuje zresztą w prawie UE. Zgodnie z art. 6 ust. 2 akapit drugi rozporządzenia nr 139/2004, Komisja może załączyć do swojej decyzji pozytywnej wydawanej w ramach I fazy postępowania „warunki i obowiązki zmierzające do zapewnienia, iż zainteresowane przedsiębiorstwa wywiązały się ze złożonych wobec Komisji zobowiązań zapewniających zgodność koncentracji ze wspólnym rynkiem”.

Niejasna jest też relacja w czasie między zastrzeżeniami i przedstawieniem warunków przez Prezesa UOKiK. Uzasadnienie projektu wskazuje, że „w praktyce zastrzeżenia będą stanowić etap poprzedzający przedstawienie warunków”. Podobnie te kwestię ujmują „Wyjaśnienia w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK”, z tym, że wskazują, że taka sytuacja ma występować „najczęściej”⁸³. Z kolei T. Skoczny i M. Modzelewska de Raad uznają, że „Najbardziej racjonalna w świetle celów postępowania w sprawie koncentracji wydaje się taka wykładnia, w świetle której Prezes przedstawi warunki jednocześnie z wydanie[m] postanowienia o przedstawieniu zastrzeżeń (PZZ), chyba że Prezes postanowi pozostawić inicjatywę w tym zakresie przedsiębiorcy, sygnalizując jedynie taki możliwy kierunek”.⁸⁴ Oba wyżej przedstawione podejścia wydają się uzasadnione w świetle (ocenianej przeze mnie krytycznie) funkcji, którą realizować mają zastrzeżenia w obecnej wersji ustawy. Wydaje się jednak, że nic nie powinno stać na przeszkodzie, by warunki mogły być przedstawiane niezależnie od zastrzeżeń. Ich akceptacja przez przedsiębiorcę na tym etapie postępowania przyspieszyłaby wydanie decyzji w sprawie, ograniczając równocześnie dodatkowe obowiązki organu związane z koniecznością przygotowania szczegółowego uzasadnienia zastrzeżeń⁸⁵. Z kolei brak akceptacji warunków otwierałby drogę do przedstawienia zastrzeżeń skutkujących wydaniem decyzji negatywnej, o której mowa w art. 20 ust. 1 uokik.

Nowelizacja nie usuwa istniejących już wcześniej wątpliwości co do kręgu adresatów warunków zawartych w decyzji z art. 19 ust. 1 uokik, a w konsekwencji kręgu podmiotów odpowiedzialnych (pod groźbą kary pieniężnej) za ich realizację⁸⁶. Z jednej strony, w świetle nowych przepisów 96a

⁸⁰ Art. 19 ust. 5 uokik.

⁸¹ Art. 19 ust. 6 uokik.

⁸² Dz.U. z 2005 r. Nr 184, poz. 1539 z późn. zm.

⁸³ Zob. pkt 3.11. Wyjaśnień.

⁸⁴ T. Skoczny, M. Modzelewska de Raad [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie...*, s. 1178.

⁸⁵ Art. 96a ust. 3 uokik.

⁸⁶ Por. art. 107 uokik.

ust. 6 i 6 uokik, warunki mogą być przedstawiane przez lub kierowane do przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji, a więc do szerszego niż tylko strona (strony) postępowania koncentracyjnego kręgu podmiotów, z drugiej zaś – przyjmuje się, że decyzja warunkowa jest skierowana wyłącznie do strony lub stron postępowania w rozumieniu art. 94 ust. 1 uokik, a więc do podmiotów zgłaszających zamiar koncentracji⁸⁷. To ostatnie twierdzenie, choć ostatecznie trafne, też może budzić wątpliwości w świetle literalnej treści przepisów ustawy, skoro art. 19 ust. 1 i 2 wskazuje, że warunki mogą być nakładane na przedsiębiorcę lub przedsiębiorców zamierzających dokonać koncentracji, a nie na stronę (strony) postępowania. Trudno przy tym dociec, jakim celem służyć ma tak zróżnicowana terminologia ustawowa stosowana w odniesieniu do kontroli koncentracji. Wydaje się, iż powinna ona zostać w przyszłości uporządkowana.

W ramach przyszłych prac legislacyjnych nad kolejną nowelizacją uokik rozważyć należy również możliwość tymczasowego utajnienia (choćby w przypadkach uzależnionych od zgody Prezesa UOKiK) przedmiotów majątkowych, które podlegać mają zbyciu w wykonaniu nałożonych przez Prezesa UOKiK warunków (a nie tylko terminu, w którym transakcja zbycia powinna zostać dokonana)⁸⁸. Zasada jawności działania organów administracji publicznej powinna w tych przypadkach tymczasowo ustąpić ważnemu interesowi zgłaszającego (zgłaszających) związanemu z koniecznym zbyciem określonych składników majątkowych. Pamiętać należy, że mamy tu do czynienia z interwencją państwa w prawo własności oraz swobodę działalności gospodarczej łączących się przedsiębiorców, a zatem z uwagi na szczególną ochronę tych wartości w polskim i międzynarodowym porządku prawnym, ingerencja ta powinna spełniać m.in. wymogi proporcjonalności i być ograniczona do tego, co jest niezbędne dla zachowania właściwej struktury rynku. Nie wydaje się przy tym, by niezwłoczne podanie do publicznej wiadomości informacji o podlegających zbyciu składnikach majątkowych było absolutnie konieczne dla osiągnięcia celów, które realizować powinna decyzja warunkowa.

VI. Uwagi końcowe

Dokonana ustawą z dnia 10 czerwca 2014 r. nowelizacja ustawy antymonopolowej tylko w części realizuje stawiane jej w odniesieniu do kontroli koncentracji cele. Sam kształt nowych przepisów nie stwarza bowiem dostatecznych gwarancji przyspieszenia postępowań koncentracyjnych, również postępy w konwergencji polskich rozwiązań ustawowych z prawem Unii Europejskiej w tym obszarze nie są jeszcze dostateczne. Pozostało również nadal wiele wątpliwości interpretacyjnych dotyczących treści przepisów regulujących kontrolę koncentracji w Polsce, przy czym sama nowelizacja w niektórych obszarach wątpliwości te powiększa. Pozytywnie ocenić należy przy tym ostatnie działania organu antymonopolowego polegające na publikacji stosownych wyjaśnień, które mogą pomóc rozstrzygnąć niektóre kwestie sporne.

Konieczna wydaje się zatem kolejna nowelizacja tych przepisów dokonana z uwzględnieniem doświadczeń z pierwszych 2–3 lat stosowania zmienionych ostatnio regulacji. Mając na uwadze zgłaszane już wcześniej w literaturze postulaty (szczególnie w pracach T. Skoczego i M. Bernatta), a także własne przemyślenia w tym zakresie, prócz wskazanych wyżej różnego

⁸⁷ Tak np. T. Skoczny, M. Kolański [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie...*, s. 683.

⁸⁸ Analogiczne stanowisko zajmują także T. Skoczny i M. Kolański. Zob. T. Skoczny, M. Kolański [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie...*, s. 707–708.

rodzaju kwestii szczegółowych, do najważniejszych obszarów pożądaných zmian legislacyjnych dotyczących kontroli koncentracji zaliczyć należy:

- 1) zakres kontroli koncentracji – pojęcie koncentracji, *non-full function joint ventures*, progi obrotów;
- 2) współpracę z Komisją Europejską w ramach odesłań uregulowanych w rozporządzeniu nr 139/2004;
- 3) ochronę uprawnień procesowych podmiotów uczestniczących w koncentracji oraz zainteresowanych osób trzecich;
- 4) proces decyzyjny w ramach organu antymonopolowego – m.in. wprowadzenie elementów kolegalności w podejmowaniu decyzji koncentracyjnych (np. powołanie komitetu doradczego ds. koncentracji);
- 5) nadzwyczajną zgodę sanującą (art. 20 ust. 2 Ustawy).

Należy mieć nadzieję, że tego rodzaju przyszła nowelizacja poprzedzona zostanie zainicjowanymi z odpowiednim wyprzedzeniem szerokimi konsultacjami społecznymi, w tym ze środowiskami naukowymi i prawnikami-praktykami.