

## Znaczenie zastrzeżeń wobec zgłoszonej koncentracji w postępowaniach przed Prezesem UOKiK i ich podobieństwo do *Statement of Objection*

### Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Uregulowanie zastrzeżeń w prawie polskim
- III. *Statement of Objection* a zastrzeżenia w prawie polskim
- IV. Decyzje Prezesa Urzędu
  1. Charakterystyka ogólna
  2. PGE – EDF
  3. UPC – Multimedia Polska
  4. Benefit Systems – Calypso Fitness
  5. PKPE Holding – Elester-PKP
  6. Cargill Poland – Dossche
- V. Podsumowanie

### Streszczenie

Instytucja zastrzeżeń wobec koncentracji przedsiębiorców obowiązuje w prawie polskim od 18 stycznia 2015 r. i została wprowadzona przez zmiany w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów – ustawą nowelizującą z 10 czerwca 2014 r. Istnieją dwa różne stanowiska doktryny odnośnie do relacji zastrzeżeń w prawie polskim do *Statement of Objection* (SO) – wykazu zastrzeżeń w postępowaniu przed Komisją Europejską w sprawie koncentracji o wymiarze wspólnotowym. Zostały one uregulowane w rozporządzeniu Rady (WE) Nr 139/2004 z 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw. W mojej ocenie nie są to instytucje identyczne, odgrywają inną rolę w postępowaniu antymonopolowym i stosowane są na różnych etapach tego postępowania. Zastrzeżenia były kilkakrotnie zgłaszane przez Prezesa UOKiK wobec koncentracji, która mogłaby prowadzić do zdobycia pozycji dominującej na rynku przez przedsiębiorcę, który wystąpił o zgodę Prezesa UOKiK na dokonanie koncentracji.

**Słowa kluczowe:** koncentracja; zastrzeżenia; ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów; koncentracja o wymiarze unijnym; istotne ograniczenie konkurencji.

**JEL:** K21

\* Doktorantka na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego; ORCID: 0000-0002-6405-912X; e-mail: sadkowska1@o2.pl.

## I. Wprowadzenie

Przedmiotem artykułu jest instytucja zastrzeżeń w sprawach o wyrażenie zgody przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK albo Prezes Urzędu) na koncentrację i ocena ich znaczenia po około trzech latach obowiązywania przepisów w tym zakresie w ustawie z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>1</sup> (dalej: uokik).

Opisując zastrzeżenia w prawie polskim, w mojej ocenie, konieczne jest odwołanie do instytucji *Statement of Objection* (SO) w postępowaniu przed Komisją Europejską, którą można uznać za pierwowzór dla zastrzeżeń. Przedstawiciele doktryny także odwołują się do tej instytucji unijnej w komentarzach do zastrzeżeń, chociaż ich zdania na temat wzajemnych podobieństw są zróżnicowane, co zostanie przedstawione poniżej.

Zdaniem T. Skoczny, do tej pory w polskiej ustawie antymonopolowej nie było instytucji, która byłaby zbliżona do uregulowania zastrzeżeń (Skoczny, 2014, s. 1175).

S. Dudzik uważa jednak, że „wprowadzona nowelą z 10 czerwca 2014 r. instytucja zastrzeżeń nie jest całkowitą nowością” (Dudzik, 2015, s. 8). Wskazuje, że ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów 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 zatem o wstępne ustalenia organu, których ostateczne potwierdzenie prowadzi do konieczności wydania decyzji mającej negatywny wpływ na interesy strony lub stron” (Dudzik, 2015, s. 8).

Podobnie M. Bernatt podnosi, że pojęcie „zarzuty” z art. 74 uokik powinno być szeroko wykładane, w szczególności odnosić się także do postępowań w sprawie kontroli koncentracji, argumentując, że „art. 74 uokik został umieszczony w ramach przepisów ogólnych właściwych dla wszystkich postępowań przed Prezesem UOKiK” (Bernatt, 2011, s. 112–113; Bernatt i Jurkiewicz-Wciślak, 2014, s. 1007). Z tego względu, zdaniem Autora, zastrzeżenia z art. 96a ust. 3 uokik traktować należy jako „szczególny rodzaj zarzutów, o których mowa w art. 74 uokik”.

W swoich rozważaniach skorzystam z metody dogmatycznej i prawnoporównawczej.

## II. Uregulowanie zastrzeżeń w prawie polskim

Na podstawie art. 96a ust. 3 uokik 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. Przedstawienie zastrzeżeń wymaga uzasadnienia.

Na podstawie art. 96a ust. 4 uokik przedsiębiorca może ustosunkować się do zastrzeżeń w terminie 14 dni od dnia ich doręczenia. Prezes Urzędu, na uzasadniony wniosek przedsiębiorcy, przedłuży ten termin o nie więcej niż 14 dni.

T. Skoczny wskazał, iż celem zastrzeżeń jest nie tylko zapoznanie przedsiębiorcy z wątpliwościami organu wobec koncentracji w celu przygotowania się do decyzji zakazującej, lecz także stworzenie podmiotom zainteresowanym możliwości podjęcia odpowiednich działań, polegających chociażby na dostosowaniu struktury czy zakresu transakcji w taki sposób, aby wątpliwości organu zostały usunięte (Skoczny, 2014, s. 1175).

<sup>1</sup> T.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 2243 ze zm.

Autor ten podaje, iż zastrzeżenia są wyrażane w formie postanowienia, które musi zawierać uzasadnienie (Skoczny, 2014, s. 1175). Wskazuje, że uzasadnienie odgrywa rolę edukacyjną, ale umożliwia także podjęcie przez przedsiębiorcę odpowiednich zmian w koncentracji w celu uzyskania decyzji pozytywnej, zgodnej ze złożonym przez niego wnioskiem (Skoczny, 2014, s. 1175).

*W celu umożliwienia przedsiębiorcy adekwatne ustosunkowanie się do zastrzeżeń, organ powinien nie tylko przedstawić zastrzeżenia, ale również wyjaśnić na jakiej podstawie, przy użyciu jakich danych, informacji, badań czy analiz doszedł on do konkretnych wniosków. Powołane przez organy podstawy prawne i faktyczne powinny być na tyle konkretne, aby strona postępowania, do której zastrzeżenia są adresowane, mogła efektywnie się do nich ustosunkować i zaproponować kontrargumenty lub rozwiązanie problemów (Skoczny, 2014, s. 1175).*

Zastrzeżenia nie przesądzają o końcowym rozstrzygnięciu postępowania.

Postanowienie o przedstawieniu zarzutów (PPZ) nie podlega zaskarżeniu, gdyż takie uprawnienie nie wynika ani z treści uokik ani z k.p.a.

### III. *Statement of Objection* a zastrzeżenia w prawie polskim

Wprowadzona przez ustawę zmieniającą ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów od 18 stycznia 2015 r.<sup>2</sup> instytucja zastrzeżeń jest, jak się wydaje, wzorowana na instytucji procedury unijnej, o której mowa w art. 6 rozporządzenia Rady (WE) Nr 139/2004 z 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (rozporządzenie WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw).

Zgodnie z przepisem art. 6 w/w rozporządzenia Komisja bada zgłoszenie niezwłocznie po jego otrzymaniu. Jeżeli Komisja stwierdza, że zgłaszana koncentracja podlega zakresowi rozporządzenia i wzbudza poważne wątpliwości co do zgodności ze wspólnym rynkiem, podejmuje decyzję o wszczęciu postępowania. Bez uszczerbku dla przepisów art. 9 w/w rozporządzenia, takie postępowanie zostaje zakończone na mocy decyzji, o której mowa w art. 8 ust. 1 do 4, tj. Komisja wydaje decyzję uznającą koncentrację za zgodną ze wspólnym rynkiem lub decyzję uznającą koncentrację za niezgodną ze wspólnym rynkiem, chyba że zainteresowane przedsiębiorstwa udowodniły Komisji, iż odstąpiły od koncentracji.

Zdaniem T. Skoczego, polskie „zastrzeżenia” stanowią odpowiednik *Statement of Objection* (SO) w postępowaniu przed KE w sprawie koncentracji o wymiarze wspólnotowym (Skoczny, 2014, s. 1176) i należy wzorować się na standardach dotyczących SO i wypracowanych przez wiele lat w orzecznictwie KE i sądach unijnych. Autor ten wskazuje, że oczywistym standardem jest wymaganie, aby zastrzeżenia były wyczerpujące, tj. aby przedsiębiorca w ostatecznej decyzji nie był zaskoczony inną jeszcze dodatkową wątpliwością organu co do zgłoszonej koncentracji, co do której nie miał szans się wypowiedzieć (Skoczny, 2014, s. 1176).

Tak samo trudne do pogodzenia z prawem do obrony byłoby wskazanie w decyzji innych podstaw koncentracji, które nie mają nic wspólnego z podniesionymi wcześniej przez organ zastrzeżeniami<sup>3</sup>. T. Skoczny wyjaśnia, że wskazanie w decyzji innej wątpliwości przez organ administracji niż wskazanej w zastrzeżeniach byłoby sprzeczne z art. 74 uokik (znajdującym

<sup>2</sup> Ustawa z 10.06.2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2014 r., poz. 945).

<sup>3</sup> Wyr. SPI z 22.10.2002 r. w sprawie T-310/01, *Schneider Electric S.A. p. Komisji*, ECLI:EU:T:2002:254.

zastosowanie do każdej decyzji wydawanej przez organ), który stanowi, że w decyzji kończącej postępowanie Prezes Urzędu uwzględni tylko zarzuty, co do których strony mogły się ustosunkować (Skoczny, 2014, s. 1176).

Komentatorzy (Dudzik, 2015, s. 9; Skoczny, 2014, s. 1176) zgodnie podkreślają, że zastrzeżenia w świetle polskiej ustawy mogą być wydawane na stosunkowo wczesnym etapie tzw. II fazy postępowania (praktycznie razem z postanowieniem z art. 96a ust. 2 uokik o przedłużeniu zakończenia postępowania antymonopolowego) oraz gdy istnieje tylko prawdopodobieństwo (uzasadnione) negatywnego rozstrzygnięcia w sprawie. Natomiast w prawie UE przejście do II fazy postępowania jest konsekwencją powstania po stronie Komisji „poważnych wątpliwości” co do zgodności planowanej koncentracji z rynkiem wewnętrznym<sup>4</sup>, a zastrzeżenia z rozporządzenia stanowią wyraz wstępnego stanowiska Komisji o niezgodności projektowanej transakcji z wymogami rynku wewnętrznego i są wydawane przed przejściem do II fazy postępowania.

W ocenie S. Dudzika, „w prawie UE zastrzeżenia są instytucją służącą przede wszystkim zapewnieniu prawa do obrony i stanowią „preludium” do wydania decyzji negatywnej. 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” (Dudzik, 2015, s. 9).

Sąd Pierwszej Instancji (obecnie: Sąd)<sup>5</sup> wskazywał zatem, że „wykaz zastrzeżeń powinien w sposób dostatecznie jasny wskazywać zarzuty stawiane wobec planowanej koncentracji, tak, by zainteresowane przedsiębiorstwa uzyskały wszystkie informacje, których potrzebują, aby podjąć właściwą obronę, zanim jeszcze Komisja przyjmie decyzję kończąca 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 koncentracji”<sup>6</sup>.

Jak wskazywało uzasadnienie projektu nowelizacji uokik, zastrzeżenia w prawie polskim mają w założeniu przede wszystkim usprawnić komunikację między Prezesem UOKiK a przedsiębiorcami, umożliwić dostosowanie warunków zamierzonej koncentracji do wymagań Prezesa UOKiK, a także stanowić etap poprzedzający przedstawienie samych warunków<sup>7</sup>.

S. Dudzik (2015, s. 9) zauważył także, 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”);
- żądania przez zgłaszających i inne osoby uczestniczące w koncentracji wysłuchania ustnego (zasadniczo nie dotyczy osób trzecich);
- żądania przez zgłaszających i inne osoby uczestniczące w koncentracji dostępu do akt (nie dotyczy osób trzecich).

<sup>4</sup> Pojęcie „rynku wewnętrznego” i jego definicja zostały wskazane w art. 26 TFUE (Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, czyli traktat lizboński). Przepis ten precyzuje, iż: „rynek wewnętrzny obejmuje obszar bez granic wewnętrznych, w którym jest zapewniony swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału, zgodnie z postanowieniami Traktatów”. Natomiast pojęcie „wspólny rynek” znaczy to samo co rynek wewnętrzny, ale zostało użyte w rozporządzeniu Rady (WE) Nr 139/2004.

<sup>5</sup> Sąd – organ sądowy Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

<sup>6</sup> Wyr. SPI z 25.10.2002 r. w sprawie T-5/02, *Tetra Laval BV p. Komisji*, ECLI:EU:T:2002:264.

<sup>7</sup> Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy Kodeks postępowania cywilnego z projektami aktów wykonawczych, druk sejmowy nr 1703, Warszawa, 30.08.2013 r., s. 46.

W prawie polskim ustosunkować się do zastrzeżeń może tylko przedsiębiorca lub przedsiębiorcy uczestniczący w koncentracji, nie mogą się zaś ustosunkować do nich osoby trzecie.

Zdaniem P. Korycińskiej „zastrzeżenia Prezesa UOKiK odnośnie do planowanej koncentracji stanowią namiastkę istniejącego w prawie unijnym *Statement of Objections*” (Korycińska, 2015, s. 68). Jej zdaniem „instytucja zastrzeżeń będzie przede wszystkim pełniła funkcję inicjującą kontakt przedsiębiorcy z organem antymonopolowym, a w mniejszym zakresie służyła realizacji prawa do obrony” (Korycińska, 2015, s. 68).

W mojej ocenie zastrzeżenia w prawie polskim odgrywają rolę komunikacyjną pomiędzy przedsiębiorcą i Prezesem UOKiK, ale realizują też ogólne zasady postępowania administracyjnego, a mianowicie: zasadę informowania stron i pozostałych uczestników postępowania oraz zasadę czynnego udziału stron w postępowaniu. Przedsiębiorca poprzez zastrzeżenia jest informowany o wstępnej ocenie koncentracji przez Prezesa UOKiK i ma możliwość dostosowania koncentracji do uwag organu albo wycofania wniosku.

Odnosząc się do instytucji zastrzeżeń w postępowaniu przed Komisją Europejską, uregulowanych w rozporządzeniu Rady (WE) Nr 139/2004 z 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, moim zdaniem, instytucja ta jest bardzo podobna do instytucji zastrzeżeń w prawie polskim, ale nie identyczna.

Przede wszystkim w orzecznictwie sądów Unii Europejskiej podkreśla się, iż *Statement of Objection* (SO) powinny być wyczerpujące i wskazywać stronom wszystkie zastrzeżenia wobec zgłoszonej koncentracji, w celu zapewnienia stronom prawa do obrony<sup>8</sup>. Takie wymagania także są stawiane przez przepisy prawa i doktrynę polskim zastrzeżeniom, które powinny szczegółowo wskazywać zarzuty urzędu wobec koncentracji.

Nie zgadzam się ze stanowiskiem S. Dudzika, że zastrzeżenia zgłoszone przez Komisję Europejską stanowią „preludium” do wydania decyzji negatywnej. Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt c rozporządzenia Nr 139/2004, jeżeli bez uszczerbku dla przepisów ust. 2 tego przepisu, Komisja stwierdza, że zgłaszana koncentracja podlega zakresowi niniejszego rozporządzenia i wzbudza poważne wątpliwości co do zgodności z rynkiem wewnętrznym, podejmuje decyzję o wszczęciu postępowania. Bez uszczerbku dla przepisów art. 9, takie postępowanie zostaje zakończone na mocy decyzji, o której mowa w art. 8 ust. 1 do 4, chyba że zainteresowane przedsiębiorstwa udowodniły Komisji, iż odstąpiły od koncentracji.

W art. 8 ust. 1–4 w/w rozporządzenia zostały wskazane następujące rodzaje decyzji, które wydaje Komisja Europejska: decyzja uznająca koncentrację za zgodną ze wspólnym rynkiem; decyzja uznająca koncentrację za zgodną ze wspólnym rynkiem, ale po zmianach przeprowadzonych przez zainteresowane przedsiębiorstwa; decyzja uznająca koncentrację za niezgodną ze wspólnym rynkiem. Ponadto Komisja może wymagać od zainteresowanych przedsiębiorstw rozwiązania koncentracji lub nakazać podjęcie wszelkich innych stosownych środków mających na celu zapewnienie, iż zainteresowane przedsiębiorstwa rozwiążą ją lub podejmą inne środki dla przywrócenia stanu wcześniejszego zgodnie z jej decyzją.

Mając na uwadze powyżej zacytowane przepisy rozporządzenia należy zauważyć, że zgłoszenie zastrzeżeń może doprowadzić do sytuacji, w której po zmianach przeprowadzonych przez

<sup>8</sup> Wyr. Trybunału z 13.02.1979 r. w sprawie 85/76 *Hoffmann-La Roche p. Komisji*, ECLI:EU:C:1979:36, pkt 9, 11; wyr. z 8.07.1999 r. w sprawie C-51/92 *P Hercules Chemicals p. Komisji*, ECLI:EU:C:1999:357, pkt 75.

zainteresowane przedsiębiorstwa Komisja wydaje decyzję pozytywną. Wobec tego zgłoszenie zastrzeżeń w tym postępowaniu także nie przesądza o treści decyzji końcowej.

Można wyszczególnić też różnice pomiędzy przedmiotowymi instytucjami.

Przed wszystkim, co wskazałam powyżej, różny jest krąg uczestników, który w postępowaniu przed Komisją jest szerszy. Przepisy unijne przyznają osobom trzecim prawo zgłaszania uwag do zastrzeżeń, gdy w prawie polskim uczestnikami są wyłącznie przedsiębiorcy biorący udział w koncentracji i im przysługują prawa strony w postępowaniu administracyjnym.

Istotna różnica polega na tym, że *Statement of Objection* (SO) uznawane jest za instytucję realizującą prawo do obrony stron postępowania. Tymczasem, jak to wskazałam powyżej, zastrzeżenia z polskiej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (art. 96a ust. 3 uokik) odgrywają rolę dialogu pomiędzy właściwym organem a przedsiębiorcami.

Różnica wynika z etapu postępowania, na którym są zgłaszane zastrzeżenia.

Komisja zgłasza zastrzeżenia przed przejściem do II fazy postępowania, gdy ma poważne wątpliwości do zgodności koncentracji ze wspólnym rynkiem. Wobec tego są one zgłaszane na zaawansowanym etapie postępowania dowodowego, kiedy większość dowodów wskazuje na niezgodność koncentracji z przepisami prawa.

W prawie polskim zastrzeżenia są wydawane w II fazie postępowania, ale jest to faza wstępna, po przeprowadzaniu badań rynku przez urząd. Z tego względu Prezes UOKiK dysponuje dopiero opiniami konkurentów oraz badaniami rynku i nie są to dowody w rozumieniu kodeksu postępowania administracyjnego. Natomiast Komisja przedstawia zarzuty wobec zgłoszonej koncentracji, mając konkretne dowody. Przedstawienie tych dowodów wymusza niejako na uczestniku postępowania podjęcie prawa do obrony oraz podjęcie próby modyfikacji planowanej koncentracji.

## IV. Decyzje Prezesa Urzędu

### 1. Charakterystyka ogólna

Z informacji zawartych na stronach internetowych Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wynika, że w 2016 r. Prezes UOKiK wydał 196 decyzji dotyczących kontroli koncentracji, a dotyczyły one w większości szeroko pojętej branży nieruchomości (20 decyzji), spożywczej (18) oraz motoryzacyjnej (15). W 194 przypadkach Prezes UOKiK zgodził się na koncentracje, a dwa razy zgoda została uzależniona od spełnienia przez przedsiębiorców określonych warunków. W 2016 roku Prezes Urzędu w 10 sprawach wydał postanowienie o przejściu postępowania do drugiej fazy. Średni czas wszystkich rozpatrywanych spraw zakończonych decyzją to 38 dni. Z tego 189 spraw zakończyło się bez konieczności przedłużania postępowania (średni czas to 30 dni), a siedem decyzji było poprzedzonych drugą fazą. W 6 sprawach Prezes Urzędu przedstawił zastrzeżenia do transakcji. W przypadku trzech zastrzeżeń wnioskodawcy wycofali wnioski o zgodę Prezesa Urzędu<sup>9</sup>. Z kolei w 2017 roku Prezes UOKiK wydał 188 zgód na koncentrację (stan na 30 listopada 2017 r.). W jednym przypadku zgoda została uzależniona od spełnienia przez przedsiębiorcę określonych warunków. Było to przejście przez PGE Polska Grupa Energetyczna S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: PGE) kontroli nad EDF Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: EDF). Prezes Urzędu dwa razy nałożył na przedsiębiorców kary pieniężne za przeprowadzenie koncentracji

<sup>9</sup> [https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news\\_id=12939](https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=12939) (17.01.2019).

bez zgody organu. Natomiast 182 sprawy zakończyły się bez konieczności przedłużania postępowania (średni czas to 34 dni), a sześć decyzji było poprzedzonych drugą fazą. W czterech przypadkach Prezes UOKiK przedstawił zastrzeżenia do transakcji. Jeden z przedsiębiorców wycofał wówczas swój wniosek<sup>10</sup>.

## 2. PGE – EDF

W decyzji nr DKK-156/2017 z 4 października 2017 r. Prezes UOKiK po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego na wniosek PGE wyraził zgodę na „dokonanie koncentracji, polegającej na przejściu przez PGE Polska Grupa Energetyczna S.A. z siedzibą w Warszawie kontroli nad EDF Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, pod warunkiem sprzedaży przez PGE Polska Grupa Energetyczna S.A., począwszy od dnia 1 stycznia 2018 r., z uwzględnieniem wolumenu sprzedaży dokonywanej przez podmioty należące do jej grupy kapitałowej w rozumieniu art. 4 pkt. 14 uokik (GK PGE), na zasadach określonych w art. 49a ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne (Dz.U. 2017, poz. 220), dodatkowego wolumenu energii elektrycznej odpowiadającego rzeczywistej ilości energii elektrycznej wytworzonej w danym roku kalendarzowym w Elektrowni Rybnik, pomniejszonej o wytworzony w Elektrowni Rybnik wolumen energii elektrycznej podlegający w danym roku kalendarzowym obowiązkowi sprzedaży energii elektrycznej na podstawie art. 49a ustawy – Prawo energetyczne („Dodatkowy Wolumen”), ponad wolumen wynikający z obowiązku określonego w art. 49a ustawy – Prawo energetyczne dotyczącego aktywów wytwórczych GK PGE”.

W skrócie przedstawiono poniżej stan faktyczny tej sprawy.

W dniu 1 czerwca 2017 r. Prezes UOKiK na wniosek PGE wszczął postępowanie antymonopolowe w sprawie koncentracji, polegającej na przejściu przez PGE kontroli nad EDF, tj. koncentracji określonej w art. 13 ust. 2 pkt 2 uokik.

W dniu 26 czerwca 2017 r. organ antymonopolowy postanowił przedłużyć termin na zakończenie postępowania w tej sprawie o 4 miesiące, m.in. w celu przeprowadzenia badania rynku. Uzasadniając powyższe, Prezes Urzędu wskazał, iż „działalność uczestników koncentracji pokrywa się na 9 krajowych rynkach związanych z produkcją i sprzedażą energii elektrycznej, zaś na 6 z nich wywiera wpływ w układzie horyzontalnym. Ponadto na krajowym rynku wytwarzania i wprowadzania do obrotu energii elektrycznej szacowane łączne udziały uczestników koncentracji przekraczają 40%, a więc próg, z którym ustawa o ochronie konkurencji wiąże domniemanie posiadania pozycji dominującej”<sup>11</sup>.

W dniu 14 września 2017 r. Prezes Urzędu stosownie do treści art. 96a ust. 3 uokik wystosował do PGE zastrzeżenia wobec planowanej koncentracji. W dniu 27 września 2017 r. PGE przedstawiła odpowiedź na te zastrzeżenia. PGE generalnie nie zgodziła się z argumentami Prezesa Urzędu, niemniej przedstawiła propozycję warunku.

Treść tego warunku została zacytowana w sentencji w/w decyzji Prezesa UOKiK, gdyż uwzględnił on warunek zaproponowany przez PGE w całości.

<sup>10</sup> Ibidem.

<sup>11</sup> Dec. w sprawie DKK1-421/31/17/MAB, s. 3. Pozyskano z: [https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec\\_prez.nsf/1/99CFF28A924BF296C12581E10052CFCA?editDocument&act=Decyzja](https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/1/99CFF28A924BF296C12581E10052CFCA?editDocument&act=Decyzja) (17.01.2019).

Prezes Urzędu wyraził zgodę na dokonanie przedmiotowej koncentracji, uzależniając ją od spełnienia przez PGE warunku. W jego ocenie, po spełnieniu przez wnioskodawcę tego warunku, planowana koncentracja nie doprowadzi do osiągnięcia przez wnioskodawcę pozycji dominującej na rynku i tym samym nie nastąpi istotne ograniczenie konkurencji. Jednocześnie Prezes Urzędu nałożył na PGE obowiązek raportowania z wykonania warunku.

Prezes Urzędu w uzasadnieniu do w/w decyzji wskazał, że „zaproponowany przez PGE warunek niweluje istotne ograniczenia konkurencji wynikające z tej koncentracji. Uzasadniając powyższe, należy przede wszystkim wskazać, że warunek ogranicza możliwości nadużywania siły rynkowej PGE na rynku produkcji i wprowadzania do obrotu energii elektrycznej do jakiego mogłoby dojść w wyniku niniejszej koncentracji i ryzyka wynikające z powiązań wertykalnych w zakresie produkcji, obrotu hurtowego oraz detalicznego energią elektryczną pomiędzy uczestnikami koncentracji. Powoduje on bowiem, że praktycznie cała energia elektryczna produkowana dotychczas przez EDF Polska, która była sprzedawana odbiorcom hurtowym zostanie skierowana na TGE. Dostęp do tej energii będą mieli wszyscy odbiorcy na niedyskryminacyjnych warunkach. W tym zakresie sytuacja na rynku nie powinna ulec pogorszeniu w stosunku do stanu sprzed dokonania koncentracji”.

### 3. UPC – Multimedia Polska

Prezes UOKiK wystosował także zastrzeżenia do przejęcia przez UPC kontroli nad Multimedia Polska<sup>12</sup>. Prezes UOKiK podał, że „badanie z urzędu pokazało, że przedsiębiorcy rywalizują z dostawcami innych rodzajów płatnej telewizji, m.in. satelitarnej, czy IPTV, nie konkurują natomiast z naziemną telewizją cyfrową. Obie usługi różnią się m.in. ilością kanałów. O ich odrębności świadczy również fakt, że po wprowadzeniu darmowej telewizji naziemnej, operatorzy kablowi nie zanotowali masowej straty klientów. Rynkiem właściwym w ujęciu geograficznym, na którym operatorzy telewizji kablowej prowadzą działalność i konkurują z innymi dostawcami usług płatnej telewizji jest obszar miasta/miejscowości. Wynika to m.in. z ograniczeń związanych z zasięgiem ich sieci, a tym samym rywalizacji o klienta na konkretnym terenie”<sup>13</sup>. Biorąc pod uwagę siłę uczestników koncentracji na lokalnych rynkach dostępu do płatnej telewizji, Prezes Urzędu uznał, że koncentracja może doprowadzić do znacznego wzmocnienia pozycji UPC i „ograniczać konkurencję w kilkunastu miastach w Polsce”<sup>14</sup>. Podobnie jest w przypadku Internetu. Tu również przedsiębiorcy świadczący usługi stacjonarnego dostępu do Internetu konkurują ze sobą na obszarach poszczególnych miejscowości. Ponadto, analiza Prezesa UOKiK wykazała, że trzeba rozróżnić rynki stacjonarnego i mobilnego dostępu do sieci. Wynika to m.in. z prędkości, jakości i stałości łącza oraz preferencji konsumentów, którzy nie chcą zastępować jednej usługi drugą. Jako powód podają m.in. chęć korzystania z Internetu poza domem (Internet mobilny) lub brak limitów danych (w przypadku stałego łącza). Po przejęciu Multimediów Polska, siła UPC mogłaby doprowadzić do ograniczenia konkurencji na rynkach dostępu do Internetu stacjonarnego w 15 miejscowościach.

<sup>12</sup> Sygnatura sprawy: DKK2-421/540/16/AI.

<sup>13</sup> Komentarz Prezesa UOKiK. Pozyskano z: [https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news\\_id=13617](https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=13617) (17.01.2019).

<sup>14</sup> Ibidem.

W odpowiedzi spółka przesłała dodatkowe dane i wyjaśnienia oraz złożyła również kilka propozycji modyfikacji transakcji, które miały umożliwić wydanie zgody warunkowej.

W ocenie organu żadna z nich nie zapobiegłaby jednak negatywnym skutkom koncentracji<sup>15</sup>. Wobec tego w dniu 23 marca 2018 r. spółka UPC Polska wycofała wniosek o zgodę na przejęcie Multimediiów Polska, a Prezes UOKiK umorzył prowadzone postępowanie.

#### 4. Benefit Systems – Calypso Fitness

Prezes UOKiK zgłosił zastrzeżenia do koncentracji spółki Benefit Systems z Calypso Fitness, ponieważ mogła ograniczać konkurencję.

Benefit Systems proponuje pracodawcom usługi sportowo-rekreacyjne dla pracowników. Ponadto za pośrednictwem spółek zależnych prowadzi kilkadziesiąt klubów fitness, m.in. we Wrocławiu, Poznaniu i Warszawie. Dzięki karcie MultiSport klienci korzystają z klubów własnych oraz partnerskich spółki. Natomiast Calypso prowadzi m.in. kilkadziesiąt klubów fitness, np. w Warszawie, Trójmieście, Poznaniu.

W tej sprawie Prezes Urzędu przeprowadził badanie rynku i zapytał o wpływ planowanej koncentracji podmioty prowadzące działalność na rynku pakietów usług sportowo-rekreacyjnych oferowanych pracodawcom, fitness kluby i pracodawców zamawiających pakiety pracownicze. Z analizy wynikało, że koncentracja mogłaby doprowadzić do ograniczenia konkurencji na rynku pakietów usług sportowo-rekreacyjnych oferowanych pracodawcom. Ponadto Benefit Systems po połączeniu posiadałby najwięcej klubów sieciowych fitness w Polsce. Wobec tego Prezes UOKiK, 23 listopada 2017 r., przedstawił zastrzeżenia do koncentracji. Benefit Systems wycofał ostatecznie wniosek o zgodę na przejęcie Calypso Fitness. Oznacza to, że postępowanie w tej sprawie zostało umorzone<sup>16</sup>.

#### 5. PKPE Holding – Elester-PKP

Prezes UOKiK wydał zastrzeżenia do przejęcia przez PKPE Holding kontroli nad spółką Elester-PKP w dniu 15 grudnia 2017 r., argumentując, że koncentracja może ograniczać konkurencję. PKPE Holding jest kontrolowany przez CVC Capital Partners SICAV-FIS, który stoi na czele grupy CVC. Spółki należące do niej świadczą inwestycyjne usługi doradcze i zarządzają inwestycjami w imieniu poszczególnych funduszy i platform. Elester-PKP jest współkontrolowana przez PKP Energetyka (spółkę zależną od PKPE Holding) oraz GE Power Controls. Produkuje m.in. systemy i podzespoły dla elektroenergetyki trakcyjnej. Postępowanie w tej sprawie przeszło do II fazy. Konieczne było badanie rynku, żeby zweryfikować dane podane przez przejmującą spółkę i ustalić udziały rynkowe uczestników transakcji. Niezbędne było również określenie rynków właściwych, na które transakcja wywiera wpływ. Analiza wykazała, że po zrealizowaniu planowanej transakcji może dojść do istotnego ograniczenia konkurencji na krajowym rynku dostaw poszczególnych podzespołów do podstacji trakcyjnych i urządzeń EZZ (elektronicznych zabezpieczeń ziemnozwarciowych) zasilających sieć kolejową oraz spowodować negatywne skutki w postaci wzrostu cen tych produktów. Spółka PKPE Holding wycofała wniosek o zgodę na przejęcie Elester-PKP.

<sup>15</sup> [https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news\\_id=14177](https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=14177) (komunikat prasowy) (17.01.2019).

<sup>16</sup> [https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news\\_id=13904&print=1](https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=13904&print=1) (17.01.2019).

## 6. Cargill Poland – Dossche

Natomiast w decyzji ostatecznej z 15 marca 2016 r.<sup>17</sup> Prezes UOKiK wyraził zgodę na przejęcie przez Cargill Poland kontroli nad spółką Dossche, pomimo wcześniej zgłoszonych zastrzeżeń. Przeprowadzone postępowanie wykazało, że koncentracja nie doprowadzi do ograniczenia konkurencji. Zarówno Cargill Poland, jak i Dossche prowadzą działalność w zakresie produkcji i sprzedaży mieszanek paszowych (pasz pełnoporcjowych, koncentratów, preparatów mlekozastępczych) oraz mieszanek mineralno-witaminowych przeznaczonych do karmienia zwierząt.

Planowana koncentracja miała polegać na nabyciu przez Cargill Poland 100 proc. udziałów Dossche. Wstępna analiza transakcji wykazała, że koncentracja może mieć negatywny wpływ na konkurencję. Dlatego Prezes UOKiK wydał postanowienie o przedłużeniu postępowania o cztery miesiące i przeprowadzeniu badania rynku, którym objętych zostało 60 przedsiębiorców. Analiza potwierdziła zagrożenie dla konkurencji, w związku z tym Prezes Urzędu wystosował zastrzeżenia do koncentracji. W odpowiedzi Cargill Poland m.in. wskazał kolejnych 17 konkurentów, którzy nie zostali objęci wcześniejszym badaniem rynku. Informacje uzyskane przez UOKiK od tych przedsiębiorców spowodowały konieczność zweryfikowania danych stanowiących podstawę wystosowanych wcześniej zastrzeżeń. W efekcie przeprowadzonej analizy zebranych w toku postępowania informacji ustalono, że koncentracja będzie wywierała wpływ na 8 lokalnych rynków sprzedaży pasz, jednak na żadnym z nich nie dojdzie do ograniczenia konkurencji. Uczestnicy koncentracji będą nadal musieli konkurować z innymi przedsiębiorcami.

W rezultacie została wydana przez Prezesa UOKiK decyzja o zgodzie na koncentrację.

## V. Podsumowanie

Niewątpliwie instytucja zastrzeżeń wobec koncentracji w prawie polskim nawiązuje do instytucji *Statement of Objection* (SO) w postępowaniu przed Komisją Europejską w sprawie koncentracji o wymiarze unijnym. Nie ma jednak jednolitego stanowiska doktryny co do zakresu podobieństwa pomiędzy tymi instytucjami.

W mojej ocenie instytucja zastrzeżeń w prawie polskim jest bardzo zbliżona do instytucji unijnej, chociaż wykazuje pewne różnice, co zostało przeze mnie opisane w rozdziale III.

Moim zdaniem zastrzeżenia zostały tak uregulowane w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, aby odgrywać rolę komunikacyjną pomiędzy Prezesem UOKiK a przedsiębiorcami.

W opisanych przeze mnie sytuacjach, gdy złożone zostały wnioski o wyrażenie zgody na planowaną koncentrację, a Prezes Urzędu miał wątpliwości, czy dana koncentracja nie doprowadzi do uzyskania przez „przedsiębiorcę przejmującego” pozycji dominującej na danym rynku, przeprowadzał badania rynku. Badanie polegało na przesyłaniu ankiet lub uzyskiwaniu opinii w inny sposób od pozostałych przedsiębiorców prowadzących działalność na tym samym rynku właściwym, co przedsiębiorcy zgłaszający zamiar koncentracji.

Jeśli badania i analiza rynku potwierdziły wątpliwości Prezesa UOKiK, podejmował on decyzję o przedłużeniu postępowania i zgłaszał zastrzeżenia.

<sup>17</sup> Nr DKK-41/2016.

Zastrzeżenia były zgłaszane w formie postanowienia i zawierały szczegółowe uzasadnienie, w których opisywał on przeprowadzone badania i wskazywał swoje wnioski odnośnie do planowanej koncentracji.

Uzasadnienia zawierały kilka elementów: oznaczenie uczestników koncentracji, wskazanie podstawy prawnej i celu gospodarczego koncentracji, opinie na temat koncentracji otrzymane w ramach przeprowadzonego badania rynku, określenie rynków właściwych, na które koncentracja wywiera wpływ oraz merytoryczne uzasadnienie stanowiska Prezesa Urzędu.

Wobec tego uczestnicy mieli możliwość zapoznania się ze wstępnym stanowiskiem Prezesa Urzędu i podjęcia stosownych działań.

W jednej z opisanych przeze mnie spraw – z wniosku PGE o przejęcie kontroli nad EDF, wnioskodawca podjął negocjacje z Prezesem UOKiK, ponieważ w odpowiedzi na zastrzeżenia przedstawił własną propozycję koncentracji pod warunkiem, który zniwelowałby zarzuty do koncentracji przedstawiane przez Prezesa Urzędu. Z uzasadnienia decyzji końcowej w przedmiotowej sprawie wynika, iż przedsiębiorca nie zgadzał się ze stanowiskiem Prezesa UOKiK. Pomimo to dalsze działania przedsiębiorcy wskazują, że zgłaszając warunek do koncentracji, niejako akceptuje te argumenty i zmienia zasady planowanej koncentracji, aby nie doprowadziła ona do zachwiania konkurencji na rynku energetycznym.

W trzech opisywanych przeze mnie sprawach koncentracji, po przedstawieniu zastrzeżeń i odpowiedzi na nie przez przedsiębiorców oraz wskazaniu ewentualnych ich modyfikacji, „dialog” z organem nie doprowadził do wypracowania wspólnego stanowiska, lecz skłonił przedsiębiorcę do wycofania wniosku.

W ostatnim opisywanym przeze mnie przypadku – przejęcia przez Cargill Poland 100 proc. udziałów Dossche, „przedsiębiorca aktywny” zakwestionował w odpowiedzi na zastrzeżenia, przeprowadzane przez UOKiK badania, gdyż nie obejmowały one wszystkich istotnych konkurentów spółki. Cargill Poland zgłosił kolejnych przedsiębiorców do objęcia badaniem rynku i ostateczne wyniki doprowadziły do zmiany stanowiska Prezesa Urzędu.

Opisane powyżej sytuacje „dialogu” przedsiębiorcy z Prezesem UOKiK w sprawach o wyrażenie zgody na koncentrację wskazują na silniejszą pozycję Prezesa UOKiK, gdyż w większości spraw uczestnicy nie byli w stanie przekonać organu do swoich racji. Zgłoszenie zastrzeżeń nie doprowadziło jednak w sensie proceduralnym do wydania decyzji negatywnej, lecz w tych przypadkach, gdy negocjacje nie przyniosły oczekiwanych efektów, strony same wycofały zgłoszenie zamiaru koncentracji.

Dając wnioskodawcy prawo ustosunkowania się do zastrzeżeń Prezesa UOKiK, ustawodawca realizuje prawo strony do czynnego udziału w postępowaniu administracyjnym i wypowiedzenia się już we wstępnej fazie co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań.

Jak pokazują dane statystyczne i przykłady z ostatnich dwóch lat, zastrzeżenia nie były często stosowane, ale prowadziły albo do uzgodnienia stanowisk i porozumienia albo niejako przekonały przedsiębiorcę, iż planowana koncentracja spowoduje, że konkurencja na rynku zostanie istotnie ograniczona i w rezultacie wycofywał on wniosek o zgodę na dokonanie koncentracji.

Można więc przyjąć, że zastrzeżenia pełnią funkcję przekonywania, choć jak wspomniałam wcześniej, wynika to niejako z przewagi organu antymonopolowego nad uczestnikami postępowania jako „organu władczego”.

Konkludując powyższe rozważania, należy stwierdzić, że instytucja zastrzeżeń odgrywa pozytywną rolę w postępowaniu w sprawach koncentracji. Zarówno w prawie polskim, jak i unijnym zastrzeżenia są rozwiązaniem korzystnym dla przedsiębiorcy i realizują jego interesy. Dają możliwość poznania zarzutów organu wobec planowanej koncentracji, co daje szansę modyfikacji przez przedsiębiorcę projektu koncentracji w taki sposób, aby postępowanie zakończyło się sukcesem.

W prawie polskim ta instytucja obowiązuje od niedawna – ok. czterech lat i wydaje mi się, że jej znaczenie w postępowaniach w sprawach koncentracji będzie wzrastało.

### Bibliografia

- Bernatt, M. (2011). *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW.
- Bernatt, M. i Jurkiewicz-Wciślak, A. (2014). W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
- 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).
- Skoczny, T. (2014). W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.