



URZĄD OCHRONY KONKURENCJI I KONSUMENTÓW

Wyjaśnienia Prezesa
Urzędu Ochrony Konkurencji
i Konsumentów w zakresie
**procedury zgłaszania
zamiaru koncentracji**



Publikacja przygotowana dzięki wsparciu finansowemu Unii Europejskiej



**WYJAŚNIENIA
PREZESA URZĘDU
OCHRONY KONKURENCJI
I KONSUMENTÓW
w zakresie procedury
zgłaszania zamiaru
koncentracji**



Niniejsze Wyjaśnienia zostały opracowane z myślą o przedsiębiorcach dokonujących zgłoszenia zamiaru koncentracji. Przedstawiono w nich wyteczne odnośnie kryteriów i procedur dokonywania zgłoszenia, co powinno ułatwić zainteresowanym prawidłowe przygotowanie wniosku zgłoszeniowego. W Wyjaśnieniach wykorzystano dotychczasowe doświadczenia i dorobek orzecznictwa antymonopolowego, zarówno krajowego jak i wspólnotowego oraz zaprezentowano aktualny stan prawny.

Wyjaśnienia nie mają charakteru obowiązującego prawa, a jedynie stanowią materiał pomocniczy, służący jego objaśnieniu i interpretacji. Prezentują one generalne przesłanki, jakimi kieruje się Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w postępowaniach koncentracyjnych i najbardziej typowe sytuacje. Należy podkreślić, że konkretne rozstrzygnięcia mogą być odmienne, dostosowane do specyfiki poszczególnych spraw.

Niniejsze opracowanie sporządzone zostało przez kancelarię prawną Sołtysiński Kawecki & Szlęzak, Doradcy Prawni w ramach projektu PL99/IB/OT/02



Publikacja finansowana ze środków pomocowych Unii Europejskiej w ramach projektu PHARE PL0004.03.



URZĄD OCHRONY KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
Plac Powstańców Warszawy 1
00-950 Warszawa
tel. 0_22 55 60 800
e-mail: uokik@uokik.gov.pl
www.uokik.gov.pl

© Copyright by Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Warszawa 2003

Przygotowanie do druku i druk:
www.kotbury.pl

Spis treści

I	CZYNNOŚĆ, Z KTÓRĄ USTAWA WIĄŻE OBOWIĄZEK DOKONANIA ZGŁOSZENIA	___ 7
1.	Pojęcie „umowy lub innej czynności, na podstawie której ma nastąpić koncentracja”	___ 7
2.	Wiążąca czynność prawna o skutku rozporządzającym	___ 8
3.	Inne czynności prawne i faktyczne	___ 8
3.1.	Oferta publiczna	___ 9
3.2.	Umowa przedwstępna	___ 9
3.3.	Umowa ramowa	___ 9
3.4.	Porozumienie w sprawie połączenia	___ 9
3.5.	Uchwała/uchwały	___ 9
3.6.	List intencyjny	___ 10
3.7.	Oświadczenie prasowe i inne czynności faktyczne	___ 10
3.8.	Fuzje personalne	___ 10
II	PODMIOTY ZOBOWIĄZANE DO DOKONANIA ZGŁOSZENIA	___ 11
1.	Podmioty zobowiązane do dokonania zgłoszenia w świetle art. 94 ust. 2 Ustawy	___ 11
2.	„Wehikuły korporacyjne” a obowiązek dokonania zgłoszenia	___ 12
III	TERMIN DOKONANIA ZGŁOSZENIA	___ 14
1.	Charakter terminu	___ 14
2.	Niedochowanie terminu przy zgłoszeniach dokonywanych na podstawie czynności wcześniejszych niż czynności prawne o skutkach rozporządzających dokonane pod warunkiem zawieszającym	___ 14
3.	Niedochowanie terminu przy zgłoszeniach dokonywanych na podstawie czynności prawnych o skutkach rozporządzających dokonanych pod warunkiem zawieszającym	___ 15
IV	POSTĘPOWANIE W PRZYPADKU WYSTĄPIENIA BRAKÓW FORMALNYCH LUB MATERIALNYCH ZGŁOSZENIA ORAZ WSZCZĘCIE POSTĘPOWANIA	___ 16
1.	Postępowanie w przypadku braków formalnych zgłoszenia	___ 16
2.	Postępowanie w przypadku braków materialnych zgłoszenia	___ 16



2.1.	Zwrócenie zgłoszenia	___ 17
2.2.	Wezwanie do uzupełnienia zgłoszenia	___ 17
3.	Wszczęcie postępowania	___ 17
V	EFEKT ZAWIESZAJĄCY	___ 19
1.	Terminy	___ 19
2.	Metoda obliczania terminu	___ 20
2.1.	Oczekiwanie na dokonanie zgłoszenia przez pozostałych uczestników koncentracji	___ 21
2.2.	Oczekiwanie na usunięcie braków lub uzupełnienie informacji	___ 21
2.3.	Oczekiwanie na ustosunkowanie się do przedstawionych warunków	___ 21
2.4.	Obliczanie okresu zawieszenia biegu terminu	___ 22
3.	Dokonanie koncentracji w przypadku milczenia Prezesa Urzędu	___ 22
4.	Zamknięcie transakcji przed wydaniem decyzji w przypadku oferty publicznej	___ 22
4.1.	Publiczna oferta kupna lub zamiany akcji	___ 23
4.2.	Transakcja zgłoszona Prezesowi Urzędu	___ 23
4.3.	Korzystanie z prawa głosu	___ 23
5.	Zamknięcie transakcji przed wydaniem decyzji w przypadku pozostałych transakcji, których przedmiotem są akcje dopuszczone do obrotu publicznego	___ 24

I

CZYNNOŚĆ, Z KTÓRĄ USTAWA WIĄŻE OBOWIĄZEK DOKONANIA ZGŁOSZENIA

Zgodnie z art. 12 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jednolity, Dz.U. 2003, Nr 86, poz. 804, „Ustawa”), zgłoszeniu do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów („Prezes Urzędu”) podlega „zamiar dokonania koncentracji”. Ze względu na subiektywny charakter tego pojęcia, a w szczególności na trudności mogące powstawać w związku z ustalaniem chwili powstania „zamiaru” w odniesieniu do podmiotów zbiorowych takich jak np. spółki kapitałowe, ustawodawca zdecydował się związać chwilę powstania obowiązku dokonania zgłoszenia nie z chwilą powstania „zamiaru” określonego w art. 12 Ustawy, lecz z chwilą dokonania przez przedsiębiorcę czynności mogącej zostać uznana za obiektywną jego manifestację.

I. Pojęcie „umowy lub innej czynności, na podstawie której ma nastąpić koncentracja”

Moment, z którym Ustawa wiąże powstanie obowiązku dokonania zgłoszenia, określono w art. 94 ust. 4 Ustawy jako „dzień zawarcia umowy lub dokonania innej czynności, na podstawie której ma nastąpić koncentracja”. Uznaje się, iż ustawodawca celowo posłużył się terminem nieostrym, gdyż jedynie użycie takiego terminu umożliwia objęcie hipotezą normy wyprowadzanej na podstawie przepisu art. 94 ust. 4 Ustawy niezwykle bogatego katalogu czynności występujących w obrocie gospodarczym, które w praktyce mogą stać się „podstawą” dokonania koncentracji.

W szczególności należy zwrócić uwagę, iż „podstawą” dokonania koncentracji w rozumieniu Ustawy może być nie tylko czynność prawna, lecz także czynność faktyczna, oraz że nie jest nią czynność, której bezpośrednim skutkiem jest zmiana struktury konkurencji na rynku, określana w Ustawie jako koncentracja, lecz czynność, „na podstawie której” koncentracja ma nastąpić.

Umożliwiać ma to dostosowanie konstrukcji tej normy do dynamiki obrotu gospodarczego i wiąże się tym, iż przedmiotem zgłoszenia nie jest koncentracja, lecz jej zamiar.

2. **Wiążąca czynność prawna o skutku rozporządzającym**

Kierując się doświadczeniami praktyki administracyjnej w zakresie prawa antymonopolowego, ustawodawca szczególną regulacją objął jeden z rodzajów czynności, które mogą być uznane za „podstawę” zamierzonej koncentracji, a mianowicie dokonanie przez przedsiębiorcę(ów) wiążącej warunkowej czynności prawnej o skutku rozporządzającym (art. 98 ust. 2). Czynność ta stanowi ostatnie ogniwo w łańcuchu zdarzeń prowadzących do dokonania koncentracji, które można traktować jako manifestację zamiaru dokonania koncentracji. Przepis art. 98 ust. 2 Ustawy dopuszcza wprost dokonanie tego rodzaju czynności i dzięki temu w sposób ostry zostaje określone ostateczne zdarzenie, z którym ustawa wiąże obowiązek dokonania zgłoszenia. W żadnym stopniu nie stoi to na przeszkodzie dla uznania, iż czynność stanowiąca wcześniejsze ogniwo tego łańcucha może także stanowić manifestację zamiaru podlegającego obowiązkowi zgłoszenia.

Należy jednak pamiętać, iż ustawodawca nałożył na przedsiębiorców obowiązek dokonania zgłoszenia w terminie siedmiodniowym. Termin ten odczytuje się jako termin siedmiu dni od zaistnienia ostatniej z czynności, którą można postrzegać jako manifestację zamiaru dokonania koncentracji, a której dokonanie jest dopuszczalne w świetle Ustawy. W takim przypadku obowiązek dokonania zgłoszenia ma charakter bezwzględny.

3. **Inne czynności prawne i faktyczne**

Zależnie od okoliczności towarzyszących konkretnym przypadkom koncentracji, Ustawa dopuszcza przyjęcie założenia, iż inne czynności prawne lub faktyczne stanowią zdarzenia, z którymi Ustawa wiąże powstanie obowiązku dokonania zgłoszenia. Formuła przyjęta przez ustawodawcę dopuszcza dużą elastyczność w określaniu tego zdarzenia i czyni przedsiębiorców odpowiedzialnymi za podjęcie decyzji, w którym momencie rozważany przez nich zamiar można uznać za uzasadniający dokonanie zgłoszenia.

W świetle powyższego możliwe jest również dokonywanie przez przedsiębiorców zgłoszeń na podstawie zdarzeń wcześniejszych niż te, z którymi Ustawa wiąże powstanie bezwzględnego obowiązku zgłoszenia. W takich przypadkach to do przedsiębiorców należy określenie, czy na osiągniętym etapie ich zamiar posiada dostateczny stopień konkretyzacji, by mógł posłużyć za przedmiot zgłoszenia.

Siedmiodniowy termin na dokonanie zgłoszenia liczy się natomiast nie od zaistnienia zdarzenia, na podstawie którego dokonywane jest zgłoszenie, lecz od wystąpienia ostatniej z czynności, którą można postrzegać jako manifestację zamiaru dokonania koncentracji, a której dokonanie jest dopuszczalne w świetle Ustawy. Inaczej mówiąc, w przypadku dokonywania zgłoszenia na podstawie zdarzenia wcześniejszego możliwe jest zgodne z prawem jego dokonanie w terminie przekraczającym siedem dni od wystąpienia zdarzenia, na które wskazują przedsiębiorcy, o ile dochowany zostaje termin siedmiu dni od wystąpienia zdarzenia powodującego powstanie bezwzględnego obowiązku dokonania zgłoszenia.

3.1. Oferta publiczna

Użycie argumentu *a minori ad maius* w odniesieniu do art. 98 ust. 3 Ustawy prowadzi do wniosku, iż dokonanie zgłoszenia zamiaru koncentracji może nastąpić na podstawie złożenia „publicznej oferty kupna lub zamiany akcji”. Należy uznać, iż posługując się tym pojęciem, nie będącym pojęciem ustawowym, ustawodawca miał na myśli znaną w polskim prawie instytucję publicznego wezwania do sprzedaży akcji, jak również odpowiednie instytucje obcych systemów prawnych.

Istotą tego typu transakcji jest skierowanie, w trakcie trwania sesji giełdy, propozycji nabycia akcji do nieograniczonej liczby potencjalnych kontrahentów, a także fakt, iż po złożeniu teź propozycji podmiot ją składający nie ma możliwości zawieszenia lub opóźnienia jej realizacji.

3.2. Umowa przedwstępna

Zawarcie przez przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji umowy przedwstępnej (tzn. umowy, w której strony zobowiązują się do zawarcia umowy przyrzeczonej bezpośrednio prowadzącej do dokonania koncentracji, pod warunkiem, że umowa ta określa podstawowe elementy umowy przyrzeczonej i termin, w jakim ma ona być zawarta) stanowi przykład czynności prawnej, która może zostać uznana za manifestację powzięcia zamiaru wystarczającą do powstania obowiązku dokonania zgłoszenia i stanowić alternatywę wobec dokonywania przez przedsiębiorców, pod warunkiem zawieszającym uzyskania zgody Prezesa Urzędu, wiążących czynności prawnych o skutku rozporządzającym.

3.3. Umowa ramowa

Zawarcie przez przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji umowy ramowej (tzn. umowy, w wykonaniu której przedsiębiorcy zobowiązują się dokonać czynności bezpośrednio prowadzące do koncentracji) stanowi przykład czynności prawnej, która zależnie od woli przedsiębiorców dokonujących zgłoszenia może zostać uznana za manifestację powzięcia „zamiaru” wystarczającą do powstania obowiązku dokonania zgłoszenia, pod warunkiem osiągnięcia wystarczającego poziomu skonkretyzowania. Dla uznania, iż zamiar został wystarczająco skonkretyzowany, umowa ramowa powinna określać co najmniej przedmiot zamierzonej koncentracji, jej formę, a także wartość transakcji.

3.4. Porozumienie w sprawie połączenia

W przypadku koncentracji mających formę połączenia przeprowadzanego zgodnie z przepisami k.s.h. zazwyczaj czynnością, którą należy uznać za powodującą powstanie obowiązku dokonania zgłoszenia jest podpisanie porozumienia w sprawie połączenia.

3.5. Uchwała / uchwały

Powzięcie przez organ zarządzający spółki uchwały, w której organ ten wyraża intencję dokonania koncentracji bądź też upoważnia określonych członków kadry

zarządzającej do podjęcia kroków zmierzających do dokonania koncentracji, stanowi przykład czynności, która może zostać uznana za manifestację powzięcia „zamiaru” wystarczającą do powstania obowiązku dokonania zgłoszenia.

W niektórych okolicznościach gospodarczych dokonanie zgłoszenia na podstawie czynności, która nie jest podawana do wiadomości publicznej, a także zachowanie krótkiego odstępu czasowego pomiędzy uzyskaniem decyzji organu antymonopolowego a podaniem wiadomości o zamierzonej transakcji do wiadomości publicznej może stanowić istotny element planowanej transakcji. W takich przypadkach należy uznać za uzasadnione uznanie, iż obowiązek dokonania zgłoszenia powstał w chwili podjęcia przez organ zarządzający uchwały w sprawie planowanej transakcji. Kryterium dopuszczalności uznania złożenia oświadczenia prasowego stanowi stopień skonkretyzowania zamiaru wyrażonego w oświadczeniu.

3.6. List intencyjny

Podpisanie przez przedsiębiorców listu intencyjnego dotyczącego zamiaru dokonania koncentracji stanowi przykład czynności, która może zostać uznana za manifestację powzięcia „zamiaru” wystarczającą do powstania obowiązku dokonania zgłoszenia, o ile osiąga wystarczający poziom konkretyzacji.

3.7. Oświadczenie prasowe i inne czynności faktyczne

Złożenie przez przedsiębiorcę za pośrednictwem środków masowego przekazu oświadczenia dotyczącego powzięcia zamiaru dokonania koncentracji stanowi przykład czynności faktycznej, która może zostać uznana za manifestację powzięcia „zamiaru” wystarczającą do powstania obowiązku dokonania zgłoszenia.

W niektórych przypadkach złożenie oświadczenia prasowego może być jedyną czynnością poprzedzającą dokonanie koncentracji (np. obowiązujące w niektórych krajach regulacje w zakresie publicznego obrotu papierami wartościowymi nie dopuszczają możliwości dokonania warunkowego wezwania do składania ofert). W takich przypadkach dokonanie zgłoszenia na podstawie oświadczenia prasowego musi być uznane nie tylko za uzasadnione, ale wręcz wymagane. Kryterium dopuszczalności uznania złożenia oświadczenia prasowego stanowi – tak jak w przypadku wyżej omawianych uchwał organów zarządzających i listów intencyjnych – wystarczający stopień skonkretyzowania zamiaru wyrażonego w oświadczeniu.

3.8. Fuzje personalne

W przypadku fuzji personalnych za zdarzenie, z którym Ustawa wiąże powstanie bezwzględnie obowiązku dokonania zgłoszenia, uznaje się podjęcie przez właściwy organ przedsiębiorcy uchwały, na podstawie której członek organu zarządzającego lub kontrolnego konkurencyjnego przedsiębiorcy ma objąć funkcję członka organu przedsiębiorcy, na którym spoczywa obowiązek zgłoszenia – o ile uchwała taka podejmowana jest pod warunkiem uzyskania zgody Prezesa Urzędu.

II

PODMIOTY ZOBOWIĄZANE DO DOKONANIA ZGŁOSZENIA

I. Podmioty zobowiązane do dokonania zgłoszenia w świetle art. 94 ust. 2 Ustawy

Zgodnie z art. 94 ust. 2 Ustawy w przypadku wystąpienia zdarzenia, z którym ustawa wiąże powstanie obowiązku dokonania zgłoszenia, obowiązek ten obejmuje następujące podmioty:

- (a) przy zamiarze koncentracji polegającej na połączeniu dwóch lub więcej samodzielnych przedsiębiorców (art. 12 ust. 2 pkt 1 Ustawy) - przedsiębiorcami zobowiązanymi do dokonania zgłoszenia są łączący się przedsiębiorcy;
- (b) przy zamiarze koncentracji polegającej na przejściu bezpośredniej lub pośredniej kontroli nad całym albo częścią jednego lub więcej przedsiębiorców (art. 12 ust. 2 pkt 2 Ustawy) - przedsiębiorcą zobowiązanym do dokonania zgłoszenia jest przedsiębiorca przejmujący kontrolę. W przypadku, gdy przejście kontroli dokonane ma być przez więcej niż jeden podmiot należący do tej samej grupy kapitałowej (np. za pośrednictwem wielu podmiotów zależnych), przedsiębiorcą zobowiązanym do dokonania zgłoszenia jest pierwszy z podmiotów w strukturze grupy kapitałowej, który da się określić jako podmiot dominujący (bezpośrednio lub pośrednio) w stosunku do przedsiębiorców bezpośrednio uczestniczących w koncentracji;
- (c) przy zamiarze koncentracji polegającej na utworzeniu przez przedsiębiorców wspólnego przedsiębiorcy (art. 12 ust. 2 pkt 3 Ustawy) - przedsiębiorcami zobowiązanymi do dokonania zgłoszenia są wszyscy przedsiębiorcy biorący udział w utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy;
- (d) przy zamiarze koncentracji polegającej na objęciu lub nabyciu akcji albo udziałów innego przedsiębiorcy, powodującego uzyskanie co najmniej 25% głosów na walnym zgromadzeniu lub zgromadzeniu wspólników (art. 12 ust. 3 pkt 1 Ustawy) - przedsiębiorcą zobowiązanym do dokonania zgłoszenia jest przedsiębiorca obejmujący lub nabywający akcje lub udziały. W przypadku, gdy nabycie akcji lub udziałów dokonane ma być

- przez więcej niż jeden podmiot należący do tej samej grupy kapitałowej (np. za pośrednictwem wielu podmiotów zależnych), przedsiębiorcą zobowiązanym do dokonania zgłoszenia jest pierwszy z podmiotów w strukturze grupy kapitałowej, który da się określić jako podmiot dominujący (bezpośrednio lub pośrednio) w stosunku do przedsiębiorców bezpośrednio uczestniczących w koncentracji;
- (e) przy zamiarze koncentracji polegającej na objęciu przez tę samą osobę funkcji członka organu zarządzającego albo organu kontrolnego u konkurujących ze sobą przedsiębiorców (art. 12 ust. 3 pkt 2 Ustawy) - przedsiębiorcą zobowiązanym do dokonania zgłoszenia jest przedsiębiorca, w którego organie zarządzającym lub kontrolnym funkcję członka obejmuje osoba pełniąca już taką funkcję w organie zarządzającym lub kontrolnym innego przedsiębiorcy;
 - (f) przy zamiarze koncentracji polegającej na rozpoczęciu wykonywania praw z akcji lub udziałów objętych lub nabytych bez uprzedniego zgłoszenia zgodnie z art. 13 pkt 3 i 4 Ustawy (art. 12 ust. 3 pkt 3 Ustawy) - przedsiębiorcą zobowiązanym do dokonania zgłoszenia jest instytucja finansowa albo przedsiębiorca, który nabył akcje lub udziały w celu zabezpieczenia wiarygodności rozpoczynający wykonywanie praw z akcji lub udziałów oraz przedsiębiorca, z którego akcji lub udziałów rozpoczyna wykonywanie praw instytucja finansowa albo inny przedsiębiorca.

2. „Wehikuły korporacyjne” a obowiązek dokonania zgłoszenia

W świetle praktyki orzeczniczej Prezesa Urzędu konieczne jest wyjaśnienie zagadnienia obowiązku dokonania zgłoszenia w szczególnym przypadku transakcji, najczęściej transakcji wielojurysdykcyjnych, które zakładają utworzenie lub wykorzystanie tzw. wehikułów korporacyjnych (nazywanych także wehikułami specjalnego przeznaczenia, wehikułami jednorazowymi, wehikułami nabywającymi).

Struktura transakcji przeprowadzanych na skalę międzynarodową - w szczególności fuzji i przejęć - jest często bardzo skomplikowana, co wynika zarówno ze specyficznych uwarunkowań właściwych każdej z transakcji, jak również z różnic pomiędzy ustawodawstwami krajów, w których mają siedziby uczestnicy transakcji. Bardzo często w jedną transakcję zaangażowanych jest wiele podmiotów (inwestorów, pożyczkodawców itp.), których działalność podlega znacznie różniącym się przepisom (dotyczącym np. prawa spółek, prawa papierów wartościowych, prowadzenia rachunkowości).

W praktyce fuzji i przejęć przyjęło się nazywać wehikułem korporacyjnym spółki nie prowadzące działalności gospodarczej, tworzone na potrzeby przeprowadzenia i rozliczenia transakcji. Ich funkcje mogą być bardzo różne, w zależności od szczególnych potrzeb związanych z każdą transakcją, jednakże ich cechą wspólną jest to, iż mają one charakter wyłącznie instrumentalny. Nie stanowią one aktywnych uczestników transakcji, a w szczególności nie stanowią ośrodków podejmowania decyzji, w tym „zamiaru” koncentracji,

o którym mowa w art. 12 Ustawy. Zależnie od potrzeb, spółki takie mogą ulegać likwidacji po zakończeniu transakcji lub mogą pozostawać w strukturze grup kapitałowych jako spółki holdingowe.

Zasadniczo należy uznać, iż w przypadku transakcji, w których przedsiębiorcą bezpośrednio uczestniczącym w koncentracji jest wehikuł korporacyjny, obowiązek dokonania zgłoszenia spoczywa na tym przedsiębiorcy dominującym w stosunku do owego wehikułu, któremu można przypisać podjęcie „zamiaru”, o którym mowa w art. 12 Ustawy. Podobnie w przypadku, gdy wehikuł korporacyjny (przedsiębiorca bezpośrednio uczestniczący w koncentracji) stanowi instrument przejęcia łącznej kontroli przez więcej niż jednego przedsiębiorcę, zasadniczo należy uznać, iż obowiązek dokonania zgłoszenia spoczywa na przedsiębiorcach sprawujących łączną kontrolę nad owym wehikułem korporacyjnym, którym można przypisać powstanie zamiaru koncentracji.

III

TERMIN DOKONANIA ZGŁOSZENIA

Art. 94 ust. 4 Ustawy stanowi, iż zgłoszenia zamiaru koncentracji należy dokonać w terminie 7 dni (kalendarzowych) od dnia wystąpienia zdarzenia, z którym Ustawa wiąże obowiązek dokonania zgłoszenia.

1. **Charakter terminu na dokonanie zgłoszenia**

Siedmiodniowy termin na dokonanie zgłoszenia, określony w art. 94 ust. 4 Ustawy ma charakter wiążący, choć nie stanowi terminu zawitego.

Podstawowym założeniem przyjętej w Ustawie koncepcji uprzedniej kontroli koncentracji gospodarczej jest uzależnienie przeprowadzenia koncentracji od zgody organu antymonopolowego, wydanej przy uwzględnieniu interesu publicznego. Z tego względu podstawowe znaczenie dla wartości chronionych prawem antymonopolowym ma dokonanie zgłoszenia przed wystąpieniem strukturalnych zmian na rynku (co zapewniają normy dotyczące wstrzymania się od dokonywania koncentracji, szczególnie regulacja dotycząca czynności prawnych dokonywanych pod warunkiem zawieszającym, a także możliwość stosowania przez Urząd sankcji strukturalnych) i umożliwienie organowi antymonopolowemu analizy skutków koncentracji.

W związku z powyższym, w przypadku niedokonania zgłoszenia w przewidzianym Ustawą terminie obowiązek ten nie przestaje istnieć aż do chwili dokonania koncentracji. Jednakże w przypadku zgłoszeń dokonywanych z uchybieniem terminu przedsiębiorcy muszą się liczyć z odpowiedzialnością za jego naruszenie – zgodnie z art. 101 ust. 1 pkt 1 Ustawy Prezes Urzędu ma obowiązek nałożenia na takich przedsiębiorców kary pieniężnej w wysokości od 1000 do 50000 EUR.

2. **Niedochowanie terminu przy zgłoszeniach dokonywanych na podstawie czynności wcześniejszych niż czynności prawne o skutkach rozporządzających dokonane pod warunkiem zawieszającym**

Biorąc pod uwagę dynamikę obrotu gospodarczego i mając świadomość, iż zamiar koncentracji przechodzi różne etapy konkretyzacji, zanim stanie się zamiarem ostatecznym, ustawodawca pozostawił przedsiębiorcom duży zakres swobody w zakresie podejmowania decyzji dotyczących tego, kiedy

podjęty przez nich zamiar dokonania koncentracji uzyskuje stopień skonkretyzowania uzasadniający powstanie obowiązku dokonania zgłoszenia. Za zamiar ostateczny (tzn. taki, z którym wiąże się powstanie bezwzględnie obowiązku dokonania zgłoszenia) ustawodawca uznał wiążącą czynność prawną dokonaną pod warunkiem zawieszającym polegającym na uzyskaniu zgody Prezesa Urzędu.

W przypadku, gdy przedsiębiorca nie decyduje się na dokonanie zgłoszenia na podstawie czynności stanowiącej wcześniejsze ogniwo w łańcuchu zdarzeń prowadzących do dokonania koncentracji, należy zastosować interpretację korzystną dla przedsiębiorcy i przyjąć, iż uznał on, że rozważany przez niego zamiar koncentracji nie uzyskał stopnia skonkretyzowania uzasadniającego powstanie obowiązku dokonania zgłoszenia.

Natomiast w przypadku, gdy przedsiębiorca decyduje się na dokonanie zgłoszenia na podstawie czynności stanowiącej wcześniejsze ogniwo w łańcuchu zdarzeń prowadzących do dokonania koncentracji, jednakże czyni to po upływie siedmiu dni od wystąpienia zdarzenia, które uznaje on za manifestację zamiaru koncentracji, należy także zastosować interpretację korzystną dla przedsiębiorcy i przyjąć, że nie nastąpiło naruszenie obowiązku dokonania zgłoszenia. Uzasadnienie takiej interpretacji stanowi fakt, iż w świetle przepisów Ustawy przedsiębiorca ten miałby możliwość uczynić zadość obowiązkowi dokonania zgłoszenia także w terminie późniejszym, którego początek stanowiłaby chwila wystąpienia kolejnego zdarzenia prowadzącego do koncentracji.

3. Niedochowanie terminu przy zgłoszeniach dokonywanych na podstawie czynności prawnych o skutkach rozporządzających dokonanych pod warunkiem zawieszającym

W świetle przepisów Ustawy niedokonanie zgłoszenia w terminie siedmiu dni od wystąpienia ostatniego zdarzenia, z którym dopuszczalne jest wiązanie powstania obowiązku dokonania zgłoszenia, należy uznać za niewykonanie w terminie obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji, o którym mowa w art. 12. W świetle przepisu art. 101 ust. 1 pkt 1 Ustawy w takim przypadku Prezes Urzędu obligatoryjnie nakłada na przedsiębiorcę, na którym spoczywa obowiązek dokonania zgłoszenia, karę pieniężną w wysokości od 1000 do 50000 EUR.

IV

POSTĘPOWANIE W PRZYPADKU WYSTĄPIENIA BRAKÓW FORMALNYCH I MATERIALNYCH ZGŁOSZENIA ORAZ WSZCZĘCIE POSTĘPOWANIA

Zgłoszenie zamiaru koncentracji powinno odpowiadać wymaganiom określonym w Ustawie i rozporządzeniach wykonawczych. Wymagania te można podzielić na należące do dwóch kategorii: wymagań formalnych i wymagań materialnych.

1. Postępowanie w przypadku braków formalnych zgłoszenia

W art. 77 ust. 1 Ustawy nałożono na przedsiębiorców dokonujących zgłoszenia zamiaru koncentracji obowiązek uiszczenia opłaty w wysokości określonej w przepisach wykonawczych.

W przypadku, gdy zgłoszenie nie spełnia tego warunku, Prezes Urzędu zobowiązany jest wezwać przedsiębiorcę do uiszczenia opłaty w terminie siedmiu dni. Nieusunięcie braku w przewidzianym czasie zazwyczaj spowoduje pozostawienie wniosku (zgłoszenia) bez rozpoznania (art. 77 ust. 2 Ustawy). Jedynie w wyjątkowych przypadkach, uzasadnionych ważnymi względami dotyczącymi ochrony konkurencji lub interesów konsumentów, Prezes Urzędu może wszcząć postępowania antymonopolowe pomimo nieuiszczenia opłaty przez zgłaszającego.

2. Postępowanie w przypadku braków materialnych zgłoszenia

Wymagania materialne, które powinien spełniać wniosek, określają przepisy wykonawcze do Ustawy. Zgodnie z nimi zgłoszenie powinno zawierać szczegółowo określone informacje i dokumenty, kompletne i zgodne ze stanem faktycznym.

W przypadku, gdy zgłoszenie zawiera braki materialne, Prezes Urzędu ma na podstawie art. 96 ust. 1 Ustawy dwie możliwości: (I) zwrócić zgłoszenie albo (II) wezwać zgłaszającego do usunięcia braków.

2.1. Zwrócenie zgłoszenia

Zgodnie z art. 96 ust. 1 pkt 1 w ciągu 14 dni od otrzymania zgłoszenia Prezes Urzędu może zwrócić zgłoszenie. Środek ten należy uznać za bardzo rygorystyczny, jako że oznacza on odmowę rozpoznania wniosku (zgłoszenia). Może on znajdować zastosowanie jedynie w stosunku do zgłoszeń zawierających braki uniemożliwiające rozpoczęcie postępowania administracyjnego, w szczególności takich jak: (I) brak lub błędne określenie przedsiębiorców bezpośrednio uczestniczących w koncentracji; (II) brak lub błędne określenie formy koncentracji; (III) brak określenia kryteriów uzasadniających dokonanie zgłoszenia; (IV) niewskazanie zdarzenia, z którym Ustawa wiąże powstanie obowiązku dokonania zgłoszenia.

2.2. Wezwanie do uzupełnienia zgłoszenia

W przypadku nieskorzystania przez Prezesa Urzędu z możliwości zwrotu zgłoszenia w przewidzianym Ustawą dwutygodniowym terminie, możliwe pozostaje skorzystanie ze środka przewidzianego w art. 96 ust. 1 pkt 2, tj. wezwanie zgłaszającego do usunięcia braków w zgłoszeniu lub uzupełnienia w nim niezbędnych informacji. Prezes Urzędu może skorzystać z wyżej omówionego uprawnienia w dwóch przypadkach: (I) w przypadku wystąpienia braków w zgłoszeniu (tj. nieprzedstawienia wymaganych informacji lub dokumentów, niezachowania wymogów stawianych dowodom – np. określonych w art. 46 Ustawy wymogów stawianych dowodom z dokumentów, przedstawienia informacji lub dokumentów niezgodnie ze stanem faktycznym); lub (II) w przypadku przedstawienia wymaganych informacji w stanie niekompletnym, pod warunkiem, że informacje nieprzedstawione są niezbędne do dokonania przez Prezesa Urzędu oceny zamierzonej koncentracji i jej skutków rynkowych. W obu przypadkach zakres informacji, do których może odnosić się wezwanie, wyznacza Ustawa i przepisy wykonawcze. W obu przypadkach Prezes Urzędu zobowiązany jest wyznaczyć przedsiębiorcy termin, w którym braki powinny zostać usunięte lub informacje i dokumenty uzupełnione.

Skorzystanie przez Prezesa Urzędu z uprawnienia przysługującego mu na podstawie art. 96 ust. 1 pkt 2 Ustawy powoduje zawieszenie biegu terminu, w którym postępowanie powinno zostać zakończone.

3. Wszczęcie postępowania

Zasadniczo Prezes Urzędu wszczyna, na podstawie art. 44 Ustawy, postępowanie antymonopolowe w sprawie koncentracji z dniem doręczenia zgłoszenia zamiaru koncentracji. Wyjątkiem od tej reguły jest: (I) przewidziane w art. 77 ust. 2 pozostawienie zgłoszenia bez rozpatrzenia w przypadku nieuiszczenia przez przedsiębiorców dokonujących zgłoszenia opłaty od wniosku o wszczęcie postępowania i nieusunięcie tego braku formalnego w ustawowym terminie siedmiu dni pomimo wezwania wystosowanego przez Prezesa Urzędu; oraz (II) zwrócenie zgłoszenia zamiaru koncentracji na pod-



stawie art. 96 ust. 1 pkt 1 Ustawy, w przypadku wystąpienia w zgłoszeniu braków materialnych uniemożliwiających wszczęcie postępowania.

W przypadku niewystąpienia żadnego z wyżej opisanych wyjątków Prezes Urzędu wszczyna postępowanie, a bieg terminu określonego w art. 97 ust. 1 lub 2 rozpoczyna się w dniu doręczenia zgłoszenia Prezesowi Urzędu. W przypadku jednak zaistnienia okoliczności przewidzianej w art. 97 ust. 3 *in principium*, tj. niedokonania zgłoszenia przez wszystkich zobowiązanych do tego przedsiębiorców (bądź też wystąpienia jednej z wyżej opisanych okoliczności w odniesieniu do wniosków niektórych z przedsiębiorców zobowiązanych do dokonania zgłoszenia) bieg terminu, w którym postępowanie powinno zostać zakończone, ulega zawieszeniu z chwilą wszczęcia postępowania.

V

EFEKT ZAWIESZAJĄCY

W art. 98 ust. 1 Ustawy ustawodawca nałożył na przedsiębiorców, których zamiar podlega zgłoszeniu, obowiązek powstrzymania się od dokonania koncentracji do czasu wydania przez Prezesa Urzędu decyzji lub upływu terminu, w jakim decyzja powinna zostać wydana. Obowiązek ten jest ściśle związany z koncepcją uprzedniej kontroli koncentracji gospodarczej przyjętą przez ustawodawcę na potrzeby Ustawy. Obejmuje on zatem obowiązek powstrzymania się od wszelkich działań mogących trwale zmienić strukturę konkurencji na rynku (czyli od tzw. „zamykania” transakcji). Nie obejmuje natomiast działań stanowiących przygotowanie do dokonania koncentracji (np. organizowania środków finansowych na potrzeby transakcji, przeprowadzania audytów, opracowania projektów integracji przedsiębiorstw itp.). Należy jednak pamiętać, iż działania podejmowane przez przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji w czasie trwania postępowania, nie powodujące jednak jej dokonania, mogą podlegać ocenie w świetle przepisów dotyczących praktyk ograniczających konkurencję (np. w sytuacji, gdy przygotowanie do dokonania koncentracji obejmuje analizę polityk cenowych uczestników koncentracji prowadzących działalność konkurencyjną).

I. Terminy

Art. 97 Ustawy stanowi, iż postępowanie w sprawie koncentracji „powinno być zakończone nie później niż w terminie 2 miesięcy od dnia jego wszczęcia”. Ustawa przewiduje także szczególny, skrócony (liczący 14 dni) termin na zakończenie postępowania w sprawach dotyczących zgłoszenia zamiaru koncentracji polegającej na nabyciu akcji dopuszczonych do obrotu publicznego. Do terminów tych nie wlicza się okresów oczekiwania na dokonanie zgłoszenia przez pozostałych uczestników koncentracji, a także okresów oczekiwania na usunięcie braków lub uzupełnienie informacji przedstawionych w zgłoszeniu, lub ustosunkowania się do przedstawionych przez Prezesa Urzędu warunków w przypadku, gdy rozważane jest wydanie decyzji na podstawie art. 18 ust. 2 (tzw. decyzji warunkowej).

Jednocześnie art. 98 ust. 1 stanowi, iż po upływie terminu, w którym decyzja powinna być wydana, przedsiębiorcy uczestniczący w koncentracji przestają

być zobowiązani do powstrzymywania się od jej dokonania. Należy zatem rozumieć, iż terminy określone w art. 97 Ustawy mają charakter zbliżony do terminu zawitego, tzn. nie mogą ulec przedłużeniu w drodze działań administracyjnych, nie mogą także ulec przywróceniu. Po upływie terminu decyzja merytoryczna w sprawie koncentracji nie może zostać wydana, a postępowanie powinno zostać umorzone jako bezprzedmiotowe.

Ustanowienie szczególnego, czternastodniowego terminu na zakończenie postępowania w przypadku nabycia akcji dopuszczonych do obrotu publicznego, podyktowany jest koniecznością dostosowania czasu trwania postępowania do warunków publicznego obrotu papierami wartościowymi. Termin ten nie dotyczy jedynie transakcji, których skutkiem jest nabycie akcji notowanych na giełdzie i nie tylko transakcji przeprowadzanych w trakcie trwania sesji giełdy. Przepis ten stosuje się także do koncentracji następujących w wyniku przejścia tytułu do akcji dopuszczonych do obrotu publicznego, lecz nie notowanych na giełdzie, oraz do akcji notowanych na giełdzie, lecz przenoszonych w transakcjach mających miejsce poza sesją giełdy. W przypadku koncentracji, których elementem jest nabycie zarówno akcji dopuszczonych do publicznego obrotu, jak i akcji niedopuszczonych do publicznego obrotu (lub np. aktywów), do całości zgłoszonej koncentracji zastosowanie znajduje termin czternastodniowy. Wynika to z faktu, iż tryb, w jakim rozpatrywane jest zgłoszenie, w żaden sposób nie wpływa na materialnoprawne kryteria wydania decyzji w przedmiocie koncentracji - a zatem analiza konkurencyjna wykonywana w trakcie postępowania w sprawie koncentracji polegającej na nabyciu akcji dopuszczonych i niedopuszczonych do obrotu publicznego odnosi się do jednego zjawiska ekonomicznego (np. przejęcia kontroli) i zachowywać musi te same standardy oceny.

2. Metoda obliczania terminu

Terminy, w jakich decyzja w sprawie koncentracji powinna zostać wydana, określone w art. 97 Ustawy, należy obliczać zgodnie z zasadami określonymi w art. 57 k.p.a. Zgodnie z tymi zasadami termin dwumiesięczny upływa w tym dniu drugiego miesiąca, licząc od wszczęcia postępowania, który odpowiada dniu wszczęcia postępowania, a gdyby takiego nie było, w ostatnim dniu takiego miesiąca. Termin czternastodniowy natomiast upływa czternastego dnia licząc od dnia wszczęcia postępowania, nie licząc tego dnia.

Faktyczny termin zakończenia postępowania może być jednak dalszy niż przewidziany w art. 97 ust. 1 lub 2 Ustawy, jako że zgodnie z przepisem art. 97 ust. 3 Ustawy do terminów tych nie wlicza się okresów: (I) oczekiwania na dokonanie zgłoszenia przez pozostałych uczestników koncentracji, a także na (II) usunięcie braków lub uzupełnienie informacji, o których mowa w art. 96 ust. 1 pkt 2 Ustawy, lub (III) ustosunkowanie się do przedstawionych przez Prezesa Urzędu warunków, o których mowa w art. 18 ust. 2 Ustawy.

2.1. Oczekiwanie na dokonanie zgłoszenia przez pozostałych uczestników koncentracji

Ponieważ Ustawa przyjmuje rozwiązanie polegające na dokonywaniu zgłoszenia jedynie przez aktywnych uczestników koncentracji, użyte w art. 97 ust. 3 Ustawy pojęcie „pozostali uczestnicy koncentracji” powinno być interpretowane zwięźajaco, jako obejmujące jedynie tych przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji, na których spoczywa obowiązek dokonania zgłoszenia.

2.2. Oczekiwanie na usunięcie braków lub uzupełnienie informacji

Posłużenie się przez ustawodawcę odniesieniem do art. 96 ust. 1 pkt 2 Ustawy prowadzi do zawężenia zakresu tej przesłanki powodującej niewliczanie okresu oczekiwania do terminu, w którym postępowanie powinno być zakończone, jako że art. 96 ust. 1 pkt 2 odnosi się wyłącznie do wezwań do usunięcia braków w zgłoszeniu lub uzupełnienia niezbędnych informacji, skierowanych do dokonującego zgłoszenia zamiaru koncentracji.

2.3. Oczekiwanie na ustosunkowanie się do przedstawionych warunków

Niewliczanie okresu oczekiwania na odpowiedź stron do terminu, w którym postępowanie powinno być zakończone, w związku z rozważaniem wydania decyzji warunkowej na podstawie art. 18 Ustawy, ma miejsce jedynie wtedy, gdy propozycja warunków przedstawiana jest stronom postępowania przez Prezesa Urzędu.

Zgodnie z art. 96 ust. 2 Ustawy, wystosowując propozycję warunków, Prezes Urzędu wyznacza stronom termin na ustosunkowanie się do propozycji. Brak odpowiedzi w terminie lub odpowiedź negatywna powoduje wydanie decyzji, o której mowa w art. 19 ust. 1 Ustawy, tzn. decyzji, w której Prezes Urzędu zakazuje dokonania koncentracji.

W świetle praktyki Prezesa Urzędu konieczne staje się wyjaśnienie występującego często procesu negocjowania pomiędzy Prezesem Urzędu a stroną (bądź stronami) postępowania warunków, o których mowa w art. 18 ust. 2 Ustawy. Zasadniczo należy uznać, iż przedstawienie przez stronę postępowania, przed upływem terminu wyznaczonego przez Prezesa Urzędu, własnej propozycji warunków w odpowiedzi na propozycję przedstawioną przez Prezesa Urzędu, nie powinno być traktowane jako odpowiedź negatywna, skutkująca wydaniem decyzji na podstawie art. 19 ust.1, lecz jako wniosek o przedłużeniu terminu na ostateczne ustosunkowanie się do propozycji Prezesa Urzędu.

W świetle powyższej interpretacji należy uznać, iż w wyżej opisanej sytuacji bieg terminu, w którym postępowanie powinno być zakończone, ulega zawieszeniu przez cały okres trwania negocjacji, tzn.: (I) do chwili doręczenia do Prezesa Urzędu informacji o gotowości do przyjęcia na siebie warunków określonych przez Prezesa Urzędu; (II) do chwili doręczenia do Prezesa Urzędu informacji o ostatecznej odmowie przyjęcia na siebie warunków

określonych przez Prezesa Urzędu; albo (III) upływu wyznaczonego przez Prezesa Urzędu terminu na ustosunkowanie się.

Natomiast w przypadku, gdy z pierwotną propozycją wydania decyzji warunkowej występuje strona postępowania, czas niezbędny Prezesowi Urzędu na analizę propozycji wlicza się do terminu określonego w art. 97 ust. 1 lub 2 (termin nie ulega zawieszeniu).

2.4. Obliczanie okresu zawieszenia biegu terminu

Należy zauważyć, iż ustawodawca określa okres, który nie jest wliczany do terminu, w którym decyzja powinna być wydana, z punktu widzenia Prezesa Urzędu, a zatem istotna dla jego ustalenia jest faktyczna chwila otrzymania brakujących zgłoszeń, żądanych informacji lub stanowiska stron wobec proponowanych warunków przez Prezesa Urzędu. Inaczej mówiąc, termin ulega zawieszeniu w dniu nadania przez Prezesa Urzędu pisma zawierającego wezwanie do uzupełnienia braków w zgłoszeniu, żądanie uzupełnienia niezbędnych informacji lub propozycje warunków, podejmuje natomiast bieg w dniu doręczenia Prezesowi Urzędu odpowiedzi stron bądź brakującego zgłoszenia. W przypadku, gdy w postępowaniu bierze udział więcej niż jeden podmiot o statusie strony, zawieszenie terminu odnosi skutek wobec wszystkich uczestników postępowania.

3. Dokonanie koncentracji w przypadku milczenia Prezesa Urzędu

Art. 98 ust. 1 Ustawy stanowi, iż istniejący po stronie przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji obowiązek powstrzymania się od dokonania koncentracji wygasa w przypadku spełnienia się wcześniejszego z warunków: (I) wydania przez Prezesa Urzędu decyzji na podstawie art. 17, 18 albo 19 ust. 2 Ustawy; albo (II) upływu terminu określonego w art. 97 ust. 1 albo 3 Ustawy. Należy uznać, iż milczenie Prezesa Urzędu po upływie terminu określonego w ustawie wywołuje po stronie przedsiębiorców biorących udział w koncentracji skutki identyczne jak wydanie przez Prezesa Urzędu decyzji na podstawie art. 17 Ustawy. Należy także uznać, iż po upływie tego terminu przestaje istnieć podstawa prawna do wydania merytorycznej decyzji w sprawie koncentracji, a postępowanie przed Prezesem Urzędu powinno ulec umorzeniu jako bezprzedmiotowe, nawet jeśli przedsiębiorcy nie korzystają z uprawnienia do dokonania koncentracji, nabytego zgodnie z Ustawą wskutek upływu terminu, w jakim decyzja powinna zostać wydana.

4. Zamknięcie transakcji przed wydaniem decyzji w przypadku oferty publicznej

Art. 98 ust. 3 Ustawy precyzuje treść obowiązku powstrzymania się od dokonywania koncentracji, nałożonego na przedsiębiorców w ust. 1 tegoż artykułu, wyłączając z jego zakresu realizację (I) publicznej oferty kupna lub zamiany akcji (II) zgłoszonej Prezesowi Urzędu w trybie art. 12 ust. 1, jeżeli nabywca (III) nie korzysta z prawa głosu wynikającego z nabytych akcji lub

(IV) czyni to wyłącznie w celu utrzymania pełnej wartości swej inwestycji kapitałowej lub dla zapobieżenia poważnej szkodzie, jaka może powstać u przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji.

4.1. Publiczna oferta kupna lub zamiany akcji

Konstrukcja przepisu art. 98 ust. 2 Ustawy, a w szczególności posłużenie się nieostrym i niezdefiniowanym pojęciem „publicznej oferty kupna lub zamiany akcji” wskazuje na istnienie po stronie ustawodawcy intencji zapewnienia elastycznego stosowania normy wyprowadzonej na podstawie tego przepisu, w tym w szczególności objęcia wyłączeniem spod obowiązku powstrzymania się od dokonania koncentracji transakcji przeprowadzanych w obrocie giełdowym nie tylko w Polsce, lecz również za granicą. Świadczy o tym posłużenie się pojęciem „publicznej oferty kupna lub zamiany”, pojęciem obcym polskiemu prawu o publicznym obrocie papierami wartościowymi, mającym obejmować znaną w polskim prawie instytucję publicznego wezwania do sprzedaży akcji, jak również odpowiednie instytucje obcych systemów prawnych. Istotą tego typu transakcji jest skierowanie, w trakcie trwania sesji giełdy, propozycji nabycia akcji do nieograniczonej liczby potencjalnych kontrahentów, a także fakt, iż po złożeniu tejsze propozycji podmiot ją składający nie ma możliwości zawieszenia lub opóźnienia jej realizacji. Ten właśnie automatyzm realizacji transakcji, fakt, że jej dokonanie następuje zgodnie z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa i pozostaje poza sferą woli składającego propozycję, stanowi uzasadnienie szczególnej regulacji prawnej. Jest to jednocześnie uzasadnienie nieobjęcia nią transakcji, których przedmiotem są akcje dopuszczone do obrotu publicznego, lecz przeprowadzane poza sesją giełdy (np. transakcje pakietowe).

4.2. Transakcja zgłoszona Prezesowi Urzędu

Wyjątek ustanowiony w art. 98 ust. 3 Ustawy znajduje zastosowanie wyłącznie do tych zamiarów koncentracji, które zostały zgłoszone Prezesowi Urzędu zgodnie z przepisami Ustawy. Oznacza to, iż warunkiem zastosowania wyjątku jest: (I) dokonanie zgłoszenia na etapie zamiaru (tzn. po dokonaniu ostatniej z czynności wchodzącej w skład łańcucha zdarzeń prowadzących do dokonania koncentracji, której dokonanie, zgodnie z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, jest zależne od woli przedsiębiorców zobowiązanych do dokonania zgłoszenia, a jednocześnie przed przejściem tytułu do akcji będących przedmiotem transakcji); i (II) dokonanie zgłoszenia zgodnie z wymogami określonymi w Ustawie i znajdujących zastosowanie przepisach wykonawczych (tzn. zgłoszenia kompletnego i zgodnego ze stanem faktycznym, umożliwiającego wszczęcie postępowania antymonopolowego).

4.3. Korzystanie z prawa głosu

Ustanowiony w art. 98 ust. 3 *in fine* Ustawy warunek zastosowania wyłączenia z zakresu obowiązku powstrzymania się od dokonywania koncentracji

powinien być odczytywany – jako że uzależnia zastosowanie wyjątku od zachowania przedsiębiorców, które może mieć miejsce po dokonaniu koncentracji – jako obowiązek powstający po stronie przedsiębiorców biorących udział w koncentracji, w chwili jej dokonania („realizacji publicznej oferty kupna lub zamiany”). Treścią tego obowiązku jest powstrzymanie się od korzystania z prawa głosu wynikającego z nabytych akcji w okresie pomiędzy ich nabyciem a wydaniem przez Prezesa Urzędu merytorycznej decyzji w sprawie koncentracji (decyzji na podstawie art. 17, 18 lub 19 ust. 2 Ustawy) lub upływu czternastodniowego terminu, w którym decyzja powinna zostać wydana.

Ustawodawca ustanowił dwa wyjątki od obowiązku powstrzymania się od korzystania z prawa głosu. Zgodnie z Ustawą, nie stanowi naruszenia tego obowiązku korzystanie z prawa głosu wynikającego z nabytych akcji: (I) wyłącznie w celu utrzymania pełnej wartości swej inwestycji kapitałowej; lub (II) w celu zapobieżenia poważnej szkodzi, jaka może powstać po stronie przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji.

5. Zamknięcie transakcji przed wydaniem decyzji w przypadku pozostałych transakcji, których przedmiotem są akcje dopuszczone do obrotu publicznego

W świetle powyższych wyjaśnień należy stwierdzić, iż pozostałe transakcje, których przedmiotem są akcje dopuszczone do obrotu publicznego, nie zostały objęte wyjątkiem ustanowionym w art. 98 ust. 3 Ustawy. W stosunku do przedsiębiorców biorących udział w tego rodzaju transakcjach znajduje w pełni zastosowanie art. 98 ust. 1 Ustawy, formułujący obowiązek powstrzymania się od dokonywania koncentracji przed wydaniem decyzji przez Prezesa Urzędu lub upływem ustawowego terminu na załatwienie sprawy administracyjnej.