

Rafał Stankiewicz

Charakter prawny decyzji Prezesa UOKiK zezwalającej na dokonanie koncentracji z art. 18 ust. 1 ustawy antymonopolowej

Kwartalnik Prawa Publicznego 6/3, 123-136

2006

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Rafał Stankiewicz*

CHARAKTER PRAWNY DECYZJI PREZESA UOKiK ZEZWALAJĄCEJ NA DOKONANIE KONCENTRACJI Z ART. 18 UST. 1 USTAWY ANTYMONOPOLOWEJ**

1. Uwagi wstępne

Jednym z najistotniejszych czynników stojących na straży prawidłowego rozwoju gospodarki rynkowej jest istnienie konstrukcji prawnej, której celem staje się ochrona konkurencyjności gospodarczej prowadzonej przez przedsiębiorców oraz interesów konsumentów. W chwili obecnej polskie ustawodawstwo antymonopolowe opiera się o ustawę z 15.12.2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów¹. Organem odpowiedzialnym za realizację jej przepisów jest Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów² posiadający status centralnego organu administracji rządowej.

Realizacja celu leżącego u podstaw istnienia regulacji antymonopolowej dokonuje się m.in. poprzez stworzenie odpowiednich mechanizmów nadzoru administracyjnoprawnego nad procesami koncentracji. Polski ustawodawca poddał w art. 12 ustawy antymonopolowej nadzorowi szereg proce-

* Dr Rafał Stankiewicz – Adiunktem w Instytucie Nauk Prawno-Administracyjnych, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Warszawski.

** Artykuł został złożony do druku przed uchwaleniem nowej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 16.2.2007 r. Tezy odnoszą się do stanu prawnego na gruncie ustawy z 15.12.2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

¹ Ustawa z 15.12.2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j.: Dz.U. z 2005 r., Nr 244, poz. 2080). Zwana dalej również „ustawą antymonopolową”.

² Zwany dalej również „Prezesem UOKiK” lub „organem antymonopolowym”.

sów koncentracyjnych przedsiębiorców zmierzających do mniej lub bardziej trwałych zmian strukturalnych. Wśród nich wyróżnić można przejawy tzw. „koncentracji strukturalnej” (zmniejszania się³ lub zwiększania⁴ w wyniku ich przeprowadzenia ilości uczestników rynku), „koncentracji mienia” (obejmowania akcji, udziałów, majątku lub też innych form oddziaływania na aktywność innych przedsiębiorców⁵) oraz „koncentracji personalnej” (łączenia funkcji kierowniczych u różnych przedsiębiorców⁶)⁷.

Zawarcie w ustawie antymonopolowej określonych przejawów aktywności przedsiębiorców, które ustawodawca definiuje jako „koncentracje”, nie przesądza jeszcze w żaden sposób o uznaniu takiego działania za niedozwolone. Zgłoszeniu podlega zamiar przeprowadzenia powyższych procesów. Dopuszczalność przeprowadzenia zgłoszonego zamiaru koncentracji będzie determinowana pozytywnym rozstrzygnięciem wydanym przez Prezesa UOKiK. Ustawa antymonopolowa tworzy w tym zakresie szereg kryteriów, których zadaniem staje się ocena skutków zamierzonej i zgłoszonej koncentracji z punktu widzenia zapewnienia szeroko pojętej ochrony konkurencji na rynku.

Postępowanie prowadzone przez Prezesa UOKiK w zakresie zgłoszonej koncentracji może zakończyć się wydaniem następujących rozstrzygnięć: 1) wydaniem zgody na dokonanie koncentracji (art. 17 oraz art. 19 ust. 2 ustawy antymonopolowej); 2) wydaniem zgody na dokonanie koncentracji ze zleceniem przywrócenia stanu konkurencji na rynku (art. 18); 3) wydaniem zakazu dokonania koncentracji (art. 19 ust. 1).

Jak widać po przedstawionym powyżej wyliczeniu, w rękach Prezesa UOKiK znajduje się szereg instrumentów prawnych, mogących stać się skutkiem finalizacji postępowania prowadzonego w sprawie. Wskazać należy przede wszystkim na zróżnicowanie decyzji pozytywnych dla przedsiębiorców. Przedmiotem zainteresowania niniejszego artykułu pozostanie wyłącznie jedna ze wskazanych powyżej kategorii decyzji administracyjnych – decyzja wyrażająca zgodę na dokonanie koncentracji z art. 18.

Podkreślić należy, że powyższa instytucja znajduje swój odpowiednik w prawie wspólnotowym. Uchwalone w dniu 20 stycznia 2004 r. Rozporządzenie Nr 139/2004/WE w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw⁸ prze-

³ Por. art. 12 ust. 2 pkt 1 ustawy antymonopolowej.

⁴ Por. art. 12. ust. 2 pkt 3.

⁵ Por. art. 12 ust. 2 pkt 2 oraz ust. 3 pkt 1.

⁶ Por. art. 12 ust. 3 pkt 2.

⁷ Por. podział zaproponowany przez: T. Ławicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym. Komentarz*, Warszawa 1998, s. 63; R. Janusz, M. Sachajko, T. Skoczny, *Nowa ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2001, Nr 3, s. 190.

⁸ O.J. L 24 z 29.1.2004 r.

widuje w art. 8 (2) akapit 2 możliwość wydania przez Komisję Europejską decyzji zezwalającej na dokonanie koncentracji o wymiarze wspólnotowym, w której ujmuje jednocześnie „warunki i obowiązki” mające zapewnić zgodność danej koncentracji ze wspólnym rynkiem.

2. Zgoda na dokonanie koncentracji ze zleceniem przywrócenia stanu konkurencji na rynku

Decyzja administracyjna wyrażająca zgodę na dokonanie koncentracji może być wydana, mimo podjęcia przez Prezesa UOKiK przekonania po przeprowadzonym postępowaniu, że zamierzona koncentracja wypełni przesłanki determinujące konieczność wydania rozstrzygnięcia negatywnego dla wnioskującego przedsiębiorcy, wskazywane w art. 19 ust. 1. W rzeczywistości dojdzie więc do ograniczenia konkurencji w sposób istotny na rynku. W toku postępowania, Prezes UOKiK może jednak dojść do wniosku, że wypełnienie uzgodnionych z przedsiębiorcą obowiązków lub przyjęcie zaproponowanych zobowiązań umieszczonych w treści decyzji kończącej postępowanie w sprawie zgłoszonej koncentracji, przywróci dotychczasowy stan konkurencji na rynku.

Zgodnie z postanowieniem art. 18 ust. 1, Prezes UOKiK w drodze decyzji wydaje zgodę na dokonanie koncentracji, gdy po spełnieniu przez przedsiębiorców zamierzających dokonać koncentracji określonych w treści tejże decyzji warunków, konkurencja na rynku nie zostanie istotnie ograniczona, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku. Sformułowanie przedstawionej powyżej normy nie wydaje się do końca trafne i może wprowadzać w błąd. Należy jednakże zacząć, od ustalenia przyczyny, która legła u podstaw umieszczenia tejże instytucji w regulacji antymonopolowej.

Jak należy domniemywać, celem ustanowienia tego typu instrumentu prawnego było założenie zgodnie, z którym zgłoszony zamiar koncentracji mimo, że w ocenie organu antymonopolowego prowadzący do wypełnienia przesłanek wskazanych w art. 19 ust. 1⁹, po wykonaniu określonych obowiązków lub zobowiązań przez wnioskodawców już po dokonaniu zamierzonej koncentracji spowoduje, że stan konkurencji na rynku będzie utrzymany w zasadzie na poziomie sprzed wydania rozstrzygnięcia pozytywnego. Podjęte przez przedsiębiorców działania zmierzające do wypełnienia określanych

⁹ Tym samym, powodujący konieczność wydania decyzji zakazującej koncentracji.

przez ustawodawcę tzw. „warunków” spowodują uznanie skutków przeprowadzonej koncentracji, za nie posiadające w dłuższym przedziale czasowym negatywnych następstw z punktu widzenia realizacji zadań stojących przed regulacją antymonopolową. W ostateczności dana koncentracja, na której dokonanie Prezes UOKiK wyraził zgodę w formie decyzji wydawanej na podstawie art. 18, uznana zostanie za potencjalnie niezagrażającą stanowi konkurencji na rynku.

3. Ustalenie tzw. „warunków” jako element decyzji wyrażającej zgodę na dokonanie koncentracji

Interpretacja powyższego przepisu w literaturze przedmiotu wywołuje szereg rozbieżności. Uważa się bowiem, że przyjęcie tego typu konstrukcji zakłada konieczność realizacji przez zainteresowanych przedsiębiorców obowiązków prowadzących do kreacji stanu nie wypełniającego przesłanek z art. 19 ust. 1 przed wydaniem decyzji na podstawie art. 18 ust. 1¹⁰. Część przedstawicieli literatury przedmiotu twierdzi natomiast, że obowiązki takie nakładane są w treści samej decyzji zezwalającej na dokonanie koncentracji, które następnie realizują przedsiębiorcy po wydaniu decyzji (a faktycznie po wejściu jej do obrotu prawnego, często po faktycznym przeprowadzeniu koncentracji)¹¹. Należy zgodzić się z tym drugim stanowiskiem. Poniżej przedstawione zostaną argumenty przemawiające właśnie za takim, a nie innym podejściem do interpretacji tegoż przepisu¹².

Argumentem przemawiającym za wykładnią przepisu, która wskazuje na umieszczenie tychże „warunków” w treści decyzji zezwalającej na dokonanie koncentracji¹³ jest całościowa analiza artykułu 18 ustawy antymonopo-

¹⁰ Zdaniem J. Olszewskiego, warunki, które mają zapewnić brak naruszenia stanu konkurencji na rynku, dzięki niewypełnieniu przesłanek z art. 19 ust. 1 ustawy antymonopolowej winny być ustalone przed wydaniem decyzji administracyjnej i – co do zasady – wypełnione przez przedsiębiorców występujących z żądaniem wydania zgody na dokonanie koncentracji przed dniem wydania takiej decyzji przez Prezesa UOKiK – por. J. Olszewski, *Nowa ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Cz. I*, „Monitor Prawniczy” 2001, Nr 14, s. 726 i n. (szczególnie s. 728).

¹¹ Por. E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 166 i n.

¹² W istocie, zwolennik odmiennego podejścia do rozumienia powyższej instytucji nie podaje argumentów na poparcie przedstawianego stanowiska – por. J. Olszewski, op.cit.

¹³ I tym samym, stworzenie możliwości ich faktycznej realizacji po wydaniu decyzji administracyjnej.

lowej. Ustęp 1 art. 18 wskazuje bowiem, że decyzja jest wydana¹⁴, „gdy po spełnieniu warunków”, „nie powstanie lub nie umocni się pozycja dominująca”. W istocie, konstrukcja powyższego ustępu wskazywałaby na następcze wydanie decyzji zezwalającej na dokonanie koncentracji, po spełnieniu przez przedsiębiorcę warunków umożliwiających stworzenie stanu nie zagrażającego konkurencji w wyniku przeprowadzonego procesu koncentracji, której początkowo przedstawiony przez przedsiębiorców zamiar w ocenie Prezesa UOKiK wskazywał na odmienny skutek.

W art. 18 ust. 2 stwierdza się natomiast, że Prezes UOKiK określa w treści decyzji, o której mowa w ustępie 1 „termin spełnienia warunków”¹⁵, co już wyraźnie sugeruje przyjęcie stanowiska potwierdzającego umieszczenie tychże „warunków” w treści decyzji zezwalającej na dokonanie koncentracji. Co więcej, art. 18 ust. 3 wskazuje na konieczność nałożenia na przedsiębiorców w tejże decyzji obowiązku składania, w wyznaczonym terminie, informacji o realizacji „warunków”. Wydaje się tym samym, że przedstawiona powyżej całościowa interpretacja powyższego przepisu wskazuje na to, iż zawarcie obowiązków lub przyjętych od przedsiębiorcy zobowiązań następuje w treści decyzji zezwalającej na dokonanie koncentracji. Wydanie rozstrzygnięcia pozytywnego w sprawie nie jest, więc uzależnione od uprzedniego spełnienia tzw. „warunków” przez przedsiębiorców.

Należy jednakże wyraźnie podkreślić, że użycie terminologii „warunek” na określenie w art. 18 obowiązków, jakie mogą zostać nałożone na przedsiębiorcę celem utrzymania konkurencji na rynku po dokonaniu koncentracji, wydaje się mylące. W języku potocznym słowo „warunek” oznacza „czynnik wyznaczający lub umożliwiający zajście określonego zdarzenia, zjawiska, stanu rzeczy, przyczyna, zastrzeżenie dotyczące wykonania czegoś”¹⁶. W znaczeniu prawnym, warunek to uzależnienie zaistnienia albo ustania skutków prawnych od losowego wystąpienia takiego zdarzenia, które jest przyszłe i niepewne, ponieważ zdarzenie powyższe może się pojawić lub też nie. Zgodnie z doktryną prawa administracyjnego, zamieszczenie w treści decyzji administracyjnej warunku powoduje, że jej prawne skutki zależą w całości od zdarzenia, które staje się treścią warunku¹⁷.

¹⁴ Decyzja zezwalająca na dokonanie koncentracji.

¹⁵ Art. 18 ust. 2 *in fine*.

¹⁶ Por. B. Dunaj, *Słownik współczesnego języka polskiego*, Warszawa 1996, s. 1207.

¹⁷ Z zaistnieniem zdarzenia może być związany skutek zawieszający lub rozwiązujący konkretnego rozstrzygnięcia – w związku z powyższym warunek wywołujący takie skutki nosi nazwę warunku zawieszającego lub też rozwiązującego. W momencie zaistnienia zdarzenia, które jest treścią warunku rozwiązującego skutki prawne decyzji administracyjnej ustają i można stwier-

W ujęciu przedstawionym w treści artykułu 18 ustawy antymonopolowej trudno mówić o tym, aby obowiązki nakładane na przedsiębiorcę w treści decyzji wyrażającej zgodę na dokonanie koncentracji (zwane właśnie „warunkami”) traktować jako warunek w rozumieniu, jakie temu pojęciu przypisuje doktryna prawa administracyjnego, czy wręcz mówić o zgodności pojmowania tego słowa z zacytowanym powyżej jego rozumieniem w znaczeniu potocznym.

4. Konsekwencje niewypełnienia „warunków” wynikających z treści decyzji

Jak zaznaczono to już powyżej, decyzja administracyjna wydana na podstawie art. 18 zawiera w swojej treści „warunki” realizowane w przeważającej większości po faktycznym przeprowadzeniu procesu koncentracji, której przedmiotowa decyzja dotyczy. Spełnienie tzw. „warunków”, czyli obowiązków nałożonych na przedsiębiorcę lub też przyjętych przez niego zobowiązań (ponieważ tak termin „warunku” precyzuje ustawa w konstrukcji ustępu 2 art. 18) mocą władczego rozstrzygnięcia organu, nie dotyczy faktycznej realizacji procesu koncentracji, a jedynie stanowi zobowiązanie przedsiębiorcy do wypełnienia tychże „warunków”. Ich celem staje się zachowanie lub też przywrócenie stanu zapewniającego możliwość uznania danej koncentracji za taką, która nie wywoła w dłuższej perspektywie czasowej stanu sprzecznego z założeniem celowości wydania rozstrzygnięcia pozytywnego w sprawie.

W sytuacji niedotrzymania przyjętych przez przedsiębiorcę zobowiązań lub braku realizacji nałożonych treścią decyzji obowiązków, w dyspozycji Prezesa UOKiK pozostaje wydanie rozstrzygnięcia z art. 20 ust. 1, które umożliwia mu wszczęcie postępowania z urzędu celem uchylenia decyzji wydanej uprzednio na podstawie art. 18 ust. 1 jeżeli przedsiębiorca nie spełnił „warunków”, o których mowa w art. 18 ust. 2. W dalszej kolejności może on również ponownie orzec co do istoty sprawy.

Co wyjdzie się istotne, w takim przypadku Prezes UOKiK nie jest zobligowany do wszczęcia postępowania w sprawie uchylenia decyzji wydanej na podstawie art. 18 ust. 2 Ustawy, a jedynie uprawniony do wszczęcia takiego postępowania, o czym świadczy użycie w art. 20 ust. 1 wyrażenia „może”. Oznacza to, że może on dojść do przekonania, iż wypełnienie już części nałożonych obowiązków lub przyjętych zobowiązań spowodowało stan zgodny z założeniem wydania rozstrzygnięcia pozytywnego w sprawie.

W związku z powyższym, nie można traktować tzw. „warunków” zawartych w art. 18, które stanowią element treści decyzji zezwalającej na dokonanie koncentracji, jako wypełniających pojęcie warunku w rozumieniu doktryny prawa administracyjnego. Z zaistnieniem zdarzenia polegającego na wypełnieniu, czy też nie zawartych w treści decyzji obowiązków nałożonych na przedsiębiorcę lub przyjętych zobowiązań, nie jest bowiem związany w żadnym razie skutek zawieszający lub rozwiązujący dla tejże decyzji.

Nakładane w treści decyzji administracyjnej obowiązki, jakie powinien spełnić przedsiębiorca w związku z przeprowadzeniem konkretnego procesu koncentracji na rynku traktować należy jako tzw. zlecenie, które w związku z uprawnieniami przyznanymi w decyzji administracyjnej ustanawiają wobec adresata tejże decyzji pewne dodatkowe obowiązki. Zlecenie znajduje swój wyraz w treści decyzji administracyjnej, gdy trzeba w trakcie jej realizacji wykonać jakąś dodatkową czynność, która jest związana z prawami lub obowiązkami określonymi w decyzji, ale nie ma bezpośredniego wpływu, ani na ważność, ani na dalsze istnienie decyzji. Jak podkreśla A. Wiktorowska, zlecenie „zawiera w swej treści pewien nakaz, polegający na nałożeniu dodatkowego obowiązku lub dokonaniu pewnej czynności w związku z „osnową” decyzji”¹⁸. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że niespełnienie zlecenia nie ma – inaczej niż warunek – wpływu na skuteczność decyzji. Zlecenie nie posiada więc wpływu na „[...] na moc prawną decyzji, na jej obowiązywanie i wywoływanie przez nią skutków prawnych”¹⁹, może natomiast spowodować zastosowanie sankcji przewidzianej w decyzji lub w ustawie²⁰.

Wypełnienie określonych treścią art. 18 „warunków” nie wywiera bezpośredniego wpływu na moc obowiązującą decyzji (a w szczególności, decyzja wydana na podstawie art. 18 ust. 1 nie nabywa mocy obowiązującej wraz ze spełnieniem tychże „warunków”). W przypadku niewykonania zlecenia Prezes

dzić wygaśnięcie decyzji administracyjnej (następuje to w jurysdykcyjnym postępowaniu administracyjnym na podstawie art. 162 par. 1 pkt 2 kpa). Ziszczenie się zaś warunku zawieszającego, który odracza wykonanie praw lub obowiązków wynikających z decyzji administracyjnej, to można wykonać decyzję i następnie również na tej samej podstawie prawnej stwierdzić wygaśnięcie decyzji – por. m.in. J. Borkowski, *Decyzja administracyjna*, Łódź–Zielona Góra 1998, s. 75; A. Wiktorowska [w:] M. Wierzbowski, *Postępowanie administracyjne – ogólne, podatkowe i egzekucyjne*, Warszawa 2004, s. 149; Z. Janowicz, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa–Poznań 1978, s. 257.

¹⁸ A. Wiktorowska, op.cit., s. 149.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Por. m.in.: A. Wiktorowska, op.cit., s. 149; J. Borkowski, op.cit., s. 76; Z. Janowicz, op.cit., s. 257.

UOKiK posiada jedynie możliwość zastosowania właśnie art. 20 ust. 1, o czym już wspomniano powyżej.

Słusznie podkreśla E. Modzelewska-Wąchał, iż nałożenie „warunków”, o których mowa w art. 18 jest możliwe wyłącznie na stronę postępowania – przedsiębiorcę biorącego aktywny udział w procesie koncentracji²¹, ewentualnie na przedsiębiorcę od niego zależnego (a więc takiego, na którego wpływ ma przedsiębiorca przeprowadzający proces koncentracji)²². Tym samym, nie mogą zostać nałożone na inny podmiot, nawet który bezpośrednio bierze udział w określonym procesie koncentracji, jednakże w praktyce nie ma on wpływu na dokonywany proces koncentracji.

Powstaje w tym miejscu pytanie, o stopień zaangażowania organu antymonopolowego w podjęciu kroków zmierzających do wydania rozstrzygnięcia pozytywnego dla strony, właśnie na podstawie art. 18 ust. 1. Celem zgłoszonego zamiaru koncentracji jest – co oczywiste – uzyskanie przez zainteresowanych przedsiębiorców decyzji zgodnej w treści z przedstawionym przez nich żądaniem. Ustalenie przez organ antymonopolowy w toku postępowania, iż ewentualne dokonanie koncentracji spowodowałoby naruszenie relacji konkurencyjnych na rynku w wymiarze nakazującym wydanie rozstrzygnięcia negatywnego w sprawie, powinno obligować go podjęcia działań zmierzających do ustalenia, czy w wyniku pewnej modyfikacji treści ostatecznej decyzji (poprzez nałożenie w niej „warunków”) nie jest możliwe doprowadzenie do sytuacji braku zagrożenia dla stanu konkurencji.

Co prawda, zaproponowanie zawarcia zlecenia, jako dodatkowego elementu rozstrzygnięcia, pozostającego w zasadniczym związku z osnową decyzji, nie należy traktować w kategorii leżącego po stronie organu obowiązku, to jednakże mając na uwadze zasadę ogólną przekonywania (art. 11 kpa), zasadę uwzględniania interesu społecznego i interesu obywateli (art. 7 kpa) oraz czynnego udziału stron w postępowaniu (art. 10 kpa), Prezes UOKiK powinien przedstawić propozycję modyfikacji treści zgłoszenia poprzez przyszłe wypełnienie pewnych obowiązków, o ile tylko uzna, że istnieje taka możliwość. Nie ma natomiast wątpliwości, że jeżeli z odpowiednimi propozycjami wyjdzie strona postępowania, Prezes UOKiK powinien wszechstronnie rozważyć możliwość wydania rozstrzygnięcia pozytywnego na podstawie art. 18

²¹ Chodzi tutaj zatem o przedsiębiorcę, który w sposób rzeczywisty decyduje o przeprowadzeniu procesu koncentracji. Nie można zatem uznać przedsiębiorcę podlegającego tzw. wrogiemu przejściu za podmiot, który może przyjąć na siebie wypełnienie tzw. „warunków” z art. 18 ust. 2.

²² E. Modzelewska-Wąchał, op.cit., s. 167.

ust. 1 wraz z przyjętymi od przedsiębiorcy zobowiązaniami zawartymi w treści decyzji w sprawie²³.

5. Rodzaje „warunków” nakładanych na przedsiębiorców

W art. 18 ust. 2 zawarto jednocześnie katalog „warunków”, które mogą być nałożone na przedsiębiorcę w decyzji o wyrażeniu zgody na dokonanie koncentracji. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że mają one charakter strukturalny, a nie funkcjonalny (regulacyjny), co tworzy warunki skuteczności decyzji administracyjnych je zawierających²⁴. Katalog ten nie jest zamknięty, o czym świadczy użycie zwrotu „w szczególności” w treści powyższego przepisu.

Prezes UOKiK może na przedsiębiorcę lub przedsiębiorców zamierzających dokonać koncentracji nałożyć obowiązek lub przyjąć ich zobowiązanie, w szczególności do:

- zbycia całości lub części majątku jednego lub kilku przedsiębiorców;
- wyzbycia się kontroli nad przedsiębiorcą lub przedsiębiorcami bezpośrednio nie uczestniczącymi w koncentracji, w szczególności przez zbycie określonego pakietu akcji lub udziałów, lub odwołania z funkcji członka organu zarządzającego lub kontrolnego jednego lub kilku przedsiębiorców, lub też
- udzielenia licencji praw wyłącznych konkurentowi, określając w decyzji termin spełnienia powyższych warunków.

Wskazany powyżej katalog jest, więc jedynie przykładowy²⁵. Prezes UOKiK może nałożyć w treści decyzji zezwalającej na dokonanie koncentracji również inne „warunki”, które w zależności od istniejącego stanu rzeczy przybiorą formę

²³ Konstrukcja art. 18 ust. 2 ustawy antymonopolowej wskazuje wyraźnie, że z inicjatywą wystąpienia z nałożeniem warunków może wyjść zarówno Prezes UOKiK, jako organ wydający rozstrzygnięcie w sprawie, jak i przedsiębiorca zamierzający dokonać koncentracji – strona postępowania (zgodnie z przyjętym rozwiązaniem ustawowym, Prezes UOKiK może „nałożyć obowiązek” lub „przyjąć zobowiązanie” do wykonania określonych warunków). Uprawnienie do przedstawienia warunków, które mogą następnie stać się częścią decyzji zezwalającej na dokonanie koncentracji posiadają wyłącznie podmioty wskazane powyżej – nie mają ich natomiast tzw. przedsiębiorcy występujący w postępowaniu w charakterze zainteresowanego (por. art. 95 ustawy antymonopolowej).

²⁴ Por. R. Janusz, M. Sachajko, T. Skoczny, op.cit., s. 196.

²⁵ J. Olszewski sugeruje (w sposób dosyć zasadny) rozważenie umieszczenia w Biuletynie UOKiK innych jeszcze przykładów „warunków”, jakie mogą okazać się użyteczne przy praktycznym konstruowaniu decyzji opartej na art. 18 – por. J. Olszewski, op.cit., s. 726.

odpowiadającą potrzebie doprowadzenia do sytuacji, w której przeprowadzona koncentracja nie wywoła negatywnych skutków dla stanu konkurencji. Chodzi tutaj o taki stan konkurencji, w którym przeprowadzona koncentracja nie wypełni wskazanych w art. 19 ust. 1 przesłanek determinujących początkowo konieczność wydania rozstrzygnięcia zakazującego dokonania koncentracji.

Jak się wydaje, organ antymonopolowy nie powinien proponować stronie postępowania takich „warunków”, które w swej istocie prowadziłyby do dekoncentracji na rynku. Byłoby to sprzeczne z założeniem ustawy antymonopolowej. Z kwestią powyższą w nierozzerwalny sposób powiązany jest postulat takiego formułowania „warunków”, aby były one w rzeczywistości wykonalne przez przedsiębiorcę będącego ich adresatem. „Warunki”, o których mowa w art. 18 ust. 1, nakładane z inicjatywy organu antymonopolowego stają się przedmiotem wcześniejszych uzgodnień w toku prowadzonego postępowania pomiędzy Prezesem UOKiK a przedsiębiorcą występującym z żądaniem wydania decyzji zezwalającej na przeprowadzenie koncentracji – stroną postępowania w sprawie. Wynika to z art. 96 ust. 2, gdzie wskazano, że Prezes UOKiK może przedstawić przedsiębiorcy lub przedsiębiorcom uczestniczącym w koncentracji warunki, o których mowa w art. 18 ust. 2, wyznaczając termin na ustosunkowanie się do zgłoszonej propozycji; brak odpowiedzi lub odpowiedź negatywna powoduje wydanie decyzji zakazującej koncentracji²⁶.

Należy zaznaczyć, że termin powyższy ma charakter terminu wyznaczanego, w związku z tym Prezes UOKiK może go w dowolny sposób kształtować. Powinien on, zdaniem E. Modzelewskiej-Wąchal, brać jednakże pod uwagę rodzaj proponowanych warunków i ich wpływ na pierwotną wersję zgłoszenia zamiaru koncentracji złożonego przez przedsiębiorcę. Termin wyznaczony przedsiębiorcy na ustosunkowanie się do przedstawionych „warunków” musi być odpowiednio długi, aby przedsiębiorca mógł rozważyć wszystkie aspekty zgłoszonej przez organ antymonopolowy propozycji i sformułować pogląd, co do dalszego zainteresowania przeprowadzeniem koncentracji po uwzględnieniu zmian wprowadzonych „warunkami”²⁷.

Nie wydaje się przy tym możliwe, aby Prezes UOKiK mógł wydać decyzję na podstawie art. 18 ust. 1, o ile nie wykorzysta w praktyce cytowanego powyżej art. 96 ust. 2²⁸. Tym większe konsekwencje wywołałby brak realizacji takich „warunków”, które umieszczone w treści decyzji administracyjnej

²⁶ Decyzji z art. 19 ust. 1.

²⁷ Por. E. Modzelewska-Wąchal, *op.cit.*, s. 318.

²⁸ Odmiennego zdania jest J. Olszewski, który zauważa tego rodzaju możliwość, ale spotyka się ona w jego ujęciu z poważną krytyką – por. J. Olszewski, *op.cit.*, s. 727.

zezwalającej na dokonanie koncentracji nie doczekałyby się faktycznego wypełnienia po przeprowadzeniu procesu koncentracji. Należałoby sugerować wprowadzenie wyraźnego zapisu w art. 96 ust. 2, że organ antymonopolowy jest zobligowany do uzgodnienia (zawarcia *consensusu*) z przedsiębiorcą – stroną postępowania treści ewentualnego zlecenia, a bez jego wyraźnej zgody nie może wydać decyzji na podstawie art. 18 ust. 1.

Za uzasadnione, więc wydaje się również rozważanie przez Prezesa UOKiK, czy nakładane w treści decyzji administracyjnej obowiązki na przedsiębiorcę są rzeczywiście możliwe do wykonania dla niego i nie stanowią przy tym zbyt poważnego obciążenia w ich faktycznej realizacji²⁹. Słusznie podkreśla E. Modzelewska-Wąchal, iż nałożenie w treści decyzji „warunków”, których samodzielnie nie może spełnić przedsiębiorca – strona postępowania lub też przedsiębiorca od niego zależny czyni decyzję administracyjną zezwalającą na dokonanie koncentracji w gruncie rzeczy „niewykonalną”³⁰.

6. Informacje o realizacji „warunków” nałożonych treścią decyzji

Nie tylko racjonalność i wynikająca z niej możliwość wykonania „warunków” decyduje o rzeczywistej skuteczności treści omawianej tutaj decyzji administracyjnej. W tym zakresie przedmiotem uzgodnień pomiędzy organem antymonopolowym a stroną postępowania powinien stać się również termin wypełnienia tychże „warunków”. Brak porozumienia w powyższej kwestii może spowodować, iż obowiązki nałożone treścią decyzji administracyjnej okażą się wyjątkowo trudne, czy też wręcz niemożliwe do realizacji”. Słusznie podkreśla E. Modzelewska-Wąchal, że o pełnej ich skuteczności decydować będzie również długość terminu ich realizacji, jaki wskaże Prezes UOKiK, który powinien zależeć od charakteru nałożonych warunków³¹. Zgodnie z art. 18 ust. 3, w decyzji administracyjnej zezwalającej na dokonanie koncentracji Prezes UOKiK wskazując na obowiązki lub zobowiązania, jakie ma wypełnić przedsiębiorca, określa jednocześnie termin ich spełnienia³².

²⁹ J. Olszewski wskazuje na szereg zdarzeń o podłożu ekonomicznym, faktycznym, jak i prawnym, które mogą spowodować rzeczywistą niemożliwość wykonania warunków nałożonych w treści decyzji Prezesa UOKiK – por. *ibidem*, s. 727.

³⁰ Autorce zapewne chodzi o niewykonalność warunków zawartych w treści decyzji administracyjnej, a nie o samą możliwość dokonania koncentracji, która zapewne jest już przeprowadzona na podstawie tegoż rozstrzygnięcia zezwalającego na to – por. E. Modzelewska-Wąchal, *op.cit.*, s. 167.

³¹ *Ibidem*, s. 168.

³² Art. 18 ust. 2 *in fine*.

W ustawie antymonopolowej brak natomiast jakichkolwiek przesłanek, którymi mógłby kierować się Prezes UOKiK określając taki termin. Jest to więc termin wyznaczany przez organ administracji publicznej. Wydaje się, że ustawodawca mógłby wskazywać przesłanki, jakimi powinien kierować się organ wyznaczając taki termin. Umieszczenie również w powyższej normie wskazania, że organ antymonopolowy wyznaczając go, powinien dostosować jego długość do charakteru przedstawionego obowiązku lub zaakceptowanego zobowiązania, zabezpieczałoby bez wątpienia w lepszy sposób sytuację prawną przedsiębiorcy przed ewentualnymi nadużyciami ze strony organu antymonopolowego przy praktycznym wyznaczaniu tego terminu.

Obligatoryjnym elementem treści decyzji administracyjnej wydanej na podstawie art. 18 jest również nałożenie w niej na przedsiębiorcę obowiązku składania, w wyznaczonym terminie, informacji o realizacji tychże „warunków” (por. art. 18 ust. 3). Przyjęcie takiego rozwiązania pozwoli dokonywać oceny ich rzeczywistej realizacji. Jak się wydaje, Prezes UOKiK nakładając na przedsiębiorców tego typu obowiązek informacyjny może wskazać kilka oddzielnych terminów informowania o realizacji określonych „warunków”, które pozwolą zorientować się w rzeczywistym ich wypełnieniu (jeśli jest ich kilka i są spełniane etapami) lub też w stopniu zaawansowania realizacji jednego lub kilku z nich. Również i w tym przypadku możliwość nakładania obowiązku składania informacji o realizacji tych obowiązków lub zobowiązań będzie uzależniona od ich ilości i rodzaju. Wyznaczone przez organ administracji publicznej, terminy obowiązku informowania o ich realizacji nie powinny – co oczywiste – przekraczać terminu spełnienia „warunków”, od których są zależne.

7. Skutki niewypełnienia „warunków” nałożonych w decyzji wyrażającej zgodę na dokonanie koncentracji

Należy w tym miejscu zastanowić się również nad kwestią skutków niespełnienia „warunków” przez przedsiębiorcę w terminie wyznaczonym w treści decyzji. Co zostało już zasygnalizowane powyżej, w takim przypadku Prezesowi UOKiK przysługuje uprawnienie do wydania decyzji z art. 20. Zgodnie, bowiem z ustępem 1 powyższego przepisu, może on uchylić decyzję wydaną na podstawie art. 18 ust. 1, jeżeli przedsiębiorcy nie spełniają warunków, o których mowa w art. 18 ust. 2 i 3. Jeśli w powyższych przypadkach koncentracja została już dokonana, a przywrócenie konkurencji na rynku nie jest możliwe w inny sposób, Prezes UOKiK może, w drodze decyzji,

określając termin jej wykonania na warunkach określonych w decyzji, nakazać w szczególności: 1) podział połączonego przedsiębiorcy na warunkach określonych w decyzji; 2) zbycie całości lub części majątku przedsiębiorcy; 3) zbycie udziałów lub akcji zapewniających kontrolę nad przedsiębiorcą lub przedsiębiorcami lub rozwiązanie spółki, nad którą przedsiębiorcy sprawują wspólną kontrolę; 4) odwołanie z funkcji członka organów zarządzających lub kontrolnych przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji³³.

Wskazać należy jeszcze na fakt, iż właściwym rozwiązaniem było przyjęcie braku obligatoryjności trybu zastosowania art. 20, w sytuacji niewykonania przez przedsiębiorcę „warunków” wskazanych w treści decyzji wyrażającej zgodę na dokonanie koncentracji. Można rozważać sytuację, w której mimo braku wypełnienia „warunków”, przesłanki wydania decyzji negatywnej (wypełniające, więc początkowo art. 19 ust. 1) znikają³⁴. W takiej sytuacji brak jest podstaw do wydawania decyzji z art. 20, która pociąga przecież za sobą bardzo poważne konsekwencje dla działalności prowadzonej przez przedsiębiorcę. Może wkraczać bowiem w istotny sposób w strukturę przedsiębiorcy.

Słusznie podkreśla się w literaturze przedmiotu, że skuteczność tego rodzaju rozstrzygnięć administracyjnych, zezwalających na przeprowadzenie koncentracji, zależy w znakomitej mierze od faktycznej realizacji w późniejszym okresie nałożonych obowiązków na przedsiębiorcę lub przyjętych od niego zobowiązań³⁵. Stąd też istotne znaczenie dla racjonalnych podstaw istnienia tego rodzaju rozstrzygnięcia wśród prezentowanego katalogu posiadają następujące czynniki: 1) możliwość przeprowadzania ze stroną postępowania – przedsiębiorcą zamierzającym dokonać procesu koncentracji uzgodnień, co do formy i charakteru „warunków” zawartych w treści decyzji (zapewni to ich skuteczniejszą realizację po przeprowadzeniu koncentracji); 2) wyznaczenie odpowiednio długiego terminu na ich wypełnienie oraz 3) racjonalnie określony w treści decyzji administracyjnej obowiązek informowania organu administracji o realizacji nałożonych na stronę obowiązków lub też przyjętych zobowiązań.

Jak się wydaje, konieczna jest taka zmiana konstrukcji ustępu 1 artykułu 18, która nie usunie wątpliwości, co do interpretacji zastosowania tejże instytucji. Sugerować należy taki jego kształt, który wyraźnie wskaże, iż re-

³³ Por. także art. 20 ust. 2.

³⁴ Dochodzi chociażby do zmiany wartości ekonomicznej majątku trwałego przedsiębiorcy, czy też bessy na giełdzie papierów wartościowych, które powodują, że nałożony na przedsiębiorcę „warunek” zbycia części majątku nie znajduje swoich dalszych racjonalnych podstaw.

³⁵ Por. R. Janusz, M. Sachajko, T. Skoczny, op.cit., s. 196.

alizacja nałożonych na stronę postępowania w treści decyzji³⁶ obowiązków lub przyjętych zobowiązań³⁷ ma nastąpić po wydaniu decyzji zezwalającej na dokonanie koncentracji.

Podsumowując – wprowadzenie powyższej instytucji wśród rozstrzygnięć kończących postępowanie w sprawie oceny zgłoszonego zamiaru koncentracji, uznać należy za krok we właściwym kierunku. Art. 18 ustawy antymonopolowej jest w swej istocie zbieżny z rozwiązaniem zawartym w art. 8 (2) akapit 2 Rozporządzenia Nr 139/2004.

Stworzenie możliwości wydania zgody na dokonanie zamierzonej i zgłoszonej koncentracji, mimo podjęcia przez Prezesa UOKiK przekonania o jego antykonkurencyjnym charakterze stanowi jednakże swoiste zabezpieczenie przed ewentualnym dokonaniem takiej koncentracji bez zgody organu antymonopolowego³⁸. Ustawodawca stanął zapewne na stanowisku, że znacznie korzystniejszym rozwiązaniem z punktu widzenia zapewnienia rozwoju konkurencji na rynku jest wyrażenie zgody na dokonanie koncentracji, jeżeli mimo wszystko przedsiębiorca podejmie kroki przywracające w odpowiednim terminie stan konkurencji sprzed dokonania koncentracji, na którą zgodę wyraził Prezes UOKiK.

³⁶ Oczywiście decyzji zezwalającej na dokonanie koncentracji.

³⁷ Warto może, więc również pominąć słowo „warunek” na określenie nakładanych obowiązków lub przyjmowanych zobowiązań.

³⁸ Tj. wbrew treści decyzji administracyjnej (wydanej na podstawie art. 19 ust. 1) lub też wręcz z pominięciem wszczynania postępowania przed Prezesem UOKiK.