

Jan Olszewski

Uwagi o zmianach i propozycje dalszego reformowania prawa antymonopolowego

Ustawa z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym (tekst jedn.: Dz.U. z 1999 r. Nr 52, poz. 547), zwana dalej ustawą antymonopolową, jest jedną z pierwszych polskich regulacji tworzących podstawy ustroju rynkowego¹. W treści ustawy antymonopolowej można wyróżnić w szczególności dwie podstawowe grupy przepisów, które są gwarantem ustroju rynkowego. Pierwsza dotyczy zwalczania praktyk monopolistycznych. Przepisy te mają przede wszystkim charakter następczy. Druga grupa to przepisy, których celem jest prewencyjna ochrona konkurencji. W ten sposób regulacja ta chroni i tworzy warunki do istnienia konkurencji opartej na większej przedsiębiorczości, innowacyjności czy też obniżce kosztów i cen i poprzez to jest ściśle powiązana z całym systemem gospodarczym. Ze względu na ten szczególny charakter ustawa antymonopolowa nie tylko kształtuje otoczenie gospodarcze, ale – o czym wspomina się rzadziej – jest także poddana jego licznym wpływom, a to zaś powoduje potrzebę ciągłego doskonalenia. Oprócz ww. przyczyn istnieje wiele innych czynników pobudzających ustawodawcę do bieżącej nowelizacji tego aktu. Do najważniejszych należy zaliczyć proces zbliżania prawa polskiego do prawa Unii Europejskiej. Istotną przesłanką nowelizacyjną była przepro-

¹ Akt ten poprzedziła ustawa z dnia 3 stycznia 1987 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym w gospodarce narodowej (Dz.U. z 1987 r. Nr 3, poz. 27), która była związana jeszcze z socjalistyczną gospodarką planową poprzez zakres podmiotowy i instrumenty przeciwdziałania praktykom monopolistycznym.

wadzona w 1998 r. reforma struktur administracyjnych w kraju. Czynnikiem, który już dostrzeżono, ale nadal w niewielkim stopniu wpływa na kształt i treść ustawy antymonopolowej, jest krzyżowanie się niektórych jej przepisów z innymi regulacjami, np. ustawą z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. Nr 47, poz. 211 z późn. zm.)².

Zapowiedzią dalszych przeobrażeń w ustawie antymonopolowej są trwające obecnie prace nad nową ustawą oraz liczne projekty aktów prawnych, które wnoszą do niej istotne zmiany. W szczególności na uwagę zasługuje projekt ustawy o warunkach i nadzorowaniu pomocy publicznej dla przedsiębiorców³ (zwanej dalej ustawą o pomocy publicznej). Zawiera ona m.in. szereg przepisów, które niebawem rozszerzą uprawnienia organu antymonopolowego. Warto też zasygnalizować projekty regulacji i istniejące już akty, w których zbyt mało jest powiązań z prawem antymonopolowym, a ze względu na ich ogólność i uniwersalny charakter uzupełnienie niektórych o stosowne treści prokonkurencyjne wzmocniłoby prewencyjną ochronę konkurencji, a poprzez to i skuteczność ustawy antymonopolowej. Jak z tego widać, mimo tylu dokonanych lub planowanych zmian proces doskonalenia ustawy antymonopolowej nie może być zakończony.

W związku z takim ożywieniem problematyki antymonopolowej celem niniejszego artykułu jest dokonanie paru podsumowań, a także zasygnalizowanie w sposób kompleksowy propozycji dalszych usprawnień. Pomińnięte zostaną jednak kwestie proceduralne, które są już tematem analiz prowadzonych w ramach opracowań nowej ustawy antymonopolowej przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Dlatego też większą uwagę poświęcimy udoskonaleniu prewencyjnej ochrony konkurencji. Aby ułatwić wprowadzenie, rozpoczynamy od przeglądu ostatnich dwu nowelizacji prawa antymonopolowego wraz z oceną wybranych przepisów.

² Zbieg różnych przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz ustawy antymonopolowej jest związany z ochroną różnych interesów. Nie jest to więc zbieg przepisów w sensie dosłownym, lecz raczej wzajemne uzupełnianie się postanowień obu ustaw.

³ Projekt ustawy o warunkach i nadzorowaniu pomocy publicznej dla przedsiębiorców zawarty jest w druku sejmowym Nr 1118/1999 r.

1. Przesłanki i zakres ostatnich nowelizacji

1.1. Ogólna charakterystyka zmian w art. 11

Nowela⁴ ustawy antymonopolowej z dnia 22 października 1998 r. (Dz.U. Nr 145, poz. 938) jest jedną z ważniejszych w ostatnich paru latach. Dotyka ona niezwykle istotnych kwestii związanych z notyfikacją łączenia i przekształceń przedsiębiorstw na podstawie art. 11 ustawy antymonopolowej. Problematyka ta, mimo iż często jest poruszana w publikacjach o ujęciu ekonomicznym, a nawet w literaturze prawniczej⁵, to nadal zawiera duży obszar niewiadomych, i to nie tylko dla osób zmuszonych do jej korzystania, ale i dla teoretyków czy też pracowników Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Warto zasygnalizować, że do 1995 r. procedura zgłaszania łączeń i przekształceń była nieco inna niż jest obecnie, przede wszystkim obowiązek zgłaszania nie był dokładnie zaznaczony. Powstawał on z chwilą, gdy skutkiem połączenia przedsiębiorstw było uzyskanie pozycji dominującej (tj. gdy udział towarów przedsiębiorstwa przekracza 40% rynku).

Po nowelizacji ustawy antymonopolowej w 1995 r. prewencyjna ochrona rynku przed niebezpiecznymi fuzjami i innymi formami przekształceń zawierała nadal wiele sprzeczności. Z jednej strony były tam liczne luki, z drugiej zaś niskie progi kwot, do których powstawał obowiązek zgłoszenia notyfikacji, powodowały nadmierne obciążenie Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Bezpośrednim następstwem tego masowego zgłaszania było obniżenie efektywności tego typu prewencji. W ten sposób regulacje wprowadzane w 1995 r. ułatwiły już obiektywną ocenę chwili powstania obowiązku, ale też miały wadę, że zupełnie pomijały realne

⁴ Nowela ta obowiązuje od 24 grudnia 1999 r.

⁵ G. Ł a s z c z y c a, R. S a s i a k, *Łączenie spółek kapitalowych a sukcesja praw i obowiązków ze sfery publicznej (wybrane zagadnienia)*, Prawo Spółek 1999, nr 4; A. G ł ó d, *Różne spojrzenie na dominację*, Rzeczpospolita z dnia 10 marca 1999 r.; S. G r o n o w s k i, *Zmiany w ustawie antymonopolowej*, Monitor Prawniczy 1999, nr 2, s. 8; R. G w i a z d o w s k i, *Monopolistyczne praktyki organów antymonopolowych*, Rzeczpospolita z dnia 17 marca 1998 r.; J. O l s z e w s k i, *Prawo konkurencji*, Rzeszów 1997; P. G r a b o w s k i, T. S k o c z n y, *Kontrola połączeń przedsiębiorstw* (Wprowadzenie T. Skoczny), Warszawa 1995; W. S z p r i n g e r, *Łączenie przedsiębiorstw a regulacja antymonopolowa. Wpływ państwa na procesy koncentracji i dekoncentracji w gospodarce – Aspekty instytucjonalne*, Warszawa 1993.

zagrożenie rynkowe, gdyż wprowadzały pewien automatyzm kwotowy, od którego powstawał obowiązek zgłoszenia.

Obserwacja rynku wykazała jednak, że wprowadzony w 1995 r. zbyt niski pułap kwot, od których powstawał obowiązek notyfikacji obrotów, nie zapewniał zabezpieczenia rynku. (W praktyce łączenia tego typu zwykle jeszcze nie szkodziły konkurencji). Szczególnie brak było takiej szkodliwości w skali wielkich i średnich rynków. Pewne przejściowe zagrożenie mogło nastąpić na wyjątkowo wyodrębnionych, wyizolowanych i zwykle małych rynkach. Ale tam zwykle istniały niskie bariery wejścia na taki rynek, co było gwarancją otwartości rynku, gdyż świadomość realnego pojawienia się konkurencji jest najlepszym środkiem do hamowania praktyk monopolistycznych. (Jest to tak zwana konkurencja potencjalna). Warto też zaznaczyć, że nadmierna liczba zgłoszeń zmniejszyła dotychczasową czujność osób przeprowadzających notyfikację.

Długotrwały proces przygotowania zgłoszenia notyfikacyjnego był też często bardziej osłabieniem mobilności przedsiębiorcy w obrębie jego działalności gospodarczej niż barierą przed praktykami monopolistycznymi. Doświadczenia zdobywane przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zaowocowały nie tylko wzrostem efektywności tej instytucji, ale też projektami nowelizacyjnymi.

Nowela ustawy antymonopolowej z dnia 24 lipca 1998 r. jest nie tylko kontynuacją wcześniejszych ww. usprawnień, gdyż rozmiar i rozległość zmiany może też sugerować tworzenie skuteczniejszej koncepcji prewencyjnej ochrony rynku. Argumentem przemawiającym za tym jest nowa nazwa ustawy: o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów. Zanim rozważymy ten problem szczegółowo, wpierw dokonamy klasyfikacji zmian.

- Najwięcej poprawek dotyczy kwestii podwyższenia w art. 11 ust. 2 ustawy kwotowych progów ustalających, od kiedy łączące się przedsiębiorstwa zostają zobowiązane do zgłoszenia połączenia.

- Aby zmniejszyć ilość notyfikacji, odstąpiono od obowiązku zgłaszania niewielkich połączeń kapitałowych w zakresie nabywania akcji albo udziałów dających prawo do 10% głosów na walnym zgromadzeniu lub zgromadzeniu wspólników.

- W ramach art. 11 ust. 3a wprowadzono nową normę, tworząc obowiązek notyfikacji połączenia dokonywanego w formie obejmowania akcji lub udziałów w nowo tworzonych spółkach prawa handlowego.

- I ostatnia z ważniejszych zmian w zakresie prewencyjnej ochrony konkurencji to odstąpienie ustawodawcy od kontroli przekształceń przedsiębiorstw państwowych i komunalnych.

- W ustawie są też mniej istotne zmiany, a dotyczą kwestii proceduralnych i polegają na zawieszeniu biegu ustawowego terminu na wydanie decyzji zakazującej łączenia aż do chwili, gdy akt notyfikacji dokonany zostanie przez wszystkich uczestników łączenia.

- Nowy jest też termin przedawnienia dla wszczynania postępowania w przypadku niewykonania obowiązku zgłoszenia zmian łączenia. Nowela w art. 21 ust. 1 zamiast dotychczasowego rocznego terminu wprowadza termin pięcioletni.

1.2. Podniesienie kwot progów obrotów i procentowej ilości głosów na walnym zgromadzeniu wspólników

Zasygnalizowane powyżej przeobrażenia zostały już dostrzeżone w literaturze⁶, nie zawsze jednak analiza nowych norm uwzględniała całość dokonanych zmian. Niektóre z publikacji były wysoce specjalistyczne, co podnosi ich wartość, ale nadal pozostał obszar, który wymaga analiz, i to w ujęciu perspektywicznym.

I tak, zmiana polegająca na podniesieniu kwoty progów obrotów łączących się przedsiębiorców w art. 11 ust. 2 z 5 mln do 25 mln ECU przynosi na pewno oszczędności poprzez ograniczenie notyfikacji. Czy jednak jest to rozwiązanie ostateczne i uniwersalne, można powątpiewać. Przemysły charakteryzujące się dużym wkładem finansowym będą z zasady miały wysoki poziom obrotów nawet przy stosunkowo niskim poziomie działalności gospodarczej. Wszelkie usprawnienia, które zrealizowane będą poprzez przekształcenia, stają się w takim przedsiębiorstwie powodem dodatkowych kosztów w związku z obowiązkiem przeprowadzenia zgłoszenia i wymogów notyfikacyjnych. Dlatego też warte uwagi byłoby uzupełnienie kwotowej kontroli o elementy uwzględniające procentowy udział danego

⁶ G. Łaszczyca, R. Sasiak, *Łączenie spółek kapitałowych...*, s. 2; S. Gronowski, *Zmiany w ustawie...*; M. Skorb, *Instytucja powiatowego rzecznika konsumentów w kontekście ochrony praw konsumenckich w Polsce*, Prawo Spółek 1999, nr 7-8, s. 93.

przedsiębiorstwa w ramach rynku. Tu jednak powstają dwa problemy: jak ustalać kryteria badania tego udziału i jaką wprowadzić procedurę kontrolną do określenia rynku. Pozytywnie natomiast ocenia się odstąpienie od obowiązku zgłoszenia niewielkich połączeń kapitałowych w zakresie nabywania akcji lub udziałów dających prawo do 10% głosu na walnym zgromadzeniu akcjonariuszy lub zgromadzeniu wspólników w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością. Generalnie 10% głosów ww. organach nie stanowi zagrożenia dla większości rynków. A jeżeliby nawet takie nabycie dotyczyło przedsiębiorstwa, którego każde zachowanie ma wpływ na określony rynek, szczególnie gdy dochodzi do tego z powodu jego wielkości, to i tak przedsiębiorstwa obejmują inne obowiązki zgłoszeniowe (z omawianego artykułu 11 ustawy antymonopolowej).

1.3. Obejmowanie akcji lub udziałów w nowo tworzonych spółkach prawa handlowego

Wprowadzony w ramach nowelizacji obowiązek notyfikacji połączeń poprzez obejmowanie akcji lub udziałów w nowo tworzonych spółkach prawa handlowego jest spełnieniem postulatów Sądu Antymonopolowego. Zmiana w obrębie art. 11 polega na wprowadzeniu do jego treści ustępu 3a, który zawiera nowe unormowanie będące dalszym rozszerzeniem przedmiotowym i podmiotowym prewencji prokonkurencyjnej. Regulacja ta stanowi pewien wyłom w koncepcji badania prewencyjnego. Notyfikacja po raz pierwszy dotyczyć będzie sytuacji, gdy brak jest jeszcze podmiotu zobowiązanego do określonych działań. Obowiązek zgłoszenia powstaje tutaj w obecnym uregulowaniu jeszcze przed utworzeniem spółki (co do której obowiązek zgłoszenia istnieje na 14 dni od dokonania czynności tworzących tą spółkę). W ocenie S. Gronowskiego⁷, wprowadzenie tego przepisu nie jest niczym nowym. Uważa się tę regułę za pisemne wypełnienie wykładni podstawowej dyspozycji z art. 11. Dotychczasowa luka stwarzała zaś znaczną niepewność, gdyż organ notyfikacyjny oczekiwał na takie zgłoszenie, interpretując szybko regulację. W praktyce zaś przedsiębiorcy odbierali treść art. 11 znacznie wężej. Podobne do organu antymonopolowego stanowisko widoczne było także w literaturze⁸ i w orzecznictwie Sądu

⁷ S. Gronowski, tamże, s. 9.

⁸ S. Gronowski, tamże, s. 10 i cytowane tam orzeczenie.

Antymonopolowego, według których obejmowanie akcji lub udziałów w nowo tworzonej spółce jest zawsze przejawem kapitałowego łączenia podlegającego obowiązkowi notyfikacji⁹. W praktyce gospodarczej przeważały poglądy przeciwnie, wskazujące na brak powiązania instytucji fuzji bądź przekształcenia z prostą procedurą tworzenia spółki. Tworzono też wykładnię celowościową, która potwierdzała zupełnie odmienną notyfikacji przekształceniowej. Jak wskazuje jednak ostatnia nowelizacja, zwyciężyły argumenty orzecznictwa i organu notyfikacyjnego. Wydaje się, że takie prewencyjne zabezpieczenie przed naruszeniem konkurencji wypełni istotną lukę w dotychczasowym systemie i stworzy pewną harmonię w zakresie notyfikacji.

1.4. Zaniechanie obowiązku zgłaszania niektórych przekształceń prywatyzacyjnych

1. Obok wzbogacenia procesów notyfikacyjnych pojawiło się także jej zawężenie poprzez wykreślenie (art. 11c) obowiązku zgłaszania przekształceń przedsiębiorstw państwowych w spółki handlowe. Zabieg ten wydaje się być jednak posunięciem pochopnym. Takie pomieszczenie rozwiązań tworzących wykładnię niektórych pojęć, poprzez rozszerzanie zakresu kontroli prewencyjnej z równoczesnym jej ograniczeniem, budzi zdziwienie.

Jak się wydaje, uzasadnieniem takiego zwrotu był wpływ prawa wspólnotowego (podstawowy akt prawa wspólnotowego dotyczący fuzji podmiotów gospodarczych to rozporządzenie Nr 4064/89; regulacja ta w swej treści nie odnosi się do przekształceń). Pominięcie w prawie wspólnot obowiązkowi notyfikacji przekształceń nie powinno być automatycznie naśladowane, gdyż specyfika rynku polskiego znacznie odbiega jeszcze od ustabilizowanych rynków wspólnotowych, stąd też rola art. 11c była zupełnie inna w Polsce i byłaby inaczej rozumiana na terenie Wspólnot. Powszechnie wiadomo, że poziom konkurencyjności na obszarze Wspólnot znacznie przewyższa poziom w Polsce. Ponadto szczególna rola, jaką pełniły i dotąd pełnią przedsiębiorstwa państwowe, jest jeszcze w tej chwili dostrzegalna. Stymulowanie procesów demonopolizacyjnych i restrukturyzacyjnych ma zaś zupełnie inny wymiar w Polsce, a inny jest na terenie państw o wysokich wskaźnikach nasycenia konkurencyjnego. Oceniamy, że

⁹ Szerzej wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 4.02.1998 r. XVII Ama 66/97.

usunięcie instrumentu kontroli przewidzianego w art. 11c jest zbyt pośpieszne, stąd też wydaje się być ograniczeniem prewencyjnej ochrony konkurencji.

Jak z tego widać, proces dostosowania polskiego prawa do prawa wspólnotowego nie może być prostym naśladownictwem bez uwzględnienia specyfiki gospodarczej, gdyż stwarza zagrożenia. Słabo przygotowane otoczenie gospodarcze do konkurencji powinno raczej stymulować ustawodawcę do wnoszenia poprawek prokonkurencyjnych albo rozbudować środki prewencyjnej ochrony konkurencji.

2. Proces przekształcenia przedsiębiorstw państwowych wykonywany jest na podstawie kilku ustaw. Przede wszystkim jest to procedura zawarta w ustawie z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych (Dz.U. Nr 118, poz. 561 z późn. zm.) i ustawie z dnia 5.02.1993 r. o przekształceniach własnościowych niektórych przedsiębiorstw państwowych o szczególnym znaczeniu dla gospodarki państwa (Dz.U. Nr 16, poz. 69).

Argumentem przemawiającym za zaniechaniem zgłoszenia na pewno jest fakt, że proces przekształcenia przedsiębiorstwa państwowego w spółkę (na gruncie ww. ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstwa państwowego) polega na pełnej transformacji struktury organizacyjnej przekształcanego przedsiębiorstwa. W wyniku tego przekształcenia nie powstaje nowa osoba prawna, lecz zmienia się jedynie forma organizacyjno-prawna, pod jaką prowadzona jest jej działalność gospodarcza.

Zmiany odnoszą się do wewnętrznych stosunków prawnych tego podmiotu i nie ma to żadnego znaczenia dla stosunków zewnętrznych. Zarówno przed, jak i po przekształceniu mamy do czynienia z tym samym przedsiębiorcą, który jedynie zmienia swoją formę prawną. Powoduje to między innymi ten skutek, iż do przejścia praw i obowiązków na spółkę powstałą w wyniku przekształcenia, zastosowanie znajduje zasada kontynuacji, a nie zasada sukcesji uniwersalnej; nie występują tutaj dwa różne podmioty¹⁰.

Podstawową przesłanką wcześniejszego nadzoru w przypadku przekształcenia przedsiębiorstw państwowych była chęć prewencyjnego zapo-

¹⁰ R. Jurga, M. Michalski, *Specyfika struktury organizacyjnej i zasad funkcjonowania spółki powstałej w wyniku przekształcenia przedsiębiorstwa państwowego w związku z jego komercjalizacją i prywatyzacją*, PUG 1999, nr 4, s. 15.

biegania przyszłym praktykom monopolowym. I obecny argument, że jest w tej procedurze zasada kontynuacji, która nie wnosi nic nowego, jest zawężeniem problematyki tylko do kwestii typowo łączeniowych. Należy pamiętać, że organ antymonopolowy miał dzięki dotychczasowej treści art. 11 ustawy możliwość twórczego wpływania na procesy prywatyzacji, aby już na wstępie pobudzić organ prywatyzacyjny lub organa przedsiębiorstwa, żeby wraz z przekształceniami doszło do demonopolizacji obecnych struktur.

Drugim czynnikiem, który pominięto, powinna być świadomość, że szczególnie uprzywilejowane przedsiębiorstwa państwowe pod presją maksymalizacji zysku (a ta zwykle jest wymuszana poprzez nową formę prawnoorganizacyjną) zmieniały i zmieniają diametralnie swoje zachowania. Po przekształceniu przedsiębiorstwa w spółkę zwiększa się dążenie do wykorzystania w efektywniejszy sposób swoich zwykle dominujących pozycji, a to zaś zaowocuje zakazanymi praktykami.

W przypadku przekształcania się przedsiębiorstwa państwowego najłatwiej jest dokonać tylko przemiany prawnoorganizacyjnej, ale bez zmiennych dotychczasowych struktur monopolistycznych. Niebezpieczeństwo przejścia negatywnych powiązań antymonopolowych nie jest zasadą, niemniej dotyczy wielu większych przedsiębiorstw państwowych. I mimo iż jest ich już znacznie mniej niż kilka lat temu, to te, które pozostały, są bardziej zachowawcze od tych, które podjęły wezwanie prywatyzacyjne. Charakterystyczną cechą powstałego już raz monopolu jest jego trwałość¹¹. Dlatego też zmiana formy organizacyjnoprawnej dawniej i także obecnie nie zapewni rozwoju konkurencji.

Ustawodawca zapomina tutaj, że prywatyzacja wręcz pobudza negatywne zachowania, tak że wzrastają tendencje wykorzystania swojej przewagi rynkowej. Wynika to z większego nacisku w spółkach handlowych na maksymalizację zysku, zmniejsza się zaś presja socjalna w związku z rozwiązaniem organów samorządu robotniczego i pojawieniem się Rady Nadzorczej.

¹¹ C. Kosikowski, T. Ławicki, *Ochrona prawa konkurencji i zwalczanie praktyk monopolistycznych*, Warszawa 1994, s. 37 i nast., twierdzą, że monopole są zjawiskiem „ponadczasowym”.

Jak słusznie zakładał w 1998 r. S. Gronowski¹², „sama tylko zmiana formy własności z państwowej na prywatną wpływa negatywnie na rozwój konkurencji”. Stąd też zasadne było dotychczasowe bardzo ostrożne podchodzenie organu notyfikacyjnego do tych przekształceń. Jak dowodzi orzecznictwo¹³, automatyczne przekształcenia dominującego na rynku przedsiębiorstwa państwowego w jednoosobową spółkę Skarbu Państwa zwykle napotykało na opór tego organu. Dlatego też świadome istnienia procedury notyfikacyjnej władze przedsiębiorstwa, zanim przeprowadziły prywatyzację, to w ramach przekształcenia włączały restrukturyzację, która zawierała często propozycje podziału tego przedsiębiorstwa. Brak nadzoru nad procedurą prywatyzacyjną ułatwi ją, ale stworzy także większe zagrożenie monopolizacją.

Jedynym zasadnym argumentem przemawiającym za ograniczeniem notyfikacji jest chęć przyspieszenia procedur prywatyzacyjnych. Ale taka zaleta może być złudna, oceniając ww. oszczędności czasowe w stosunku do osłabienia konkurencyjności gospodarki.

Aby pogodzić niektóre cele ustawodawcy z prewencyjną ochroną rynku, można byłoby opracować odmienną treść art. 11c, np. ustawodawca, myśląc o ograniczeniu napływu notyfikacji związanych z procesami prywatyzacji, mógłby nie uchylać art. 11c, a wprowadzić jedynie zmianę w zakresie treści art. 11c, uzupełniając go o dowolne kryterium kwotowe. (Przypomnę tutaj, że do chwili nowelizacji obowiązek zgłoszenia zwykle powstawał, gdy roczna wartość sprzedaży przekraczała 5 mln ECU). Drugą opcją zmiany treści art. 11c mogłoby być zbliżenie go do rozwiązań jakie były w art. 11 do 1995 r. (W owym czasie podstawą decyzji zakazującej było zachowanie lub uzyskanie przez podmiot przekształcany pozycji dominującej na rynku). W ten sposób nowelizacja art. 11c mogłaby przynieść co najwyżej zmianę w kierunku badania. Analizowano by wtedy, czy przekształcenie spowoduje uzyskanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku.

Podsumowując, dla dobra prewencyjnej ochrony konkurencji nie powinno uchylać się art. 11c, a jedynie znowelizować go poprzez zrównanie

¹² S. Gronowski, *Polskie prawo antymonopolowe*, Warszawa 1998, s. 177.

¹³ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 5 grudnia 1991 r. XVII Amr. 14/91, Wokanda 1992, nr 7.

badania zgłoszenia związanego z przekształceniami zawartymi w art. 11c z zasadami obowiązującymi w pozostałych przypisach art. 11. Podobnie zasadne byłoby podniesienie wartościowego kryterium zgłoszenia poprzez podniesienie rocznej wartości sprzedaży (lub obrotu) z 5 mln zł do 25 mln.

1.5. Zmiany terminów procesowych

Drobna zmiana dotyczy ustalenia w noweli nowego terminu, od którego może być podejmowane postępowanie w wypadku niezgłoszenia zamiaru fuzji. Ustawodawca po raz pierwszy określił ten termin na pięć lat od chwili, gdy powstał ten obowiązek. Warto w tym miejscu przypomnieć, że dla praktyk monopolistycznych przewidziany jest już od wielu lat roczny termin przedawnienia od zaprzestania danej praktyki monopolowej.

Mimo iż brak jest w fuzjach generalnie działania negatywnego, to jednak ukryte połączenie może zaowocować znacznie bardziej niebezpiecznym oddziaływaniem na rynek, niż to ma miejsce w ramach praktyki monopolowej. Zagrożenie wynika tu ze znacznie większego zespolenia przedsiębiorstw po przeprowadzonej fuzji w realizacji swoich celów. W ramach zaś praktyk monopolistycznych działanie jest pojedyncze od strony podmiotu dominującego lub pojawia się jako porozumienie dwóch lub więcej niezależnych przedsiębiorstw. Natomiast w przypadku fuzji dwu lub więcej przedsiębiorstw tworzy się nowy podmiot gospodarczy o trwałym charakterze i wieloletnim planie działania. Negatywne działania w ramach fuzji mogą się pojawiać natychmiast po jej dokonaniu, ale mogą też być planowane w znacznym horyzoncie czasowym, zwykle dłuższym niż to ma miejsce w przypadku typowych praktyk monopolowych.

Drugim procesowym elementem uwzględnionym w nowelizacji było ustalenie chwili zgłoszenia, od której biegnie przedawnienie. Obecnie problem ustalenia chwili, od której można uznać, że zgłoszenie jest skuteczne, wyjaśnia treść znowelizowanego artykułu 11a ust. 6, który wskazuje, że do okresu, w jakim ma zostać wydana decyzja Prezesa, nie wlicza się oczekiwania na dokonanie zgłoszenia przez pozostałych uczestników łączenia, a także okresów oczekiwania na usunięcie braków, uzupełnienie informacji lub ustosunkowanie się do zgłoszonych przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów warunków.

1.6. Nowy tytuł i instytucja powiatowego (miejskiego) rzecznika konsumentów

Druga nowela z dnia 24.07.1998 r. (Dz.U. Nr 106, poz. 668) weszła w życie 1.01.1999 r. i wprowadziła dwie istotne zmiany.

Ustawa uzyskiwała nowy tytuł, tak że obecnie jest to ustawa o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów. Takie ujęcie zawiera wiele informacji:

1. Ustawodawca pragnie stworzyć na bazie ustawy antymonopolowej kompleksową regulację konsumencką.

2. Zwalczanie praktyk monopolowych i działalność prewencyjna wykonywana przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów powinna być odąd jeszcze bardziej nastawiona na konsumenta.

Dalsza zmiana, zawarta już w treści ustawy, to wprowadzenie nowej instytucji prewencyjnej ochrony konkurencji, którym jest powiatowy (miejski) rzecznik konsumentów. Powołuje go rada powiatu lub rada miasta. Pomimo iż jego podstawowym zajęciem jest ochrona konsumentów, to także wyposażony został w prawo wszczynania postępowań administracyjnych w trybie ustawy antymonopolowej. W ten sposób, włączając powództwa na rzecz konsumentów, chroniona będzie także konkurencja poprzez zwalczanie praktyk monopolowych, w których ustala się niekorzystne dla konsumentów warunki umów.

Niewątpliwie pozytywny wymiar powiatowego (miejskiego) rzecznika konsumentów może jednak sprawiać nadal pewien niedosyt. Szczególnie będzie to zasadne w indywidualnym odbiorze konsumenckim, gdyż instytucja ta nie tworzy kompleksowej regulacji konsumenckiej¹⁴. Stąd też wydaje się, że można ją oceniać jako element wstępny, w którym ochrona nastawiona jest na zwalczanie praktyk antymonopolowych podmiotów posiadających przewagę nad konsumentem. W ten sposób zakres zabezpieczenia interesów konsumenckich jest od tej chwili wzmocniony w stosunku do większych przedsiębiorców, szczególnie zaś tych, którzy zawierają zabronione ustawą porozumienia lub nadużywają swojej dominującej pozycji.

Powiatowy (miejski) rzecznik konsumentów może zwalczanie praktyk monopolowych rozszerzyć także na inne regulacje, zawierające przepisy o charakterze antymonopolowym.

¹⁴ Zobowiązanie do wydania takiej ustawy zawarte jest w art. 76 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Zadania powyższe nie wynikają wprost z treści ustawy. Upoważnienie jednak rzecznika do „wytaczania powództw na rzecz konsumentów oraz występowania za ich zgodą do toczącego się postępowania w sprawach o ochronę interesów konsumentów” należy rozumieć na tyle szeroko, że umożliwiałoby takie ujęcie jego kompetencji. Podsumowując, można stwierdzić, że:

1. Ustawodawca pragnie stworzyć bliższe terytorialnie organy, których celem jest ochrona konsumenta.
2. Cel ten osiągnięty ma być wyjątkowo oszczędnie, bo kosztem lokalnych samorządów, ale z tego też powodu w biedniejszych powiatach nie powstanie urząd rzecznika.
3. Instrumenty ochrony konsumenta, w które wyposażono powiatowego (miejskiego) rzecznika konsumentów, w praktyce są wyjątkowo skromne i nie dają mu zbyt wielkich możliwości.

2. Propozycje dalszych reform w prawie antymonopolowym

W rozdziale tym przedstawię przegląd propozycji, które mają na celu usprawnienie funkcjonowania szeroko rozumianego prawa antymonopolowego. Analizę rozpocznę od ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym, a następnie wskażę przepisy, które mogą tworzyć uzupełniającą prewencję antymonopolową.

2.1. Zróżnicowane traktowanie spółek przejmujących i przejmowanych

Oprócz znanych już z literatury¹⁵ krytycznych uwag związanych z wyjątkowo nieprecyzyjnym zwrotem z art. 11, który stanowi, że „zamiar łączenia podlega zgłoszeniu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w terminie 14 dni od dokonania czynności, z którą ustawa wiąże ten obowiązek”, to w treści artykułu brakuje także wzmianki, że w pewnych sytuacjach termin zgłoszenia dla obu łączących się podmiotów może być nieco inny. Zróżnicowanie to wynikać będzie z faktu, że podmiot

¹⁵ W całej ustawie brak jest określenia, co dokładnie jest czynnością, która tworzy obowiązki notyfikacji. Problematykę tę sygnalizują: P. S z a ł a m a c h a, *Znowelizowane prawo antymonopolowe hamuje inwestycje zagraniczne*, Rzeczpospolita z dnia 30 października 1995 r., s. 17; R. G w i a z d o w s k i, *Monopolistyczne praktyki organów antymonopolowych*, Rzeczpospolita z dnia 17 marca 1998 r., s. 15; J. O l s z e w s k i, *Prawo konkurencji*, Przemysł 1998, s. 89.

przejmujący wrogo dokona określonych czynności szybciej, a podmiot przyjmowany – uzyskując informacje o wroгим przyjęciu – później. Z tym że i on powinien dokonać zgłoszenia, w zasadzie od tych samych czynności. Niezawinione opóźnienie, a niekiedy zupełna niemożność zgłoszenia wydaje się być przesłanką zwalniającą od odpowiedzialności przewidzianej w ustawie. Możliwe jest też wprowadzenie zwrotu, że obowiązek powstaje od dokonania „własnych” czynności związanych „wprost” czy też ubocznie z połączeniem, np. dokonania wykreślenia w rejestrze sądowym.

Na podstawie powyższych argumentów postulat, aby zróżnicować traktowanie spółki przejmującej i przejmowanej, wydaje się być zasadny. W chwili obecnej z przepisu ustawy wynika jednak, że podejście organu notyfikacyjnego do takich sytuacji jest jednolite. Pocięające jest jednak częściowe uwzględnienie tej kwestii w nowym rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 7 grudnia 1999 r. (Dz.U. Nr 99, poz. 1161) w sprawie szczegółowych warunków, jakim powinno odpowiadać zgłoszenie zamiaru łączenia i przekształcania podmiotów gospodarczych oraz określenia organów podmiotów zobowiązanych do dokonania tego zgłoszenia.

Kolejny problem to ustalenie przedsiębiorstwa, na którym ciąży obowiązek zgłoszenia łączenia. Problem ten powstaje w sytuacji, gdy jeden z łączących się podmiotów gospodarczych jest podporządkowany pod różnorodne przedsiębiorstwa będące dla niego podmiotami dominującymi. Teoretycznie odpowiedź na tę sytuację znajdziemy w ww. rozporządzeniu Rady Ministrów, gdyż nakłada ono obowiązek dokonania zgłoszenia na organ zarządzający podmiotu dominującego w stosunku do łączącego się przedsiębiorcy. Zgodnie zaś z poglądami Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za podmiot dominujący uznaje się ten, który posiada ponad 50% głosów na zgromadzeniu wspólników w podmiocie podporządkowanym.

Co jednak zrobić, jeśli zgodnie ze statutem danej spółki łączącej się, określenie dominacji będzie inaczej ujęte niż przewiduje to treść ww. rozporządzenia, gdyż kodeks handlowy na to zezwala, np. próg głosów będzie wyższy. A trzeba mieć na uwadze, że kodeks handlowy określenie podmiotu zarządzającego zostawił do swobodnego ustalenia wspólnikom (akcjonariuszom). Mimo ww. kolizji problem ten jest już pod rządami nowej regulacji łatwiej rozwiązywalny, gdyż w trakcie postępowania uwzględnia się oba rozwiązania. Polega to na tym, że istnienie rozwiązania dominacji

jest udowodniane na podstawie wszystkich ww. elementów przez stronę, która na to się powołuje. Przydatne byłoby jednak uzupełnienie przepisów o jeszcze bardziej czytelne zasady wskazujące, że podstawą uznania dominacji jest przede wszystkim treść statutów spółek, które powinny precyzować, kto jest władny podejmować uchwały, a w przypadku braku takich, dominację ustala się według zasad omawianego rozporządzenia.

2.2. Ograniczenie uznaniowości w procedurze notyfikacyjnej

Stworzenie swoistej klauzuli rozsądku dla niektórych fuzji byłoby istotnym elementem zmniejszającym ilość notyfikacji. Jak dowodzi praktyka, w zakresie art. 11 uważa się, że jego pewna nieokreśloność powoduje, że uznaniowość organu jest zbyt szeroka. Stwarza to niepewność w obrocie gospodarczym. Dlatego też pozytywne byłoby wprowadzenie rozwiązania zbliżonego do tego, jakie jest obecnie w art. 6, tzn. uwzględniana oprócz negatywów także pozytywów płynących z procesów łączenia. W szczególności bezwzględnie wyłączone powinny być wszelkie utrudnienia w łączeniach, o ile ich celem jest przede wszystkim zwiększenie eksportu lub większa konkurencyjność łączonych przedsiębiorstw w kontaktach międzynarodowych. Wyłączenie względne może obejmować sytuację, gdy fuzja przynosi ewidentne korzyści także dla konsumentów, a to poprzez wzrost bezpieczeństwa produktu, jego ceny, wyższy standard techniczny itp.

Warto tu zaznaczyć, że podobne rozwiązanie istnieje w wielu regulacjach zagranicznych, w szczególności zaś w prawie antymonopolowym USA¹⁶.

W art. 11 ust. 1 mimo licznych postulatów i kolejnych nowelizacji ustawodawca nadal pozostawił nieostre określenie, od kiedy biegnie termin zgłoszenia fuzji, które brzmi: „W terminie 14 dni od dokonania czynności, z którą ustawa wiąże ten obowiązek”. W literaturze już dawno zaznaczano, że brak jest „wskazania przez ustawę antymonopolową, z jaką czynnością rozpoczyna się bieg 14-dniowego terminu”.

2.3. Ograniczenie uznaniowości w systemie sankcji

Ustawa antymonopolowa zawiera niezwykle rozbudowany system kar pieniężnych. (Są tam także instytucje o zbliżonym charakterze, jak obowią-

¹⁶ J. Olszewski, *Organy antymonopolowe w Stanach Zjednoczonych Ameryki*, Katowice 1994, s. 28.

zek zwrotu kwoty należnej i dodatkowej, o których mowa w art. 8 ust. 3). Może nie powodowałoby to szczególnego problemu, gdyby nie fakt, że w licznych sankcjach w postaci kar pieniężnych brakuje jakichkolwiek zasad ustalania wymiaru kary (a warto tu dodać, że wymierzano je bardzo wysoko i w decyzjach Urzędu Antymonopolowego wynosiły one już 1 mln zł, a mogą być także wyższe). W związku z takim podejściem ustawodawcy można stwierdzić, że decyzje związane z karami pieniężnymi stanowią element uznania administracyjnego. Nadmierna dowolność stanowi przy każdej z kar zagrożenie dla praworządności, tym bardziej zaś gdy ich górna skala w zasadzie jest nieograniczona. Aby zagrożenia te zminimalizować, proponuje się wyodrębnienie w ramach ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym sankcji karnych. Za takim rozwiązaniem przemawia wiele czynników:

1. Opinia doktryny¹⁷, orzecznictwa i części praktyków.
2. Ustalone zostałyby jednoznaczne zasady i gwarancje dla stron postępowania karnego.
3. Pozytywne doświadczenie w stosowaniu odpowiedzialności karnej za praktyki monopolistyczne w zagranicznych legislacjach.

Wskazuje się tam na konieczność uwzględnienia także pojęcia winy, i to zarówno w ujęciu indywidualnym, jak i w stosunku do osoby prawnej. Pojęcie odpowiedzialności osoby prawnej przewiduje już kodeks karny, który wszedł w życie 1 września 1998 r. Artykuł 52 k.k. stanowi, iż w wypadku skazania za przestępstwo przynoszące korzyść majątkową osobie fizycznej, prawnej lub jednostce organizacyjnej nie mającej osobowości prawnej, a popełnione przez sprawcę działającego w jej imieniu lub interesie, sąd zobowiązuje podmiot, który uzyskał korzyść majątkową, do jej zwrotu w całości lub części na rzecz skarbu państwa; nie dotyczy to korzyści majątkowej podlegającej zwrotowi innemu podmiotowi.

4. Wprowadzenie odpowiedzialności karnej wzmacnia także ochronę rynku przed naruszeniami prawa.

5. Zagrożenia powstałe przez praktyki monopolowe są tak samo poważne, jak czyny nieuczciwej konkurencji, dla których ustawa o zwalczaniu

¹⁷ M. Król-Bogomilska, *Kary pieniężne w prawie antymonopolowym na tle europejskiego prawa wspólnotowego*, Prawo Spółek 1998, nr 7, s. 53.

nieuczciwej konkurencji¹⁸ przewiduje odpowiedzialność karną (np. art. 23-25).

6. Przepisy karne mogłyby wprowadzić bardziej klarowne zasady wymiaru kary. Uwzględnić można by było umyślność działań, recydywę itp.

7. W nowym kodeksie karnym mamy już przestępstwa, które w znacznym stopniu są zbliżone do praktyk monopolowych. Przyjmują ponadto postać porozumienia. Takim przykładem jest tzw. „zmowa przetargowa”¹⁹.

8. Zbieżność zachowań antymonopolowych z innymi przestępstwami, a także podobna skala negatywnych skutków, jakie mogą powstać za ich przyczyną, powinna także być istotnym argumentem za objęciem penalizacją karną przynajmniej niektórych praktyk monopolowych.

2.4. Wprowadzenie możliwości wstępnego opiniowania porozumień z art. 4 oraz uaktywnienie art. 6

Ustawa antymonopolowa zabrania stosowania praktyk monopolowych. Jedną z form powstania praktyki są różnego rodzaju porozumienia, których celem jest ograniczenie konkurencji. W praktyce duża część umów ma na celu poprawienie sytuacji ekonomicznej, organizacyjnej lub handlowej w przedsiębiorstwach je zawierających. Które sformułowania z treści porozumienia będą mogły już być uznane za praktykę, trudno jest stwierdzić, gdyż brak jest w ustawie kazuistycznego wyliczenia zabronionych porozumień. (Wykaz z art. 4 jest jedynie przykładem, czyli możliwe są inne formy porozumień, które uznane zostaną za praktykę monopolistyczną). Aby tę niepewność zmniejszyć, proponuje się wprowadzenie wstępnego opiniowania niektórych porozumień. Propozycja opiniowania mogłaby występować w dwóch formach. Wstępna sygnalizowana byłaby jako obowiązek jej uzyskania ciążyący na każdej ze stron określonych porozumień. Druga forma miałaby wymiar już tylko fakultatywny. Takie rozdzielenie uzasadnione jest znaczną liczbą porozumień w obrocie gospodarczym. Nadmiar zgłoszeń prowadziłby do załamania się takiego systemu nadzoru. Pomijając kwestie szczegółowe, generalnie wstępne opiniowanie byłoby

¹⁸ Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. Nr 47, poz. 211 z póź. zm.).

¹⁹ Dawniej zmowa przetargowa była przestępstwem z art. 305 ustawy z dnia 12 X 1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego. Obecnie reguluje ją kodeks karny.

zblizone do procedury notyfikacji, która występuje w regulacjach unijnych w art. 86 Traktatu Rzymskiego.

Ostatnia propozycja, związana z obecnie obowiązującymi przepisami z ustawy antymonopolowej, to uaktywnienie klauzuli rozsądku (art. 6). Artykuł ten powinien spełniać istotną rolę w ramach ustawy, a jest wręcz przeciwnie. Dotychczas, mimo kilkuletniego obowiązywania w nowej konstrukcji, nie został w praktyce wykorzystany w skali masowej.

2.5. Zwiększone obowiązki Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Aktem, który w sposób istotny może wzmocnić ochronę konkurencji, jest nie uchwalona jeszcze ustawa o warunkach i nadzorowaniu pomocy publicznej dla przedsiębiorców (zwana dalej ustawą o pomocy publicznej).

Ze względu na znaczny zakres omawianej obecnie problematyki poniżej przedstawię jedynie wpływ jej postanowień na nowe obowiązki Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Pomoc publiczna oprócz typowych zafalszowań konkurencji często niesie ukryte treści, które mogą być podstawą przyszłych praktyk monopolowych. Organy udzielające pomocy zwykle nakładają określone obowiązki na beneficjentów pomocy, np. w zakresie współdziałania przedsiębiorców. Współdziałanie zaś opiera się na porozumieniach, z których niektóre mogą przybierać postać umów handlowych. Wybór właściwego organu do nadzoru nad zasadami udzielania pomocy, a potem i praktycznym jej stosowaniem, wydaje się być niezwykle ważny. Zakres kontroli powinien obejmować nie tylko kwestie związane z bieżącym zafalszowaniem konkurencji poprzez pomoc publiczną, ale także i to, żeby zasady udzielania pomocy nie tworzyły przypadkiem sytuacji sprzyjających praktykom monopolowym.

Propozycja wyznaczenia Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na organ nadzoru nad udzielaniem pomocy publicznej jest potwierdzeniem dostrzeżenia zagrożeń, jakie niesie tego typu pomoc dla całej konkurencji. Świadomość wieloaspektowości tych zagrożeń zaowocowała licznymi kompetencjami, w jakie go wyposażono, a które są realizowane poprzez:

1. Kontrolę przestrzegania przez organy władzy publicznych zasad udzielania pomocy określonych w ustawie.
2. Bieżące rejestrowanie udzielanej pomocy (art. 20 ust. 3).

3. Kontrolowanie przestrzegania zasad udzielania pomocy z punktu widzenia zgodności projektów pomocowych z niniejszą ustawą oraz ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi, których stroną jest Rzeczpospolita Polska (art. 21-31).

4. Opiniowanie aktów prawnych.

Obok znacznych zalet, jakie przyniesie skomasowanie w ramach jednego organu ochrony konkurencji, można dostrzec w przepisach projektu parę elementów niejasnych lub przynajmniej wymagających korekty. Z tekstu ustawy wynika, że Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów współpracować będzie przy nadzorowaniu pomocy publicznej z Ministrem Finansów i Ministrem Gospodarki. Współpraca ta w kilku kwestiach będzie miała charakter dość aktywny i wymagający współdziałania dwu lub trzech stron. Istnieje obawa, czy te powiązania nie spowodują częstszego korzystania z wyjątków przy ocenie działalności Ministerstwa Finansów. Ponadto rola Ministerstwa Finansów w procedurach kontrolnych wydaje się być zbyt szeroka²⁰. Uzasadnieniem tych niepokojów jest dominująca rola Ministerstwa Finansów w dotychczasowej oficjalnej i nieoficjalnej pomocy publicznej.

Przed wszystkim ukryte poza wszelkimi regulacjami uznaniowe zwalnianie, odraczanie bądź zmniejszanie obowiązków podatkowych jest jedną z największych pomocy publicznych, jaka jest realizowana w Polsce.

Aby zminimalizować negatywny wpływ podmiotu świadczącego wprost lub pośrednio pomoc publiczną, należy go wyłączyć ze wszelkich procedur kontrolno-nadzorczych.

²⁰ Przykładem negatywnego oddziaływania Ministerstwa Finansów było usytuowanie w ramach jego struktur ówczesnego organu antymonopolowego. Organ ten, działając w latach 1988-1990, przeprowadził wyjątkowo mało skutecznych postępowań. Ta nieefektywność spowodowana była w części z powodu wyjątkowo karkołomnych przepisów ówczesnej ustawy z dnia 28 lutego 1997 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym w gospodarce narodowej (Dz.U. Nr 3, poz. 18), a w znacznej części tym, że w interesie Ministerstwa Finansów nie leżało nadmierne karanie podmiotów dopuszczających się praktyk monopolowych, a tym bardziej że ich likwidacja lub podział powodowały zmniejszenie się wpłat z tytułu różnorodnych podatków. Z zasady też podmioty dopuszczające się praktyk monopolowych osiągały większe dochody (dzięki rencie monopolowej), stąd też były to podmioty poddane szczególnym względom. Obecne usytuowanie Ministerstwa Finansów nie stwarza już tak poważnego zagrożenia, niemniej pewne obawy istnieją.

2.6. Kilka uwag związanych z ustawą – Prawo działalności gospodarczej

Jednym z celów uchwalenia ww. ustawy było stworzenie jeszcze szerszego katalogu zasad zawierających ogólne przepisy o prowadzeniu działalności gospodarczej. Ogólność i wszechstronność regulacji została uzasadniona skierowaniem tego aktu do wszystkich przedsiębiorców. Stąd też wydaje się, że przy takiej generalnej formie przepisów sygnalizowanie profilaktycznych obowiązków antymonopolowych mogłoby być też potrzebne. (Tym bardziej że są tam już wskazania co do innych obowiązków, np. obowiązek oznaczenia przedsiębiorcy – art. 11, obowiązek wykonywania działalności gospodarczej na zasadach uczciwej konkurencji – art. 8).

Mając świadomość, że proces doskonalenia ustawy – Prawo działalności gospodarczej zawsze będzie aktualny, wart uwagi wydaje się postulat wprowadzenia przez nowelizację tej ustawy przepisu zawierającego generalny zakaz koncentracji monopolowej wraz ze wzmianką, że zamiar łączenia przedsiębiorstw wymaga notyfikacji.

Druga propozycja to wykorzystanie w ustawie antymonopolowej podobnych kryteriów, jakie zawarto w ustawie – Prawo działalności gospodarczej, dotyczących kwalifikowania przedsiębiorców jako małych i średnich²¹. Po zaadaptowaniu takiego rozwiązania, kontroli z art. 11 ustawy antymonopolowej mogłyby być poddane wszelkie połączenia się przedsiębiorców, których skutkiem byłoby powstanie każdego większego niż średni przedsiębiorca. Kwestia ta jest tym bardziej ważna, że nadmierna ilość wskaźników z art. 11 powoduje konieczność ich modyfikacji, tak aby były one uniwersalne i zharmonizowane pod względem używanych terminów. (Warto w tym miejscu zasignalizować, że za małego przedsiębiorcę w ustawie – Prawo działalności gospodarczej²² uważa się przedsiębiorcę, który w poprzednim roku obrotowym zatrudnił średnio rocznie poniżej 50 pracowników oraz osiągnął przychód netto ze sprzedaży towarów, wyrobów

²¹ Pojęcie małego i średniego przedsiębiorcy zawarte jest w art. 24 ustawy – Prawo działalności gospodarczej i oparte zostało o przepisy prawa wspólnotowego.

²² Szerzej na temat projektu ww. ustawy pisze K. S t r z y c z k o w s k i, *Instytucje prawa działalności gospodarczej. Uwagi o projekcie ustawy – Prawo działalności gospodarczej*, PUG 1999, nr 4, s. 11.

i usług oraz operacji finansowych nie przekraczający równowartości w złotych 7 mln ECU lub suma aktywów jego bilansu sporządzonego na koniec poprzedniego roku obrotowego nie przekroczyła równowartości w złotych 5 mln ECU. Z tym że nie jest małym przedsiębiorcą ten, który w poprzednim roku obrotowym posiadał:

– więcej niż 25% wkładów, udziałów lub akcji albo prawa do ponad 25% udziału w zysku,

– więcej niż 25% głosów w zgromadzeniu wspólników (akcjonariuszy).

Za średniego przedsiębiorcę uważa się przedsiębiorcę, który w poprzednim roku obrotowym:

– zatrudniał średnio rocznie poniżej 250 pracowników oraz osiągnął przychód netto ze sprzedaży towarów, wyrobów i usług oraz operacji finansowych nie przekraczający równowartości w złotych 40 mln ECU lub

– suma aktywów jego bilansu sporządzonego na koniec poprzedniego roku obrotowego nie przekroczyła równowartości w złotych 27 mln ECU.

Z tym że nie jest średnim przedsiębiorcą ten, kto w poprzednim roku obrotowym posiadał:

– więcej niż 25% wartości wkładu, udziałów lub akcji lub prawa do ponad 24% udziału w zysku,

– więcej niż 24% głosów w zgromadzeniu wspólników (akcjonariuszy), art. 54 ustawy – Prawo działalności gospodarczej.

Mając w pamięci różnego rodzaju kwoty zawarte w art. 11 ustawy antymonopolowej, nieodparcie nasuwa się koncepcja, aby stworzyć jednak rozwiązania o charakterze systemowym, bardziej stabilne, łatwiejsze do zrozumienia przez uczestników obrotu gospodarczego, będące wiarygodnym elementem odróżniającym koncentrację powodującą powstanie stanu zagrożenia monopolizacją od koncentracji jeszcze obojętnej dla rynku, a przede wszystkim, aby pewne pojęcia były jednolite dla obu regulacji. Ustawodawca być może mógłby je z czasem w stosowny sposób zróżnicować lub rozbudować²³, uwzględniając nowe sugestie Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. W przypadku utrudnień w tworzeniu wspólnych

²³ W ustawie – Prawo działalności gospodarczej zawarto specjalną klauzulę w art. 54 ust. 3, dającą prawo Radzie Ministrów, aby w drodze rozporządzenia podwyższała kwoty, o których wspomnieliśmy na wstępie.

pojęć, dobrym też rozwiązaniem byłoby przynajmniej częściowe oparcie się na wspólnych wskaźnikach. Ta forma zastosowania ustawy o działalności gospodarczej w procesie prewencji antymonopolowej oparta byłaby na instytucjach powołanych w ustawie antymonopolowej. Możliwe byłoby uzupełnienie ich także o specjalne kryteria pochodzące z innych regulacji, a związane z prewencyjną ochroną konkurencji.

2.7. Zróznicowane kryteria we wspólnotowej i narodowej kontroli fuzji

Analizując szczegółowo teksty ustawy antymonopolowej, możemy stwierdzić, że nadmierne, nieuzasadnione naśladownictwo rozwiązań wspólnotowych w niektórych jej przepisach jest niepotrzebne, a nawet szkodliwe. Warto w tym miejscu przypomnieć, że zakres stosowania kontroli fuzji przez Wspólnotę Europejską został wyraźnie oddzielony od narodowej kontroli fuzji przez ustalenie progu obrotu²⁴. Rozdzielenie to dotyczy nie tylko obrotu. W poszczególnych państwach istnieją większe lub mniejsze odmienności. Np. w prawie niemieckim przy kontroli fuzji występują stałe stawki procentowe kapitału uprawnionego do głosowania, którego nabycie jest podstawą uznania za połączenie, a w prawie wspólnotowym brak jest takiego sformułowania²⁵. Odmiennie sformułowano także w prawie niemieckim przesłanki będące podstawą zakazu połączeń²⁶. Zakaz połączenia ma tam miejsce, gdy istnieje zagrożenie powstania lub wzmocnienia pozycji kontrolującej rynek. Natomiast w prawie wspólnotowym zakazane są połączenia, gdy tworzą lub wzmacniają pozycję dominującą poprzez którą naruszona zostaje skuteczniejsza konkurencja we Wspólnym Rynku lub w jego istotniej części²⁷.

²⁴ Reguluje to art. 1 ust. 2 rozporządzenia o kontroli połączeń przedsiębiorstw (Dziennik Urzędowy Wspólnoty Europejskiej L nr 395, z dnia 30.12.1989 r.)

²⁵ Art. 3 ust. 1 lit. b rozporządzenia o kontroli połączeń stanowi, że kontrola połączeń ma miejsce gdy wszystkie udziały posiadane przez nabywcę pozwalają na kontrolę nad przedsiębiorstwem, którego udziały zostały przez niego nabyte.

²⁶ § 24 ust. 2 GWB.

²⁷ Art. 2 ust. 33 rozporządzenia – szerzej omawia ten problem A. We i t b r e c h t, *Trzy lata europejskiej kontroli połączeń przedsiębiorstw*, Monitor Prawniczy 1994, nr 3, s. 75.

Argumentem przemawiającym za pewnym dystansem w naśladownictwie, a wartym także uwagi, jest proces decyzyjny związany z wydaniem zakazu połączenia. We Wspólnotach decyzje zakazujące połączenia są wydawane w pełnym 20-osobowym składzie komisji. I w zasadzie więcej jest w procedurze tej aspektów związanych z polityką niż zwykłego stosowania przepisów prawa.

Przykładem nadmiernego, a przez to negatywnego, wpływu rozwiązań wspólnotowych na polskie prawo antymonopolowe jest wspomniana już wcześniej rezygnacja ustawodawcy z sankcji karnych. To nieuzasadnione naśladownictwo nie wynika jednak z konkretnych przepisów, gdyż prawo wspólnotowe nie zawiera żadnych wskazań zabraniających państwom członkowskim tworzenia karnych regulacji antymonopolowych. Przyczyną braku odpowiedzialności karnej w przepisach wspólnotowych jest nie tyle odmienne podejście do zwalczania praktyk antymonopolowych co potrzeba natury konstytucyjnej²⁸. Traktaty będące konstytucją Wspólnot nie dają Komisji Europejskiej uprawnień obejmujących prawo nakładania sankcji karnych, a dosłownie ujmując, brak jest w komisji prawa do „kryminalnej jurysdykcji”²⁹.

Kolejnym przykładem nadmiernego naśladownictwa jest wytykany już kilkakrotnie w literaturze art. 5³⁰. Artykuł 5 ustawy antymonopolowej został skonstruowany na podstawie wzorca, jakim jest artykuł 86 Traktatu Rzymskiego. Podobieństwo widoczne jest w opisie poszczególnych praktyk antymonopolowych, gdyż użyto tam terminu „w szczególności”. Takie odzworowanie spowodowało, że art. 5 zawiera jedynie przykłady praktyk monopolowych, a nie pełne i enumeratywne wyliczenie. Tym samym jest to przepis otwarty i teoretyczne wiele zachowań zbliżonych może być uznanych także za praktykę monopolową, co stwarza niepotrzebną niepewność w obrocie gospodarczym.

²⁸ M. Król-Bogomilska, tamże s. 50.

²⁹ Przepisy wykonawcze w stosunku do postanowień Traktatu Rzymskiego w zakresie art. 85 i 86 nie zawierają żadnego z elementów karnych (kwestie te reguluje rozporządzenie Rady nr 17/62). Brak także jest charakteru sankcji karnej przewidzianej w rozporządzeniu nr 4064/85, która to dotyczy kontroli połączeń.

³⁰ M. Król-Bogomilska, tamże s. 48.

2.8. Propozycja scalenia dwu ustaw prawa konkurencji

Propozycja, która dotychczas nie została zrealizowana, to projekt³¹ połączenia dwu najważniejszych aktów polskiego prawa konkurencji, tzn. omawianej ustawy antymonopolowej z ustawą z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. Nr 47, poz. 211 z późn. zm.). Jako podstawowy argument przemawiający za taką fuzją wymienia się jedność przedmiotu ochrony, gdyż czyny nieuczciwej konkurencji zawarte w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz praktyki monopolistyczne z ustawy antymonopolowej to różne formy nieuczciwych praktyk rynkowych³². W związku z tak ważnymi elementami wspólnymi, propozycja zmierza do uchylecia ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a przepisy w niej zawarte weszłyby do ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym, której zmieniono by także nazwę na ustawę o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Koncepcja stworzenia kompleksowej regulacji prawa konkurencji napotyka liczne argumenty przeciwne.

Czynników przemawiających przeciwko ujednocnieniu jest kilka, np.:

1) Odmienne charakter przepisów obu ustaw: ustawa antymonopolowa ma charakter publicznoprawny, a u.z.n.k. jest regulacją prywatnoprawną³³

2) Odmienne procedury (postępowanie antymonopolowe to postępowanie administracyjne z elementami postępowania cywilnego, zaś postępowanie w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest postępowaniem wyłącznie sądowym).

3) Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest aktem z zakresu prawa własności intelektualnej.

4) Odmienne dorobek orzecznictwa i doświadczeń.

³¹ Projekt połączenia dwu ww. aktów prawnych nosi nazwę ustawy o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i o uchyleniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Druk sejmowy Nr 606 z dnia 18 lipca 1998 r.

³² Takie wspólne ujęcie zawiera art. 76 Konstytucji.

³³ M. Kępiński, *Problemy ogólne nowej ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, *Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny* 1994, nr 2; M. Kępiński twierdzi, że o ile ustawa antymonopolowa stoi na straży zachowania swobody konkurencji jako stanu pożądanego dla rozwoju rynku, o tyle ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji reguluje granice uczciwej konkurencji, określa jej „jakość”. Choć obie ustawy zajmują się tym samym problemem, tj. konkurencją, należą jednak do dwóch sfer prawa: ustawa antymonopolowa do sfery prawa publicznego, zaś u.z.n.k. do sfery prawa prywatnego.

5) W rozwiązaniach zagranicznych w obrębie prawa konkurencji przeważają postępowania wyodrębnione.

Oprócz argumentów przemawiających za pozostawieniem bez zmian obecnego stanu prawnego jako dwu niezależnych regulacji prawa konkurencji, warto też przytoczyć czynniki przemawiające za scaleniem obu regulacji:

1. Już w chwili obecnej Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów sprawuje nadzór nad przestrzeganiem obu regulacji, gdyż zgodnie z art. 19 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji może on wносить wniosek do sądu o wszczęcie postępowania w związku z naruszeniem przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

2. Przepisy tworzące podstawy do ochrony wolnej konkurencji dotyczą podobnych odbiorców, tj. przedsiębiorców i konsumentów.

3. Stworzenie jednolitej regulacji prawa konkurencji ułatwi zrozumienie, percepcję, a przede wszystkim jego stosowanie. Jak dowodzi praktyka rozłożenie tego prawa na dwa akty prawne jest czynnikiem utrudniającym jego wdrażanie.

4. Oba akty w związku z tym, że dotyczą tak ważnego i w dużej części trudnego prawa, powinny przede wszystkim być przystępne w odbiorze, jeśli oczekujemy, że będą przestrzegane i stosowane. Wymaga to wprowadzenia wspólnego słownika podstawowych pojęć, a jest to łatwiejsze w ramach jednej regulacji. Ponadto kompleksowe ujęcie problemu konkurencji wydaje się, że wspomże ww. cele.

5. Zarzut, że obie regulacje są trudne do połączenia ze względu na zróżnicowany publicznoprawny i prywatnoprawny charakter przepisów³⁴ jest tylko w części prawdziwy, gdyż nawet typowo prywatnoprawne przepisy zawierają niekiedy elementy publicznoprawne. A jak wskazuje praktyka i literatura³⁵, wiele jest regulacji o mieszanym charakterze lub są takie, że trudno określony akt przypisać do regulacji publicznoprawnych, jak i prywatnoprawnych.

³⁴ Ulpian dokonywał podziału prawa na publiczne i prywatne, uwzględniając kryterium interesu. Późniejsze kryteria były nieco inne, np. brano pod uwagę kryterium podziału.

³⁵ C. C o s i k o w s k i, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 1994, s. 33.

Wnioski

Jak wskazuje powyższa analiza, proces przekształceń prawa antymonopolowego nie jest jeszcze zamknięty. Potwierdza to szczególną rolę tej ustawy w procesach gospodarczych. Jak dowodzą przykłady państw o wysokim stopniu konkurencyjności w gospodarce, ustawodawstwo antymonopolowe powinno być skuteczne nie tylko poprzez bieżące zwalczanie praktyk monopolowych, ale także poprzez szeroko zakrojoną prewencję antymonopolową. Wspomniałem o niej w ramach analizy ustawy antymonopolowej, a także sygnalizując nową ustawę – Prawo działalności gospodarczej i projekt ustawy o pomocy publicznej.

Szczególne połączenie oddziaływań prewencyjnych wzmacnia jej pozytywne skutki, a powyższy przegląd projektów aktów prawnych nasuwa wniosek, że aby ochrona konkurencji była maksymalnie efektywna, to działania ustawy antymonopolowej powinny być wspomagane w ramach innych regulacji. Pewnym ułatwieniem podjęcia takich zharmonizowanych zmian jest to, że niektóre akty tego typu są jeszcze w formie projektów (ustawa o pomocy publicznej). Nadmierne wyczekiwanie na ich uchwalenie osłabia jednak skuteczność ustawy antymonopolowej. W szczególności zbyt wolny jest proces legislacyjny w zakresie ustawy o pomocy publicznej państwa. Akt ten ze względu na skalę problemów, które ma unormować, stanowić będzie prawdziwie pozytywny przełom we wzmacnianiu gospodarki wolnorynkowej, a jednocześnie tworzyć będzie jasną i sprawiedliwszą zasadę redystrybucji funduszy rządowych, przede wszystkim zaś zwiększy uprawnienia prokonkurencyjne Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.