

PIOTR LISSOŃ

KONTROLA KONCENTRACJI GOSPODARCZEJ W PROCESACH KOMERCJALIZACJI I PRYWATYZACJI PRZEDSIĘBIORSTW PAŃSTWOWYCH

Brak powszechnej świadomości faktu, że między prawem antymonopolowym a przepisami dotyczącymi prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych zachodzą relacje o dużym znaczeniu w praktyce, skłania do bliższego ich zanalizowania. Celem artykułu jest zwrócenie uwagi na rolę ustawy z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym¹ w procesach komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych. Rozważania będą raczej szczegółowe, gdyż takie ujęcie najszerzej, zdaniem autora, pozwala przedstawić relacje zachodzące między właściwymi w tych sprawach przepisami.

Jednym z celów ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych², obok celu zasadniczego, czyli oddania mienia państwowego "w prywatne ręce", jest także rozwój konkurencji na rynku towarów i usług. Wniosek taki wypływa z faktu, iż:

- 1) ustawa ta należy do najważniejszych aktów kształtujących nowy ustrój gospodarczy państwa,
- 2) do realizacji celów przemian ustrojowych w Polsce, do których należy kształtowanie gospodarki rynkowej, nie może doprowadzić jedynie zamiana państwowej (publicznej) własności środków produkcji na własność prywatną. Zamiana silnie zmonopolizowanej gospodarki państwowej na monopol prywatny nie oznacza wprowadzenia ustroju gospodarki rynkowej. O istocie takiej gospodarki decyduje przede wszystkim istnienie konkurencji³.

Umiejętne połączenie procesów prywatyzacyjnych z demonopolizacją struktur gospodarczych może być czynnikiem podnoszącym efektywność gospodarki⁴. Natomiast prywatyzacja, której efektem byłaby sprzedaż przedsiębiorstw państwowych ich bezpośrednim (prywatnym) konkurentom, w oczywisty sposób mogłaby doprowadzić (ponownie) do silnej ekonomicznej koncentracji czy nawet monopolizacji rynku, a tym samym do **ograniczenia konkurencji**. Z uwagi na możliwość wystąpienia takich niepożądanych

¹ Tekst jednolity: Dz. U. z 1997 r., Nr 49, poz. 318; zm. Dz. U. 1997, Nr 118, poz. 754 i Nr 121, poz. 770.

² Dz. U. 1996, Nr 118, poz. 561; zm. Dz. U. 1996, Nr 156, poz. 775; 1997, Nr 32, poz. 184; Nr 98, poz. 603; Nr 106, poz. 673; Nr 121, poz. 770; Nr 137, poz. 926; Nr 141, poz. 945.

³ C. Kosikowski, M. Śniegucki, *Komercjalizacja i prywatyzacja przedsiębiorstw państwowych. Komentarz do ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r.*, Warszawa 1997, s. 7.

⁴ S. Gronowski, *Ustawa o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym*, Warszawa 1994, s. 112.

łączeń, celowe jest sprawowanie kontroli nad prywatyzacją przedsiębiorstw państwowych pod kątem koncentracji gospodarczej (ekonomicznej).

Zasadniczo jednak koncentracja, rozumiana jako **łączenie się** przedsiębiorców w celu zwiększenia siły rynkowej, jest jedną z dozwolonych strategii konkurencji. Przedsiębiorcy mogą posługiwać się tą strategią, korzystając z zasady wolności gospodarczej, wyrażonej w przepisach obowiązującej Konstytucji RP oraz w aktach prawnych rangi ustawowej⁵. Może ona przynosić korzyści całej gospodarce, szczególnie gdy jej efektem jest obniżenie kosztów działalności przedsiębiorców, a co za tym idzie, również cen. Strategia ta jednak, stosowana w sposób niekontrolowany, może prowadzić do powstania takiej struktury rynku, która ograniczy możliwość korzystania z wolności gospodarczej innym przedsiębiorcom⁶. Ustawa o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych nie przewiduje procedury, która takiemu skutkowi prywatyzacji mogłaby przeciwdziałać.

Znajdują więc tutaj zastosowanie ogólne przepisy dotyczące **kontroli** koncentracji gospodarczej, zawarte w przepisach ustawy z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym (zwanej dalej ustawą antymonopolową). Zasady i tryb kontroli regulują przepisy rozdziału III tej ustawy, który nosi tytuł "Oddziaływanie na kształtowanie struktur podmiotów gospodarczych". W świetle tych przepisów, niektóre przypadki prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych zakwalifikowane zostaną jako łączenie, realizowane pomiędzy nabywcą a nabywanym przedsiębiorstwem państwowym. Zamiar dokonania takiego łączenia podlega obowiązkowi notyfikacji do właściwego organu sprawującego kontrolę.

Kontrola koncentracji gospodarczej dokonywana jest w Polsce przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów⁷ (w skrócie UOKiK), a ściślej przez jego organ jakim jest Prezes Urzędu. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów jest centralnym organem administracji rządowej podległym Radzie Ministrów (art. 17 ust. 2 ustawy antymonopolowej). Do zasadniczych zadań Prezesa Urzędu należy również zwalczanie praktyk monopolistycznych (w postaci zakazanych porozumień oraz zakazanych indywidualnych praktyk przedsiębiorców posiadających monopolistyczną lub dominującą pozycję na rynku)⁸ oraz ochrona interesów konsumentów. Ochrona udzielana konsumentom zabezpieczać ma nie tylko przed skutkami praktyk monopolistycznych, ale również przed skutkami nieuczciwej konkurencji na rynku⁹. Polska ustawa antymonopolowa umożliwia przeciwdziałanie nadmiernej koncentracji gospodarczej również przez możli-

⁵ W szczególności: w art. 20 i 22 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku (Dz. U. z 1997, Nr 78, poz. 483) oraz art. 1 ustawy z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej (Dz. U. z 1988, Nr 41, poz. 324 ze zm.)

⁶ S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa. Komentarz*, Warszawa 1996, s. 198 - 200.

⁷ Do 31 września 1996 roku Urząd Antymonopolowy. Na podstawie art. 3, 32 i 56 ustawy z dnia 8 sierpnia 1996 r. o zmianie niektórych ustaw normujących funkcjonowanie gospodarki i administracji publicznej (Dz. U. z 1996 r., Nr 106, poz. 496) zmieniono nazwę oraz zakres zadań Urzędu, wzmacniając szczególnie kompetencje służące ochronie konsumentów.

⁸ Określonych w przepisach rozdziału II ustawy z dnia 24 lutego 1990 r., a w szczególności w art. 4, 5, 7, i 9 tej ustawy.

⁹ Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów przysługują roszczenia określone w art. 18 ust. 1 pkt 1 - 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 1993 r., Nr 47, poz. 211; zm. Dz. U. 1996, Nr 106, poz. 496; Dz. U. 1997, Nr 88, poz. 554).

wość dokonania podziału lub likwidacji przedsiębiorców dominujących (art. 12 ustawy antymonopolowej).

*

Kluczowym pojęciem, jakim posługuje się ustawa antymonopolowa w przepisach dotyczących kontroli koncentracji gospodarczej jest "łączenie". Ustawa nie zawiera jednak definicji tego terminu. Artykuł 11 ust. 1 ustawy antymonopolowej stanowi, iż zamiar łączenia przedsiębiorców, w wypadkach określonych w ust. 2 i 3 tego artykułu, podlega zgłoszeniu Prezesowi UOKiK w terminie 14 dni od dokonania czynności, z którą ustawa wiąże ten obowiązek. W przepisach polskiego prawa terminu "łączenie" zasadniczo używa się na określenie **przejęcia** (inkorporacji) oraz **fuzji**. W następstwie inkorporacji dochodzi do przejęcia majątku jednego przedsiębiorcy przez drugiego przedsiębiorcę, z czym wiąże się ustanie bytu prawnego przedsiębiorcy przejętego. W trybie inkorporacji następuje przykładowo łączenie przedsiębiorstw państwowych¹⁰, spółdzielni¹¹, jednostek badawczo-rozwojowych¹², spółek z ograniczoną odpowiedzialnością i spółek akcyjnych¹³. Fuzję przewidują natomiast jedynie przepisy kodeksu handlowego, dając spółkom kapitałowym również taką (alternatywną) możliwość przeprowadzenia połączenia. Fuzja, zgodnie z treścią art. 283 pkt 2 oraz 463 pkt 2 k.h. polega na zawiązaniu nowej spółki, na którą przechodzi majątek wszystkich łączących się spółek, w zamian za akcje (udziały) utworzonej w ten sposób spółki.

Z treści ustępu 2 art. 11 ustawy antymonopolowej, w którym wymienione są różne stany faktyczne uznane za przejaw łączenia, wnioskować można, że terminu "łączenie" użyto tu w sposób wykraczający poza jego tradycyjne znaczenie. Obowiązek określony w art. 11 ust. 1 tej ustawy dotyczy mianowicie:

- fuzji i inkorporacji (art. 11 ust. 2 pkt 1),
- nabycia lub przejęcia w posiadanie przez przedsiębiorcę zorganizowanej części mienia innego przedsiębiorcy (art. 11 ust. 2 pkt 2),
- objęcia lub nabycia akcji lub udziałów innego przedsiębiorcy (art. 11 ust. 2 pkt 3 i 4),
- łączenia funkcji: dyrektora, wicedyrektora, członka zarządu, członka rady nadzorczej, członka komisji rewizyjnej albo głównego księgowego u konkurujących ze sobą przedsiębiorców (art. 11 ust. 2 pkt 5),
- przejęcia w inny sposób, niż określone wyżej, bezpośrednio lub pośrednio, kontroli nad innym przedsiębiorcą (art. 11 ust. 2 pkt 6).

¹⁰ Par. 29 pkt 1 i par. 35 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30.11.1981 r. w sprawie wykonania ustawy o przedsiębiorstwach państwowych (Dz. U. Nr 31, poz. 170 ze zm.).

¹¹ Dział IX (art. od 96 do 102) ustawy z dnia 16.09.1982 r. Prawo spółdzielcze (tekst jednolity: Dz. U. z 1995 r., Nr 54, poz. 288, ze zm.).

¹² Rozdział 2 (w szczególności par. 2 ust. 2) rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 21.03.1995 r. w sprawie szczegółowych warunków i trybu łączenia, podziału, reorganizacji i likwidacji jednostek badawczo-rozwojowych. (Dz. U. z 1995 r., Nr 37, poz. 180).

¹³ Art. 283 pkt 1 i art. 463 pkt 1 Rozporządzenia Prezydenta RP z dnia 27.06.1934 r. Kodeks handlowy. (Dz. U. z 1934 r., Nr 57, poz. 502; ze zm.).

Przesłanką istnienia obowiązku dokonania zgłoszenia jest ponadto łączna wartość sprzedaży towarów łączących się przedsiębiorców przekraczająca 5 mln ECU w roku kalendarzowym poprzedzającym rok zgłoszenia zamiaru łączenia (dla łącheń określonych w art. 11 ust. 2 pkt 1, 3, 5 i 6 ustawy antymonopolowej), wartość sprzedaży towarów spółki, której akcje (lub udziały) są nabywane przez instytucję finansową, przekraczająca 5 mln ECU w roku kalendarzowym poprzedzającym rok zgłoszenia zamiaru łączenia (art. 11 ust. 2 pkt 4), łączna wartość funduszy łączących się banków powyżej 50 mln ECU na koniec roku kalendarzowego poprzedzającego rok zgłoszenia zamiaru łączenia (art. 11 ust. 3 ustawy antymonopolowej), wartość zorganizowanej części mienia przekraczająca 2 mln ECU (art. 11 ust. 2 pkt 2), osiągnięcie lub przekroczenie, w wyniku objęcia lub nabycia akcji lub udziałów innego przedsiębiorcy, progó 10%, 25%, 33% lub 50% głosów na walnym zgromadzeniu lub zgromadzeniu wspólników (art. 11 ust. 2 pkt 3 i 4) oraz bycie konkurentami przez uczestników łączenia (tylko w przypadku unii personalnej: art. 11 ust. 2 pkt 5 ww. ustawy).

Obowiązkiem dokonania zgłoszenia zamiaru łączenia obarczono nie tylko łączących się przedsiębiorców. Na podstawie par. 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 lipca 1995 r. w sprawie określenia szczegółowych warunków jakim powinno odpowiadać zgłoszenie zamiaru łączenia i przekształcenia *podmiotów gospodarczych*, oraz określenia organów podmiotów zobowiązanych do dokonania tego zgłoszenia¹⁴, obowiązek ten spoczywa również na organie zarządzającym przedsiębiorcy, który jest podmiotem dominującym, w rozumieniu art. 4 pkt 16 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi¹⁵, wobec uczestnika operacji łączenia. Przyjęte rozwiązanie wykracza poza kompetencje udzielone Radzie Ministrów przez art. 11e ustawy antymonopolowej, które pozwalają jedynie na wskazanie, jakie organy przedsiębiorców uczestniczących (bezpośrednio) w łączeniu mają dokonać zgłoszenia do UOKiK¹⁶. Sankcje karne w razie niedopełnienia obowiązku zgłoszenia zamiaru łączenia, dotknąć więc mogą przedsiębiorcę, który nie jest uczestnikiem łączenia. Za słuszny należy uznać pogląd, że określenie podmiotowego zakresu obowiązku zgłoszenia powinno być dokonane w samej ustawie¹⁷.

Nie jest do końca jasne, w którym momencie przedsiębiorcy powinni dokonać zgłoszenia zamiaru łączenia. Bez wątpienia notyfikacja w Urzędzie Ochrony Konkurencji i Konsumentów powinna nastąpić przed zrealizowaniem łączenia, co wynika z użycia w art. 11 ust. 1 słowa "zamiar", i odpowiada przyjętej formule kontroli *ex ante*. Jednakże dokonanie zgłoszenia z zachowaniem 14 dniowego terminu "od dokonania czynności,

¹⁴ Dz. U. z 1995 r., Nr 87, poz. 438.

¹⁵ Dz. U. z 1997 r., Nr 118, poz. 754; zm Dz. U. 1997, Nr 141, poz. 945; zm. Dz. U. 1998, Nr 107, poz. 669.

¹⁶ Na przekroczenie, przez Radę Ministrów, zakresu udzielonego jej upoważnienia, poprzez ustanowienie przepisu par. 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia z dnia 13 lipca 1995 r. w sprawie określenia szczegółowych warunków (...) zwraca uwagę T. Skoczny w artykule pt. *Podstawy prawne i wybrane problemy prewencyjnej kontroli łączenia podmiotów gospodarczych w Polsce*, (w: *Gospodarka Administracja Samorząd. Księga Pamiątkowa dedykowana Pani Profesor Teresie Rabskiej z okazji 45 lecia pracy twórczej*, praca zbiorowa, Poznań 1997, s. 471).

¹⁷ S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa. Komentarz*, Warszawa 1996, s. 253.

z którą ustawa wiąże ten obowiązek” oznaczałoby zgłoszenie po dokonaniu łączenia. Czynności, o których mówi ustawa określone są w art. 11 ust. 2, i stanowią *de facto* realizację łączenia. W praktyce przyjęto, że zgłoszenia dokonuje się przed zrealizowaniem czynności prawnych i faktycznych stanowiących łączenie, gdy zamiar ich dokonania jest wystarczająco skonkretyzowany.

Dla zgłoszenia zamiaru łączenia przepisy przewidują formę kwestionariusza zgłoszeniowego, którego wzór stanowi załącznik nr 1 do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 lipca 1995 roku¹⁸. Treść kwestionariusza powinna zawierać m.in. dane o: przyczynie i rodzaju łączenia, strukturze przedsiębiorcy zgłaszającego zamiar, rodzaju prowadzonej przez niego działalności, sprzedaży towarów, procentowym udziale w rynku, działalności konkurencyjnej wobec działalności partnera łączenia, oraz powiązaniach gospodarczych tych przedsiębiorców (także z przedsiębiorcami nie uczestniczącymi w łączeniu).

Odrębną kwestią są przesłanki wydania przez UOKiK decyzji zakazującej łączenia. Zgodnie z treścią art. 11a ust. 4 Prezes UOKiK, w terminie nie dłuższym niż 2 miesiące, może wydać decyzję zakazującą, jeżeli w wyniku łączenia przedsiębiorcy uzyskaliby lub umocnili pozycję dominującą na rynku (pkt 1). Art. 2 pkt 7 ustawy antymonopolowej definiuje taką pozycję, jako sytuację, w której przedsiębiorca nie spotyka się z istotną konkurencją na rynku krajowym lub lokalnym. Jednocześnie przepis ten konstruuje domniemanie, iż pozycji dominującej odpowiada 40% udział w rynku. Decyzja zakazująca łączenia przez określone osoby funkcji, wymienionych w art. 11 ust. 2 pkt 5 ustawy (unie personalne), u konkurujących przedsiębiorców może zostać wydana, jeżeli w wyniku tego łączenia nastąpiłoby istotne osłabienie konkurencji. Domniemywa się, że istotne osłabienie konkurencji ma miejsce, jeżeli łączny udział tych przedsiębiorców w rynku przekracza 10%.

Przedsiębiorcy, których zamiar łączenia podlega zgłoszeniu, mają obowiązek powstrzymania się od podejmowania działań mających na celu lub powodujących zrealizowanie zgłaszanego zamiaru, do czasu otrzymania zawiadomienia Prezesa UOKiK o braku zastrzeżeń lub do upływu 2 miesięcznego terminu na wydanie przez Prezesa Urzędu decyzji zakazującej łączenia (art. 11d ustawy antymonopolowej). Nie dopełnienie zaś obowiązku zgłoszenia zamiaru łączenia, jak też dokonanie zgłoszenia *post factum*, jest podstawą użycia przez Urząd Ochrony Konkurencji sankcji karnej w postaci nałożenia na zobowiązanych kary pieniężnej, w oparciu o art. 15a ust. 1 pkt 1 ustawy antymonopolowej.

*

Prywatyzacja przedsiębiorstw państwowych, w rozumieniu ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw

¹⁸ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 lipca 1995 r. w sprawie określenia szczegółowych warunków jakim powinno odpowiadać zgłoszenie zamiaru łączenia i przekształcenia *podmiotów gospodarczych*, oraz określenia organów podmiotów zobowiązanych do dokonania tego zgłoszenia. Dz. U. z 1995 r., Nr 87, poz. 438.

państwowych (zwanej dalej ustawą o komercjalizacji i prywatyzacji p.p.) polega na:

- 1) zbywaniu należących do Skarbu Państwa akcji lub udziałów spółek powstałych w wyniku komercjalizacji (art. 1 ust. 2 pkt 1),
- 2) rozporządzaniu wszystkimi składnikami materialnymi i niematerialnymi majątku przedsiębiorstwa państwowego lub spółki powstałej w wyniku komercjalizacji na zasadach określonych ustawą przez: sprzedaż przedsiębiorstwa, wniesienie przedsiębiorstwa do spółki lub oddanie przedsiębiorstwa do odpłatnego korzystania (art. 1 ust. 2 pkt 2).

Komercjalizacją ustawa z 30 sierpnia 1996 r. nazywa przekształcenie przedsiębiorstwa państwowego w spółkę akcyjną lub spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością (art. 1 ust. 1 w związku z art. 2 ust. 1 ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji p.p.)¹⁹.

Nie wszystkie procesy prywatyzacyjne spełniać będą kryteria obowiązku zgłoszenia zamiaru łączenia w Urzędzie Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

W przypadku **komercjalizacji z konwersją wierzytelności**²⁰, której dokonuje Minister Skarbu Państwa, na zasadach określonych w przepisach art. 21 - 30 ustawy o prywatyzacji i komercjalizacji i prywatyzacji p.p., zgłoszenia do UOKiK należy dokonać, jeżeli spełnione byłoby kryterium łącznej wartości sprzedaży nabywcy udziałów i przekształconego w spółkę przedsiębiorstwa (powyżej 5 mln ECU), a objętym udziałom odpowiadałoby co najmniej 10% głosów na zgromadzeniu wspólników spółki (art. 11 ust. 2 pkt 3 ustawy antymonopolowej). Zgłoszenia dokonują uczestnicy łączenia: skomercjalizowane przedsiębiorstwo państwowe oraz przedsiębiorca obejmujący akcje. Jeżeli przedsiębiorca obejmujący akcje posiada dominanta, w rozumieniu art. 4 pkt 16 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi, zgłoszenia dokonać powinien ten dominanta. Do łącznej wartości sprzedaży dodać należy wartość sprzedaży dominanta, jak również całej grupy kapitałowej z którą jest związany relacjami bycia podmiotem zależnym i dominującym (art. 11 ust. 4 ustawy antymonopolowej).

Zasady analogiczne do opisanych powyżej, odnoszą się do kontroli łączeń dokonywanych w oparciu o treść przepisów zawartych w rozdziale IV ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji p.p. pod tytułem **prywatyzacja pośrednia**. Akcje w imieniu Skarbu Państwa zbywa Minister Skarbu Państwa lub Agencja Prywatyzacji (art. 31a tej ustawy). Zainteresowany nabyciem akcji zobowiązany jest dokonać wymaganego zgłoszenia do UOKiK, jeżeli w wyniku nabycia akcji spełnione zostałyby kryteria zawarte w art. 11

¹⁹ Ustawa potraktowała pojęcie komercjalizacji w inny sposób, niż akt prawny, w którym po raz pierwszy ten termin zawarto. Z treści przepisów rozporządzenia Prezydenta RP z dnia 17 marca 1927 roku o wydzieleniu z administracji państwowej przedsiębiorstw państwowych, przemysłowych, handlowych i górniczych oraz ich komercjalizacji (Dz. U. z 1927 r., Nr 25, poz. 195) wynikało, że komercjalizacja to zastosowanie wobec poddanych jej przedsiębiorstw takich samych lub podobnych norm prawnych, jak te, które rządziły przedsiębiorstwami prywatnymi. Nie oznaczało to przekształcenia przedsiębiorstwa w spółkę.

²⁰ Artykuł 25 ust. 1 ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych stanowi, iż dyrektorzy przedsiębiorstw państwowych spełniających warunki określone w art. 21 ust. 1 tej ustawy, w terminie trzech miesięcy od dnia wejścia jej w życie, przedstawiają Ministrowi Skarbu Państwa wnioski o przekształcenie przedsiębiorstwa państwowego w spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z udziałem Skarbu Państwa i wierzycieli. Ustawa o komercjalizacji i prywatyzacji p.p. weszła w życie 8 kwietnia 1997 r.

ust. 2 pkt 3 ustawy antymonopolowej. Obowiązek ten ciąży w takim samym stopniu na inwestorach polskich jak i zagranicznych. W razie, gdyby nabywca była instytucja finansowa (np. bank, spółka ubezpieczeniowa, fundusz powierniczy) znaleźć mogą zastosowanie przepisy art. 11 ust. 2 pkt 4 ustawy antymonopolowej. Zgodnie z ich treścią, nie istnieje obowiązek notyfikacji łączenia, jeżeli akcje zostałyby przez instytucję finansową zbyte przez upływem jednego roku od chwili nabycia, a do tego czasu właściciel akcji nie wykonywałby praw wynikających z ich posiadania, poza prawem do dywidendy oraz prawem do zbycia akcji. Dla nabycia akcji przez instytucję finansową kryterium wartości sprzedaży towarów w roku poprzedzającym rok zgłoszenia zamiaru odnosi się tylko do sprzedaży towarów spółki, której akcje są przedmiotem nabycia. W przypadku, gdy zrodzi się w takiej instytucji zamiar przekroczenia wskazanego terminu lub zamiar skorzystania również z innych praw płynących z posiadania akcji, należy dokonać stosownej notyfikacji. Z wyjątkiem przepisów 36 i 37 ustawy akcje należące do Skarbu Państwa są zbywane w trybie: oferty ogłoszonej publicznie, przetargu publicznego, rokowań podjętych na podstawie publicznego zaproszenia. Dokonanie zgłoszenia musi bezwzględnie poprzedzać moment nabycia akcji. Z uwagi na okoliczność, że nie jest możliwe określenie wyniku przetargu czy rokowań w chwili przystąpienia do nich, nabywca powinien złożyć w UOKiK kwestionariusz zgłoszeniowy z chwilą przesądzenia wyniku tego przetargu lub rokowań. Istnieje także możliwość zawarcia umowy kupna akcji z zastrzeżeniem warunku, że skuteczność transakcji zależy od pozytywnej opinii organu antymonopolowego.

Sprzedaż przedsiębiorstwa (art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji p.p.) na gruncie przepisów ustawy antymonopolowej dotyczących kontroli łączeń, kwalifikuje się jako łączenie w formie nabycia przez danego przedsiębiorcę, jednorazowo lub wielokrotnie w ciągu 12 kolejnych miesięcy, zorganizowanej części mienia innego przedsiębiorcy, jeżeli łączna wartość tego mienia przekroczyłaby 2 mln ECU (art. 11 ust. 2 pkt 2 ustawy antymonopolowej). W takiej sytuacji do dokonania zgłoszenia zobowiązany jest tylko nabywca mienia. Sprzedawane przedsiębiorstwo jest zespołem składników materialnych i niematerialnych bez podmiotowości prawnej, nie może więc ponosić obowiązku dokonywania czynności przed organem antymonopolowym. Zgłoszenia nie dokonuje również zbywca przedsiębiorstwa²¹ (organ założycielski), gdyż nie jest on ani przedsiębiorcą, w rozumieniu art. 2 pkt 1 ustawy antymonopolowej (legitymacja czynna w art. 11 ust 1 ustawy antymonopolowej przysługuje tylko przedsiębiorcom), ani podmiotem dominującym wobec przedsiębiorstwa państwowego (w rozumieniu przepisów ustawy Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi), a szczególnie wobec mienia, które nie ma podmiotowości prawnej. W ustawie antymonopolowej nie zawarto definicji zorganizowanej części mienia. Definicję taką zawierał art. 4 pkt 3 uchylonej już ustawy z dnia 13.07.1990 roku o prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych²². Zgodnie z tym przepisem zorganizowana część mienia to taki zespół składników

²¹ W rozumieniu art. 55 z indeksem 1 k.c.

²² Dz. U. z 1990 r., Nr 51, poz. 298; zm. Dz. U. 1990, Nr 85, poz. 498; z 1991 r., Nr 60, poz. 253 i Nr 111, poz. 480; z 1994 r., Nr 121, poz. 591 i Nr 133, poz. 685 oraz z 1996 r., Nr 90, poz. 405 i Nr 106, poz. 496.

materialnych i niematerialnych, który może stanowić odrębne przedsiębiorstwo, a w szczególności zakład, sklep i punkt usługowy. W przypadku gdy nabywca posiada dominanta (wg przepisów ustawy Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi) – zgłoszenia dokonuje dominant.

Analogicznie jak w powyższym punkcie, przedstawiają się przesłanki kontroli, gdy prywatyzacja polega na **oddaniu przedsiębiorstwa do odpłatnego korzystania** (art. 39 ust. 1 pkt 3 ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji p.p.). Tu również znajdują zastosowanie przepisy art. 11 ust. 2 pkt 2 ustawy antymonopolowej. Oddanie przedsiębiorstwa do odpłatnego korzystania, to nic innego jak przejęcie go w posiadanie przez innego przedsiębiorcę. Tu także o istnieniu obowiązku zgłoszenia przesądza wartość przejmowanego (jednorazowo lub “na raty”) mienia.

Wniesienie przedsiębiorstwa do spółki to utworzenie spółki z udziałem kapitałowym Skarbu Państwa. Zasadniczo tworzenie nowych przedsiębiorców, jako działanie wzbogacające strukturę podmiotową rynku, nie jest objęte kontrolą organu antymonopolowego. Jednak przyjmuje się, iż przepisy art. 11 ust. 2 pkt 3 ustawy antymonopolowej nakazują zgłoszenie zamiaru łączenia polegającego również na objęciu akcji (udziałów) w spółce nowoutworzonej²³. Zgłoszeniu nie podlega utworzenie spółki akcyjnej (lub z o.o.), w której tworzący przedsiębiorca obejmuje 100% akcji (udziałów). Operacja taka uznawana jest za działania w obrębie jednej struktury gospodarczej. Sens kontroli obejmowania akcji czy udziałów w nowotworzonych spółkach sprowadza się bowiem do oceny, czy zawiązywana spółka nie będzie stanowić płaszczyzny niepożądanego koordynacji zachowań uczestniczących w tworzeniu tej spółki konkurentów, jeżeli w ogóle założyciele danej spółki są konkurentami. Obowiązek zgłoszenia zamiaru łączenia uzależniony jest od przesłanek wyrażonych w art. 11 ust. 2 pkt 3 ustawy antymonopolowej. Wątpliwości rodzić może kwestia, w jaki sposób sumuje się wartość sprzedaży uczestników łączenia, skoro zawiązywana spółka nie prowadziła działalności w roku poprzedzającym rok zgłoszenia zamiaru łączenia. Przyjąć należy, że wartość sprzedaży przedsiębiorcy obejmującego akcje (udziały) musi przekraczać 5 mln ECU (+ “0” ECU spółki tworzonej). Trudno wskazać podstawę prawną dla twierdzenia Sądu Antymonopolowego²⁴, że dodawać należy wartość sprzedaży wszystkich obejmujących akcje (udziały) przedsiębiorców, skoro nie zachodzi pomiędzy nimi łączenie, w rozumieniu art. 11 ust. 2 pkt 3 ustawy antymonopolowej. Wątpliwość budzić może również kwestia, czy obowiązek zgłoszenia spoczywa na organach nowotworzonej spółki. Z uwagi na brak po jej stronie osobowości prawnej na etapie zamiaru łączenia, uznać należy, że obowiązek taki nie istnieje. Zgłoszenia nie dokonuje też obejmujący akcje lub udziały Minister Skarbu Państwa, gdyż nie jest on przedsiębiorcą, w rozumieniu art. 2 pkt 1 ustawy antymonopolowej.

*

Kontroli sprawowanej przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów podlega również komercjalizacja przedsiębiorstwa państwowego. Arty-

²³ S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa. Komentarz*, Warszawa 1996, s. 232.

²⁴ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 4 lutego 1998 roku, sygnatura akt XVII Ama 66/97.

kuł 11c ustawy antymonopolowej stanowi m.in., że zamiar przekształcenia przedsiębiorstwa państwowego w jednoosobową spółkę Skarbu Państwa również podlega zgłoszeniu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (ust. 1 artykułu 11c), jeżeli wartość rocznej sprzedaży towarów w roku kalendarzowym poprzedzającym rok zgłoszenia tego zamiaru przekracza 5 mln ECU (ust. 2). Swoistym superfluum jest zatem treść pkt 1 podpunkt 14 załącznika nr 2 do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 4 lutego 1997 r. w sprawie określenia wzoru kwestionariusza przedsiębiorstwa państwowego przeznaczonego do komercjalizacji oraz wykazu dokumentów niezbędnych do sporządzenia aktu komercjalizacji²⁵. Stanowi on, iż do sporządzenia aktu komercjalizacji niezbędna jest opinia UOKiK, w przypadku, gdy wartość rocznej sprzedaży towarów (przedsiębiorstwa państwowego) w roku kalendarzowym poprzedzającym rok zgłoszenia zamiaru przekształcenia przekracza 5 mln ECU. Warunek tu postawiony może oznaczać jedynie, iż rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 4 lutego 1997 r. dba skrupulatnie, aby akt komercjalizacji został dokonany zgodnie z przepisami powszechnie obowiązujących aktów prawnych, w szczególności z ustawą antymonopolową. Ta natomiast wymaga dokonania stosownego zgłoszenia niezależnie od treści wskazanego rozporządzenia.

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów może, w terminie nie dłuższym niż dwa miesiące, wydać decyzję zakazującą przekształcenia (tu: komercjalizacji), jeżeli spółka powstała w wyniku tego przekształcenia zachowałaby pozycję dominującą na rynku (art. 11c ust. 3 ustawy antymonopolowej). Przyjmuje się, iż bez poddania takich przekształceń kontroli organu antymonopolowego, istniałoby realne ryzyko utrwalenia się dotychczasowych zmonopolizowanych struktur gospodarczych, zamiast demonopolizacji i restrukturyzacji gospodarki w celu tworzenia warunków rozwoju konkurencji²⁶. W praktyce kontrola ta traci na znaczeniu.

*

Sprawowanie kontroli koncentracji gospodarczej przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji jest szczególnie trudne w dobie panującej nie tylko w Europie, ale wręcz na całym świecie swoistej "fuzjomanii"²⁷. Z dnia na dzień wzrasta liczba dokonywanych łączeń. Łączenia prowadzące do uzyskania wyraźnej dominacji jednego przedsiębiorcy nie tylko na rynku krajowym, ale nawet w skali całego świata dowodzą, że dorównanie wzrastającej, w wyniku liberalizacji barier w handlu międzynarodowym, światowej konkurencji, odbywa się kosztem rezygnacji z konkurencji na rynku wewnętrznym. Doskonałym przykładem takiego łączenia jest fuzja amerykańskich producentów samolotów: Boeinga i Mc Donnell Douglasa, będąca reakcją na wzrastającą pozycję europejskiego konkurenta w branży samolotów pasażerskich, jakim jest konsorcjum Airbus Industrie. Transakcja wzbudziła wątpliwości nawet w Stanach Zjednoczonych. Ostatecznie jednak połącze-

²⁵ Dz. U. z 1997 r., Nr 22, poz. 114.

²⁶ S. Gronowski, *Polskie prawo antymonopolowe. Zarys wykładu*, Warszawa 1998, s. 241.

²⁷ Grażyna Strupczewska, *Światowa fuzjomania*, "Gazeta Wyborcza" z 06.11.1997 r., s. 25.

nie zatwierdziła Federalna Komisja Handlu (amerykański organ odpowiedzialny za kontrolę koncentracji gospodarczej)²⁸.

Mówiąc o praktyce połączeń, na gruncie procesów prywatyzacyjnych w Polsce, jako przykład wskazać można połączenie największego farmaceutycznego koncernu świata Glaxo Wellcome z Poznańskimi Zakładami Farmaceutycznymi Polfa S.A. w Poznaniu. Poznańska Polfa została przekształcona w jednoosobową spółkę Skarbu Państwa 1 lipca 1995 roku. W wyniku prywatyzacji 5% akcji zachował Skarb Państwa, 15% trafiło w ręce pracowników Polfy a 80% pakiet, za sumę 200 mln dolarów nabył Glaxo Wellcome. Polfa w Poznaniu była najnowocześniejszym przedsiębiorstwem farmaceutycznym w kraju. Czy należało tak nowoczesny obiekt oddać obcemu inwestorowi? Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyraził zgodę na łączenie. Zdaniem urzędników Ministerstwa Skarbu Państwa, sprzedaż była konieczna. Pozwoliła na dostęp do najnowszych technologii, a przez to zapewniła nowe, stabilne rynki zbytu²⁹. Powstaje tu jednak pytanie, czy w perspektywie przystąpienia Polski do wspólnego europejskiego rynku, wystarczające są obowiązujące regulacje prawne.

Odpowiedź na to pytanie wydaje się być twierdząca. Obowiązujące przepisy prawne pozwalają na posłużenie się przez Prezesa UOKiK swobodnym uznaniem³⁰, przy wydawaniu decyzji na podstawie art. 11a ustawy antymonopolowej (jak też na podstawie innych przepisów rozdziału III tej ustawy). Uznanie administracyjne istnieje wówczas, gdy organ administracji, dla zrealizowania dyspozycji przepisu prawnego, może wybierać między różnymi rozwiązaniami. Nie oznacza to zupełnej dowolności w działaniu organu administracji. Swobodne uznanie stwarza, co prawda, możliwość zdecydowania czy dany środek prawny w ogóle zastosować, albo jaki z dostępnych środków wybrać, lecz wymaga jednocześnie dokładnego zbadania i rozważenia indywidualnych okoliczności danej sprawy. W art. 11a ust. 4 ustawy antymonopolowej posłużono się określeniem "Prezes UOKiK może wydać decyzję zakazującą łączenia" (pkt 1 i 2). Słowem "może" ustawodawca posłużył się również w art. 11a ust. 5 (kontrola łączenia banków), 11a ust. 2 (przedstawienie przedsiębiorcom warunków, na jakich łączenie może nastąpić) art. 11c ust. 3 (kontrola przekształceń). Taka konstrukcja przepisów ustawy antymonopolowej pozwala zatem na elastyczność organu antymonopolowego w jego reagowaniu na dynamicznie zmieniające się uwarunkowania rynku i dokonanie samodzielnej oceny przesłanek wydania decyzji zakazującej łączenia. Podkreślić przy tym należy, że przesłanki wydania decyzji zakazującej łączenia (w szczególności w procesie prywatyzacji przedsiębiorstwa państwowego) są niezależne od okoliczności, czy w łączeniu biorą udział przedsiębiorcy z kapitałem polskim czy zagranicznym.

²⁸ Eugeniusz Mozejko, *Wielcy będą więksi*, "Życie Gospodarcze", nr 25/1997, s. 41.

²⁹ "Gazeta Poznańska" z dnia 28.01.1998 roku, s. 1.

³⁰ S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa. Komentarz*, Warszawa 1996, s. 267.