URZĄD OCHRONY KONKURENCJI I KONSUMENTÓW

Kontrola koncentracji w sektorze instytucji finansowych w świetle przepisów i orzecznictwa wspólnotowego - odniesienie do prawa polskiego

Publikacja przygotowana dzięki wsparciu finansowemu Unii Europejskiej

URZĄD OCHRONY KONKURENCJI I KONSUMENTÓW

Kontrola koncentracji w sektorze instytucji finansowych w świetle przepisów i orzecznictwa wspólnotowego - odniesienie do prawa polskiego

WARSZAWA 2003

Niniejsze opracowanie sporządzone zostało przez
kancelarię prawną Linklaters, T. Komosa i Wspólnicy
Spółka Komandytowa 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

1. Wstęp ___ 5

2. Kontrola koncentracji instytucji finansowych na gruncie prawa wspólnotowego z uwzględnieniem doktryny i najnowszego orzecznictwa wspólnotowego ___ 6

2.1 Przedmiot kontroli ___ 7

2.1.1 Fuzje ___ 7

2.1.2 Przejęcie kontroli ___ 8

2.1.3 Joint venture ___ 9

2.2 Zakres kontroli ___ 9

2.3 Kalkulacja obrotu w odniesieniu do instytucji finansowych ___ 10

2.4 Tryb kontroli ___ 11

2.4.1 Badanie wstępne ___ 11

2.4.2 Postępowanie zasadnicze ___ 13

2.5 Analiza zgłoszeń koncentracji na wybranych przykładach ___ 14

2.5.1 Swiss Bank/S.G. Warburg ___ 14

2.5.2 Citigroup/Schroders ___ 16

3. Kontrola koncentracji instytucji finansowych na gruncie prawa polskiego ___ 18

3.1 Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów ___ 18

3.1.1 Przedmiot kontroli ___ 18

3.1.2 Zakres kontroli ___ 19

3.1.3 Tryb kontroli ___ 20

3.2 Poszczególne typy instytucji finansowych ___ 21

3.2.1 Banki ___ 22

3.2.2 Instytucje ubezpieczeniowe ___ 23

3.2.3 Fundusze emerytalne ___ 23

3.2.4 Fundusze inwestycyjne ___ 25

3.3 Interpretacja przepisów rozdziałów antymonopolowych zawartych w Ustawach o Funduszach Emerytalnych i Funduszach Inwestycyjnych oraz relacje tych przepisów do przepisów Ustawy Antymonopolowej w zakresie kontroli koncentracji ___ 26

3.3.1 Fundusze emerytalne ___ 26

3.3.2 Fundusz inwestycyjne ___ 27

3.3.3 Interpretacja przepisów ___ 27

3.3.4 Zakres kontroli ___ 29

3.3.5 Tryb kontroli ___ 30

4. Podsumowanie ___ 34

1.

Wstęp

Przedmiotem niniejszego opracowania jest analiza przepisów w zakresie kontroli koncentracji zawartych w ustawie z dnia 31 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów („**Ustawa Antymonopolowa**") i przeprowadzenie analizy porównawczej tych przepisów z przepisami wspólnotowymi, jak również krajowymi przepisami dotyczącymi kontroli koncentracji instytucji finansowych zawartymi w innych aktach niż Ustawa Antymonopolowa. W szczególności opracowanie odnosi się do przepisów antymonopolowych zawartych w przepisach ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych („**Ustawa o Funduszach Emerytalnych**") oraz ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o funduszach inwestycyjnych („**Ustawa o Funduszach Inwestycyjnych**"). Ze względu na bardzo szeroki zakres opracowania, analiza ma w pewnych momentach charakter ogólny lub wskazuje jedynie problemy, które mogą się stać przedmiotem oddzielnych rozważań.

2.

Kontrola koncentracji instytucji finansowych na gruncie prawa wspólnotowego z uwzględnieniem doktryny i najnowszego orzecznictwa wspólnotowego

Podstawowym aktem prawnym regulującym problematykę kontroli koncentracji przedsiębiorstw w Unii Europejskiej jest rozporządzenie Rady EWG Nr 4064/89 z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie kontroli połączeń przedsiębiorstw („**Rozporządzenie Nr 4064/89**"), znowelizowane rozporządzeniem Rady UE Nr 1310/97 z dnia 30 czerwca 1997 r. („**Rozporządzenie Nr 1310/97**")[1] (łącznie dalej „**Rozporządzenie**").

Rozporządzenie zajmuje najwyższą pozycję w hierarchii aktów wydawanych przez Wspólnoty Europejskie. Jest ono wiążące we wszystkich swoich częściach i obowiązuje bezpośrednio w każdym państwie członkowskim. Obowiązywanie bezpośrednie oznacza, że ze strony państw członkowskich nie są potrzebne żadne akty o charakterze transformacji zawartych w rozporządzeniu norm do wewnętrznego porządku prawnego, jak również, że ich obowiązywanie nie jest uzależnione od jakichkolwiek oświadczeń czy ogłoszeń, pochodzących od organów państw członkowskich. Rozporządzenie można uważać więc za przejaw aktu normatywnego typu ustawy. Wyraźne wskazanie na obowiązywanie rozporządzenia we wszystkich jego częściach ma na celu podkreślenie, że w tym zakresie różni się ono od dyrektyw.[2]

Rozporządzenie reguluje w istocie pięć kwestii:

1. określa zakres przedmiotowy swego zastosowania,
2. określa zasięg wspólnotowej kontroli koncentracji, ustanawiając zasadę wyłączności organów Wspólnoty w zakresie dokonywania kontroli koncentracji mających wymiar wspólnotowy,
3. ustala zasady wstępnej kontroli koncentracji, dokonywanej na podstawie zgłoszenia zamiaru połączenia,
4. ustala kryteria oceny koncentracji oraz zakres ingerencji organów Wspólnoty w procesy koncentracji,

5. reguluje szczegółowo liczne zagadnienia postępowania przed organami Wspólnoty i współdziałania z organami państw członkowskich oraz sankcje za naruszenie przepisów Rozporządzenia.

2.1 Przedmiot kontroli

Zgodnie z art. 3 ust 1 i 2 Rozporządzenia, koncentracja przedsiębiorstw następuje, jeżeli (I) dwa lub więcej wcześniej niezależnych przedsiębiorstw dokonuje fuzji, (II) jedna lub więcej osób kontrolujących jedno lub więcej przedsiębiorstw nabywa drogą kupna papierów wartościowych lub aktywów, poprzez kontrakt lub w jakikolwiek inny sposób, bezpośrednią lub pośrednią kontrolę nad całością lub częściami jednego lub więcej przedsiębiorstw, lub (III) ma miejsce utworzenie wspólnego przedsięwzięcia (*jont venture*) wykonującego na trwałej bazie wszystkie funkcje autonomicznej jednostki gospodarczej.

2.1.1 Fuzje

Za fuzję w rozumieniu Rozporządzenia należy uznać sytuację, gdy dwa lub więcej niezależnych przedsiębiorstw łączy się w nowe przedsiębiorstwo i przestaje istnieć jako odrębne podmioty prawne bądź gdy jedno z przedsiębiorstw zostaje wchłonięte przez inne przedsiębiorstwo, przy czym to pierwsze przestaje istnieć jako podmiot prawny, a to drugie zachowuje osobowość prawną.[3] W przypadku pierwszym mamy więc do czynienia z połączeniem przez zawiązanie nowej spółki, natomiast w drugim z połączeniem przez przejęcie.

Jako przykład takich transakcji, które stały się przedmiotem zgłoszenia na podstawie Rozporządzenia można podać m.in.:

połączenie przez utworzenie nowej spółki pomiędzy Mitsubishi Bank i Bank of Tokyo, w wyniku którego powstała spółka Bank of Tokyo Mitsubishi Ltd.,[4] lub chociażby połączenie przez utworzenie nowej spółki pomiędzy Travelers Group Inc. i Citicorp,[5] natomiast w zakresie połączenia przez przejęcie chociażby przejęcie banku Saitama Bank Limited (Saitama) przez Kyowa Bank Limited.[6]

Trzecim, specyficznym przykładem fuzji w rozumieniu przepisów Rozporządzenia jest sytuacja, gdy co prawda nie występuje połączenie spółek w rozumieniu prawa, jednakże następuje fuzja działalności uprzednio niezależnych podmiotów w jeden organizm gospodarczy. Sytuacja taka ma miejsce w szczególności w przypadku, gdy dwa lub więcej przedsiębiorstw, nie tracąc osobowości prawnej, ustanawiają wspólny zarząd kierujący tymi przedsiębiorstwami.

Przykładem tego typu transakcji może być sprawa Merita/Nordbanken,[7] w ramach której dwie spółki działające w sektorze bankowości: Merita Ltd. i Nordbanken Ab, postanowiły połączyć swoją działalność poprzez utworzenie grupy pod nazwą MeritaNordbanken Abp (holding company), która będzie kierowana przez wspólny zarząd. W skład organów zarządzających Meri-

taNordbanken wejdą w równej liczbie przedstawiciele Merita i Nordbanken. Utworzenie MeritaNordbanken nie spowoduje zaprzestania prowadzenia działalności przez Merita i przez Nordbanken pod ich własnymi firmami.[8]

2.1.2 Przejęcie kontroli

W praktyce gospodarczej najczęściej występującą formą koncentracji jest koncentracja następująca w drodze przejęcia kontroli. Zjawisko takie ma miejsce w przypadku, gdy jedna lub więcej osób kontrolujących jedno lub więcej przedsiębiorstw przejmuje bezpośrednią lub pośrednią kontrolę nad całym lub częścią jednego przedsiębiorstwa lub wielu przedsiębiorstw. Rozporządzenie nie zawiera zamkniętego katalogu form takiego przejęcia, a jedynie przytacza przykłady takich działań. Zgodnie z Rozporządzeniem przejęcie kontroli może nastąpić m.in. poprzez kupno papierów wartościowych lub aktywów przedsiębiorstwa.

Art. 3 ust. 3 Rozporządzenia zawiera definicję kontroli, zgodnie z którą kontrola jest sprawowana przez prawa, kontrakty lub wszystkie inne środki, które oddzielnie lub łącznie przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych dają możliwość wywarcia zdecydowanego wpływu na przedsiębiorstwo. W szczególności wpływ ten może odbywać się poprzez (I) własność lub prawo użytkowania wszystkich lub części aktywów przedsiębiorstwa, (II) prawa lub kontrakty, które dają zdecydowany wpływ na skład, głosowanie lub decyzje organów przedsiębiorstwa.

Rozporządzenie wprowadza ponadto w art. 4 ust. 4 rozróżnienie pomiędzy kontrolą bezpośrednią i pośrednią, uznając, iż obie te formy sprawowania kontroli podlegają ograniczeniom zawartym w Rozporządzeniu. Kontrolę bezpośrednią sprawują osoby lub przedsiębiorstwa, które są posiadaczami praw lub są uprawnieni do praw zgodnie z przedmiotowymi kontraktami, natomiast kontrolę pośrednią sprawują osoby lub przedsiębiorstwa, które chociaż nie są uprawnieni do praw na mocy takich kontraktów, mają możliwość korzystania z praw z nich wynikających.

Jako przykład transakcji, które stały się przedmiotem zgłoszenia na podstawie Rozporządzenia w tym zakresie, można podać m.in.:

sprawa Citigroup/Schroders[9] – przejęcie kontroli w ten sposób, iż Citigroup Inc. poprzez spółkę zależną Salomon Smith Barney Holding Inc. przejęła kontrolę nad częścią przedsiębiorstwa Schroders plc. – prowadzącym bankowość inwestycyjną na całym świecie obejmującą wszelkie finansowe doradztwo korporacyjne, obrót i transakcje papierami wartościowymi oraz inną działalność finansową.[10]

Sprawa ING/DIBA[11] – przejęcie przez holenderską spółkę ING Groep N.V. (ING), działającą w sektorach bankowości ubezpieczeń i zarządzania aktywami, pełnej kontroli nad niemieckim przedsiębiorstwem Allgemeine Deutsche Direktbank AG, działającym w segmencie bankowości bezpośredniej.

Sprawa GE Capital /Heller Financial[12] – przejęcie przez General Electric Capital Corporation (GE Capital), finansowego ramienia korporacji General

Electric Company, pełnej kontroli nad spółką Heller Financial Inc. zajmującą się bankowością korporacyjną.
Sprawa Swiss Bank Corporation/S.G. Warburg[13] polegająca na przejęciu, w sposób pośredni, poprzez spółkę zależną SBCI Swiss Bank Corporation Investment Banking Limited wszelkiej działalności inwestycyjnej S.G. Warburg Group plc. z wyłączeniem działalności prowadzonej w 75 proc. zależnej od S.G. Warburg plc. spółki Mercury Asset Management Group plc.[14]

2.1.3 Joint venture

W kontekście wspólnotowych reguł konkurencji termin joint venture stosowany jest jedynie w odniesieniu do przedsiębiorstwa, które jest odrębnym podmiotem gospodarczym i podlega kontroli przynajmniej dwóch innych przedsiębiorstw.
Utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa stanowić będzie koncentrację w rozumieniu art. 3 Rozporządzenia, jeżeli spełnione zostaną następujące przesłanki: (I) dwa lub więcej przedsiębiorstw uzyskują kontrolę nad nowo utworzonym przedsiębiorstwem – joint venture, (II) wspólne przedsiębiorstwo wykonuje stale (na trwałej bazie) wszystkie funkcje autonomicznej jednostki gospodarczej.
Jako przykład transakcji utworzenia joint venture, zgłoszonych na podstawie Rozporządzenia, przytoczyć można utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa przez Banque Nationale de Paris (BNP) i Dresdner Bank AG (Dresdner)[15] polegające na utworzeniu banku z siedzibą w Wiedniu o nazwie BNP – Dresdner European Bank AG w ten sposób, iż każdy z tworzących banków objął 50 proc. udział w kapitale zakładowym nowej spółki.[16]

2.2 Zakres kontroli

Aby do połączenia przedsiębiorstw można było stosować Rozporządzenie, musi ono mieć tzw. wymiar wspólnotowy[17]. Jest on mierzony za pomocą parametrów odnoszących się do wielkości obrotów oraz miejsca ich osiągnięcia. Żaden z tych parametrów nie odnosi się zatem do udziałów w rynku przedsiębiorstw uczestniczących w połączeniu. Tak więc dla celów Rozporządzenia połączenie spółek akcyjnych ma wymiar wspólnotowy, jeżeli:[18]

(a) łączny ogólnoświatowy obrót wszystkich zainteresowanych przedsiębiorstw wynosi łącznie więcej niż 5 mld euro, oraz łączny obrót w skali Wspólnoty każdego z co najmniej dwóch z zainteresowanych przedsiębiorstw wynosi więcej niż 250 mln euro. Pomimo spełnienia powyższych kryteriów Rozporządzenie nie będzie jednak stosowane, jeżeli każde z zainteresowanych przedsiębiorstw uzyskuje więcej niż 2/3 swoich obrotów przypadających na Wspólnotę w jednym i tym samym państwie członkowskim. Takie wyłączenie uzasadnione jest celem, dla jakiego uchwalono Rozporządzenie. Cel ten zakłada, że przedmiotem kontroli mają być bowiem tylko te połączenia, które mają odczuwalny wpływ na handel między przynajmniej dwoma państwami członkowskimi Wspólnoty,

(b) łączny ogólnoświatowy obrót wszystkich zaangażowanych przedsiębiorstw przekracza 2,5 mld euro,
(c) w każdym z przynajmniej trzech państw członkowskich łączny całkowity obrót wszystkich zaangażowanych przedsiębiorstw przekracza 100 mln euro,
(d) w każdym z co najmniej trzech państw członkowskich określonych w punkcie (c) powyżej, łączny obrót przynajmniej dwóch z zaangażowanych przedsiębiorstw przekracza 250 mln euro oraz
(e) łączny obrót w ramach Wspólnoty każdego z przynajmniej dwóch z zaangażowanych przedsiębiorstw przekracza 100 mln euro, chyba że każde z zaangażowanych przedsiębiorstw osiąga ponad 2/3 swego całkowitego obrotu w ramach Wspólnoty w jednym i tym samym państwie członkowskim.

Przesłanki określone w punktach (b)-(e) mają zastosowanie w przypadku, gdy koncentracja nie osiąga progów określonych w pkt (a). Przesłanki te zostały wprowadzone przez Rozporządzenie Nr 1310/97 zmieniające Rozporządzenie Nr 4064/89.

Przyjęcie wielkości obrotów za główne kryterium dopuszczalności kontroli koncentracji wynika z konieczności zagwarantowania pewności prawnej i z łatwości posługiwania się nim. Wielkość swoich obrotów znają bowiem przedsiębiorstwa bardzo dokładnie, natomiast nie zawsze potrafią precyzyjnie określić swój udział w rynku.[19]

2.3 Kalkulacja obrotu w odniesieniu do instytucji finansowych

Rozporządzenie w sposób szczegółowy określa, w jaki sposób należy dokonywać obliczeń wielkości obrotów dla celów dopuszczalności kontroli koncentracji. Jako zasadę przyjęto, iż osiągnięte w ostatnim roku finansowym obroty wszystkich uczestniczących w koncentracji przedsiębiorstw ulegają zsumowaniu. Rozporządzenie zawiera jednakże szereg szczegółowych reguł, które dotyczą m.in. odrębnego sposobu określania kryteriów dopuszczalności kontroli koncentracji w przypadku, gdy uczestniczą w niej instytucje kredytowe, inne instytucje finansowe oraz instytucje ubezpieczeniowe. W takim przypadku zamiast obrotu stosowane są:

(a) w odniesieniu do instytucji kredytowych i innych instytucji finansowych – suma pozycji dochodów takich instytucji, po potrąceniu podatku VAT i innych podatków bezpośrednio związanych z tymi pozycjami,[20]
(b) w odniesieniu do firm ubezpieczeniowych – wartość brutto składek.

Należy zwrócić uwagę, iż zgodnie z definicjami zawartymi w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 marca 2000 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje kredytowe (200/12/WE), przez

(a) instytucję kredytową należy generalnie rozumieć podmiot gospodarczy, którego przedmiotem działalności jest przyjmowanie od ludności wkładów pieniężnych lub innych środków podlegających zwrotowi oraz udzielanie kredytów na własny rachunek,

(b) przez instytucję finansową należy rozumieć podmiot gospodarczy inny niż instytucja kredytowa, którego podstawową działalnością jest nabywanie pakietów akcji bądź udziałów kapitałowych lub wykonywanie jednego lub więcej następujących rodzajów działalności: (I) udzielanie kredytów, (II) leasing finansowy, (III) usługi związane z transferem środków pieniężnych, (IV) emisja i administrowanie środkami płatności (np. kartami kredytowymi), (V) udzielanie gwarancji i poręczeń oraz innych zobowiązań pozabilansowych, (VI) obrót na własny rachunek lub rachunek klienta instrumentami rynku pieniężnego, wartościami dewizowymi lub opcjami terminowymi, kontraktami giełdowymi dotyczącymi instrumentów finansowych, instrumentami stopy procentowej i wymiany walut, zbywalnymi papierami wartościowymi, (VII) uczestniczenie w emisji akcji i świadczenie usług związanych z taką emisją, (VIII) doradztwo dla podmiotów gospodarczych w zakresie struktury kapitałowej, strategii handlowej i zagadnień pokrewnych, jak również doradztwo i usługi w zakresie fuzji i przejęć podmiotów gospodarczych, (IX) usługi brokerskie na rynku pieniężnym, (X) zarządzanie portfelem i doradztwo inwestycyjne, (XI) przechowywanie i administrowanie papierami wartościowymi.

2.4 Tryb kontroli

Kontrola koncentracji na podstawie Rozporządzenia odbywa się w trybie postępowania administracyjnego, którego zasady ogólne reguluje samo Rozporządzenie.[21] Zgodnie z tymi przepisami postępowanie to składa się z dwóch etapów – badania wstępnego oraz badania zasadniczego.

2.4.1 Badanie wstępne

Doświadczenia związane ze stosowaniem art. 82 Traktatu Rzymskiego wykazały małą skuteczność następczej kontroli koncentracji przede wszystkim ze względu na jej często nieodwracalny charakter. Zdecydowano się więc poddać za pomocą Rozporządzenia Nr 4064/89 koncentrację przedsiębiorstw kontroli prewencyjnej. Czyni się to wymagając, po pierwsze, zgłoszenia koncentracji przed jej dokonaniem, po drugie, ustanawiając instytucję czasowego zawieszenia prawa do dokonania koncentracji.[22]

Obowiązek zgłoszenia koncentracji spółek akcyjnych o wymiarze wspólnotowym do Komisji uzależniony jest od typu koncentracji. W przypadku koncentracji w wyniku fuzji albo w wyniku nabycia wspólnej kontroli obowiązek zgłoszenia nałożony został na wszystkie strony uczestniczące w fuzji lub nabywające wspólną kontrolę, natomiast w pozostałych przypadkach zgłoszenia dokonuje osoba lub przedsiębiorstwo, które nabywa kontrolę nad całością lub częścią jednego lub więcej przedsiębiorstw. Zgłoszenie to powinno zostać dokonane w terminie nie przekraczającym jednego tygodnia od podjęcia przez stronę (strony) czynności prawnej, stanowiącej podstawę połączenia. Czynności takie to: zawarcie stosownej umowy, ogłoszenie oferty publicznej lub nabycie pakietu kontrolnego.[23] Jeżeli Komisja stwierdzi, że zgłoszona kon-

centracja podlega zakresowi przedmiotowemu Rozporządzenia, to zobowiązana jest do publikacji faktu zgłoszenia, podając nazwy stron, naturę łączenia oraz dotknięte nim gałęzie gospodarki. Komisja uwzględnia przy tym uzasadniony interes przedsiębiorstw w zakresie ochrony ich tajemnic.[24]

Drugie z narzędzi prewencyjnej kontroli połączeń tj. czasowe zawieszenie prawa do koncentracji, polega na zakazie jej dokonania przed zgłoszeniem Komisji, i uznaniem koncentracji za zgodną ze Wspólnym Rynkiem na mocy decyzji.[25] Jest więc to czasowo ograniczony zakaz dokonania koncentracji, a mówiąc precyzyjnie – zakaz realizowania skutków prawnych czynności stanowiących podstawę koncentracji. Z istoty swej zakaz ten nie dotyczy bowiem dojścia do skutku tych czynności prawnych. Są one zatem ważne pod warunkiem rozwiązującym w przypadku, gdy Komisja stwierdzi niezgodność koncentracji ze Wspólnym Rynkiem. Wyjątek uczyniono jedynie dla czynności prawnych, dokonywanych na giełdzie, które są ważne od początku, chyba że strony transakcji giełdowej wiedziały, że działają z naruszeniem art. 7 ust. 1 Rozporządzenia.[26] Komisja może (w drodze decyzji) zwolnić strony z obowiązku zgłoszenia koncentracji i konieczności uzyskania decyzji o uznaniu koncentracji za zgodną ze Wspólnym Rynkiem, jeżeli wniosek o takie zwolnienie zostanie odpowiednio przez strony z nim występujące umotywowany. Zwolnienie może zostać jednak uzależnione od spełnienia warunków koniecznych dla zapewnienia skutecznej konkurencji. O zwolnienie można występować i może być ono udzielone w dowolnym czasie, nawet przed zgłoszeniem lub po zawarciu transakcji.[27]

Zakaz dokonania koncentracji nie obowiązuje w przypadku połączenia przeprowadzanego w drodze przetargu publicznego, tj. publicznego złożenia oferty nabycia lub wymiany akcji, o ile nabywca nie wykonuje praw głosu[28].

W trakcie badania wstępnego, Komisja bada każde zgłoszenia pod kątem tego, czy musi być wszczęte postępowanie zasadnicze. Celem postępowania wstępnego jest więc uzyskanie jasności co do zgodności koncentracji ze Wspólnym Rynkiem. Efektem tego badania jest jedna z trzech następujących formalnych decyzji administracyjnych[29]:

(a) decyzja o stwierdzeniu nie stosowalności Rozporządzenia do danej koncentracji. W przypadku łączenia spółek akcyjnych sytuacja taka ma miejsce, jeżeli zgłoszone połączenie nie ma wymiaru wspólnotowego. Wydana decyzja ma skutek deklaratoryjny. Przyjęcie jej na podstawie błędnych przesłanek nie wyłącza pierwszeństwa stosowania Rozporządzenia przed prawem krajowym. Jeżeli jednak jest ona obiektywna, można stosować prawo krajowe.

(b) decyzja o stwierdzeniu zasadniczej zgodności połączenia ze Wspólnym Rynkiem. Decyzję taką podejmuje Komisja wtedy, gdy nie ma wątpliwości lub zastrzeżeń w stosunku do zgłoszonej koncentracji, a więc gdy stwierdzi, że koncentracja nie stwarza lub nie wzmacnia pozycji dominującej, a w rezultacie nie powoduje znacznego ograniczenia konkurencji. Jest to decyzja o charakterze deklaratoryjnym i wiążącym dla Komisji.

(c) decyzja o wszczęciu postępowania zasadniczego. Decyzja taka zostaje podjęta, jeżeli w rezultacie badania wstępnego Komisja ma poważne wątpliwości co do zgodności koncentracji ze Wspólnym Rynkiem. Decyzja ta ma znaczenie czysto proceduralne (nie jest więc to w żadnym razie wstępna decyzja merytoryczna).

2.4.2 Postępowanie zasadnicze

Każde postępowanie zasadnicze musi zakończyć się formalną decyzją administracyjną, którą Komisja zobowiązana jest opublikować.[30] Na jej wydanie Komisja ma 4 miesiące od momentu wszczęcia postępowania zasadniczego. Niewydanie decyzji w przewidzianym terminie oznacza, że koncentracja zostanie uznana za zgodną ze Wspólnym Rynkiem.[31] W toku postępowania należy wysłuchać podmioty zaangażowane, a niekiedy także niezaangażowane.[32] Bezpośrednio zaangażowani mają także wgląd do akt.[33] Przed wydaniem decyzji na podstawie art. 8 ust. 2-5 oraz w niektórych innych przypadkach Komisja musi również wysłuchać Komitetu Doradczego do spraw Kontroli Połączeń i w miarę możliwości uwzględnić jego stanowisko.[34]

Celem kontroli jest ocena zgodności lub niezgodności koncentracji ze Wspólnym Rynkiem, zaś miarą tej oceny jest powstanie lub umocnienie pozycji dominującej, w wyniku czego znacząco ograniczona zostaje konkurencja na Wspólnym Rynku lub jego istotnej części. Prawo wspólnotowe wymaga więc dla stwierdzenia niezgodności koncentracji ze Wspólnym Rynkiem kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek:

(a) powstania lub umocnienia w wyniku koncentracji pozycji dominującej na rynku, oraz
(b) znaczącego ograniczenia konkurencji na Wspólnym Rynku lub jego istotnej części jako skutku powstania lub umocnienia pozycji dominującej.

Dodatkowo Rozporządzenie określa szczegółowe kryteria oceny połączeń z punktu widzenia ich zgodności ze Wspólnym Rynkiem.[35] Są to:

(a) potrzeba zachowania i rozwijania efektywnej konkurencji,
(b) faktyczna i potencjalna konkurencja między przedsiębiorstwami wewnątrz Wspólnoty lub poza nią,
(c) pozycja rynkowa zaangażowanego przedsiębiorstwa na rynku oraz jego siła ekonomiczna i finansowa,
(d) możliwości dostępne dla dostawców i odbiorców,
(e) ich dostęp do rynków zaopatrzenia lub zbytu,
(f) wszelkie prawne i inne bariery dostępu do rynku,
(g) trendy podaży i popytu odpowiednich towarów i usług,
(h) interesy pośrednich i ostatecznych konsumentów,
(i) rozwój postępu technicznego i gospodarczego, pod warunkiem, że dokonuje się on z korzyścią dla konsumentów i nie szkodzi konkurencji.

W praktyce orzeczniczej Komisja posługiwała się większością ww. kryteriów. Relatywnie największe, choć w różnych przypadkach różne, znaczenie przypisywała oczywiście kryterium udziału w rynku. Niskie udziały rynkowe

(poniżej 25%) z reguły pozwalają Komisji uznać koncentrację za zgodną ze Wspólnym Rynkiem bez badania pozostałych czynników. Wyższe udziały rynkowe mogą natomiast być przesłanką pozycji dominującej.[36]
Zasadnicze postępowanie kontrolne kończy się wydaniem jednej z następujących decyzji:[37]

(a) decyzji o zgodności koncentracji ze Wspólnym Rynkiem,
(b) warunkowej decyzji o zgodności koncentracji ze Wspólnym Rynkiem. Uznanie połączenia za zgodne ze Wspólnym Rynkiem może zostać powiązane z warunkami (obowiązkami), które mają zapewnić dotrzymanie zobowiązań, podjętych przez przedsiębiorstwa w trakcie postępowania, ale odnoszących się do przyszłości. Strony podejmują takie zobowiązania w sytuacji, w której po przeprowadzeniu badania zasadniczego Komisja podtrzymuje swoje zastrzeżenia co do koncentracji. Strony dokonują wtedy modyfikacji swego zamiaru tak, aby ostatecznie rozwiać zastrzeżenia Komisji,
(c) decyzji o niezgodności koncentracji ze Wspólnym Rynkiem. Decyzja ta ma co do zasady charakter konstytutywny,
(d) decyzji o cofnięciu skutków koncentracji niezgodnej ze Wspólnym Rynkiem, ale już dokonanej. Jeżeli niezgodne ze Wspólnym Rynkiem połączenie zostało już dokonane, Komisja może podjąć decyzję, na mocy której może nakazać rozdzielenie połączonych przedsiębiorstw lub aktywów lub ustanie wspólnej kontroli lub każde inne działanie, jakie może być właściwe w celu odtworzenia warunków efektywnej konkurencji,[38]
(e) decyzji o przekazaniu zgłoszenia koncentracji organom krajowym. Decyzję taką Komisja może podjąć, jeżeli uważa, że w przypadku badanego rynku produktów i usług oraz odnośnego rynku geograficznego[39] istnieje odrębny rynek krajowy i występuje zagrożenie powstania lub umocnienia pozycji dominującej, w wyniku czego zostałaby ograniczona lub zagrożona skuteczna konkurencja na rynku danego państwa członkowskiego.

2.5 Analiza zgłoszeń koncentracji na wybranych przykładach

Poniżej przedstawiamy krótką analizę dwóch przypadków zgłoszeń koncentracji, tj. sprawy Swiss Bank/S.G. Warburg (Nr IV/M.597) oraz sprawy Citigroup/Schroders (Nr COMP/M.1865). Obie sprawy dotyczą bankowości inwestycyjnej.

2.5.1 Swiss Bank/S.G. Warburg

Zgłoszenie zostało dokonane na podstawie art. 4 Rozporządzenia w dniu 22 maja 1995 r. w związku z planowanym przejęciem przez Swiss Bank Corporation („**SBC**") całości działalności inwestycyjnej prowadzonej przez S.G. Warburg Group plc. („**UBS**"), z wyłączeniem działalności prowadzonej przez spółkę zależną w 75% od UBS – Mercury Asset Management Group plc. („**MAM**"). SBC jest jedną z trzech największych instytucji kredytowych

w Szwajcarii, natomiast S.G. Warburg Group („**SGW**") jest wiodącym bankiem inwestycyjnym w Wielkiej Brytanii. Przejęcie działalności inwestycyjnej polega na przejęciu przez spółkę zależną SBC tj. SBCI Swiss Bank Corporation Investment Banking Limited („**SBCI**"), która była podmiotem dokonującym zgłoszenia do Komisji, akcji sześciu spółek zależnych SGW zaangażowanych w prowadzenie bankowości inwestycyjnej.

Zgłoszenie zostało uznane za koncentrację w rozumieniu przepisów Rozporządzenia, ze względu na fakt, iż SBC (pośrednio), poprzez SBCI, nabędzie kontrolę nad częścią działalności SGW w drodze kupna papierów wartościowych 6 spółek zależnych SBC, tak więc spełniona została przesłanka z art. 3 ust. 1 lit. b Rozporządzenia.

Komisja ustaliła, iż planowana koncentracja ma wymiar wspólnotowy, w związku ze spełnieniem przesłanek zawartych w art. 1 ust. 2 Rozporządzenia, tj.:

(a) łączny ogólnoświatowy obrót SBC i przejmowanych spółek zależnych SGW liczony zgodnie z art. 5 ust 3 lit. a Rozporządzenia, przekracza 5000 milionów euro[40] i

(b) łączny obrót w skali Wspólnoty zarówno SBC, jak i przejmowanych spółek SGW przekracza 250 milionów euro, jednakże nie osiąga więcej niż dwie trzecie łącznego obrotu w skali Wspólnoty w jednym i tym samym państwie członkowskim.

Komisja przyjęła, iż działalności SBC i przejmowanych spółek SGW („**ASGW**") jest w większości w stosunku do siebie komplementarna. SBC jest bowiem bankiem uniwersalnym prowadzącym szeroką gamę usług, natomiast ASGW są skoncentrowane na bankowości inwestycyjnej. Badając zakres działalności ww. instytucji Komisja uznała, iż pokrywa się ona (właściwy rynek produktowy) jedynie w zakresie: (I) doradztwa M&A, (II) subemisji akcji, (III) subemisji instrumentów dłużnych, (IV) papierów wartościowych (akcji i papierów dłużnych) oraz (V) obrotu instrumentami pochodnymi.

Następnie Komisja dokonała oceny właściwych rynków geograficznych dla poszczególnych wyżej wyodrębnionych właściwych rynków produktowych. Należy zaznaczyć, iż część danych określających procentowy udział poszczególnych instytucji w rynkach nie została opublikowana w decyzji Komisji (została uznana za tajemnicę przedsiębiorstw).[41] Po przeprowadzeniu badania w zakresie wszystkich rynków produktowych, Komisja uznała, iż działalność w zakresie bankowości inwestycyjnej jest w Europie zróżnicowana, a na rynku panuje duża konkurencja zarówno instytucji europejskich jak i z USA. Z kolei łączny udział SGW i SBC w rynku poszczególnych produktów w ramach określonych właściwych rynków geograficznych nie przekracza w żadnym wypadku 15%.

Biorąc pod uwagę wyniki badania Komisja uznała, iż w wyniku planowanej koncentracji nie powstanie ani nie umocni się pozycja dominująca na rynku, w rezultacie której konkurencja byłaby znacznie ograniczona na Wspólnym Rynku lub na jego znacznej części. W związku z powyższym, na podstawie

art. 6 ust. 1 lit. b Rozporządzenia, Komisja podjęła decyzję o zgodności koncentracji ze Wspólnym Rynkiem.

2.5.2 Citigroup/Schroders

Zgłoszenie zostało dokonane na podstawie art. 4 Rozporządzenia w dniu 28 lutego 2000 r. w związku z planowanym przejęciem przez Citigroup Inc., poprzez swoją spółkę zależną Salomon Smith Barney Holding Inc. („**SSBH**"), części przedsiębiorstwa Shroders plc. Citigroup Inc. („**Citigroup**") jest amerykańskim holdingiem prowadzącym zdywersyfikowaną działalność w zakresie usług bankowych i finansowych, w szczególności: usługi bankowe i kredytowe, doradztwa inwestycyjnego, planowania finansowego i usługi maklerskie, zarządzania aktywami, działalności venture capital. Z kolei Schroders plc. („**Schroders**") jest angielską firmą finansową prowadzącą na całym świecie działalność w zakresie bankowości inwestycyjnej i zarządzania aktywami.

Zgłoszenie zostało uznane za koncentrację w rozumieniu przepisów Rozporządzenia, ze względu na fakt, iż Citigroup (pośrednio) poprzez SSBH nabędzie kontrolę nad częścią przedsiębiorstwa Schroders w drodze przejęcia całości działalności Schroders w zakresie bankowości inwestycyjnej, tak więc spełniona została przesłanka z art. 3 ust. 1 lit. b Rozporządzenia.

Komisja ustaliła, iż planowana koncentracja ma wymiar wspólnotowy w związku ze spełnieniem przesłanek zawartych w art. 1 ust. 2 Rozporządzenia, tj.:

(a) łączny ogólnoświatowy obrót zaangażowanych podmiotów liczony zgodnie z art. 5 ust. 3 lit. a Rozporządzenia przekracza 5000 milionów euro i
(b) łączny obrót w skali Wspólnoty zarówno Citigroup, jak i przejmowanej części przedsiębiorstwa Schroders przekracza 250 milionów euro, jednakże nie osiąga więcej niż dwie trzecie łącznego obrotu w skali Wspólnoty w jednym i tym samym państwie członkowskim.

Komisja przyjęła, iż właściwy rynek produktowy dla badanych podmiotów istnieje przede wszystkim w zakresie bankowości inwestycyjnej, natomiast jedynie w ograniczonym stopniu w zakresie bankowości korporacyjnej (Schroders prowadzi bardzo ograniczoną działalność w zakresie bankowości korporacyjnej). W zakresie bankowości inwestycyjnej Komisja wyodrębniła następujące wspólne rynki produktowe: (I) doradztwa M&A, (II) subemisji papierów wartościowych, (III) obrotu papierami wartościowymi (IV) obrotu instrumentami pochodnymi, (V) obrotu dewizami.

Następnie Komisja dokonała oceny właściwych rynków geograficznych, uznając, iż generalnie dla wszystkich wyodrębnionych właściwych rynków produktowych jako właściwe rynki geograficzne powinny być uznane rynki w wymiarze co najmniej europejskim (jeżeli nie światowym).[42]

Po przeprowadzeniu badania w zakresie wszystkich rynków produktowych Komisja uznała, iż łączny udział zaangażowanych podmiotów w rynku poszczególnych produktów w ramach określonych właściwych rynków geograficznych nie przekracza generalnie w zakresie doradztwa M&A 15%,[43] natomiast w zakresie pozostałych produktów 10%.

Biorąc pod uwagę wyniki badania Komisja uznała, iż w wyniku planowanej koncentracji nie powstanie ani nie umocni się pozycja dominująca, w rezultacie której konkurencja byłaby znacznie ograniczona na Wspólnym Rynku lub na jego znacznej części. W związku z powyższym, na podstawie art. 6 ust. 1 lit. b Rozporządzenia, Komisja podjęła decyzję o zgodności koncentracji ze Wspólnym Rynkiem.

3.
Kontrola koncentracji instytucji finansowych na gruncie prawa polskiego

3.1 Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów

Ustawa Antymonopolowa weszła w życie z dniem 1 kwietnia 2001 r. i zastąpiła starą i wielokrotnie zmienianą ustawę z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie konsumentów. Ustawa Antymonopolowa zmieniła między innymi dotychczasowe zasady i przesłanki kontroli koncentracji przedsiębiorców.

3.1.1 Przedmiot kontroli

Zgodnie z art. 1 ust. 2 Ustawa Antymonopolowa reguluje zasady i tryb przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję oraz antykonkurencyjnym koncentracjom przedsiębiorców i ich związków, jeżeli te praktyki lub koncentracje wywołują lub mogą wywołać skutki na terytorium Rzeczpospolitej Polskiej.

Z punktu niniejszego opracowania kluczowe znaczenie ma pojęcie koncentracji. Zgodnie z art. 12 ust. 2 i 3 Ustawy Antymonopolowej poprzez koncentrację należy rozumieć:

(a) połączenie dwóch lub więcej samodzielnych przedsiębiorców,
(b) przejęcie – przez nabycie lub objęcie akcji, innych papierów wartościowych, udziałów, całości lub części majątku lub w jakikolwiek inny sposób – bezpośredniej lub pośredniej kontroli nad całym albo częścią jednego lub więcej przedsiębiorców przez jednego lub więcej przedsiębiorców,
(c) utworzenie przez przedsiębiorców wspólnego przedsiębiorcy,
(d) objęcie lub nabycie akcji lub udziałów innego przedsiębiorcy, powodujące uzyskanie co najmniej 25% głosów na walnym zgromadzeniu lub zgromadzeniu wspólników,
(e) objęcie przez tę samą osobę funkcji członka organu zarządzającego albo organu kontrolnego u konkurujących ze sobą przedsiębiorców,
(f) rozpoczęcie wykonywania praw z akcji lub udziałów objętych bez uprzedniego zgłoszenia przez (I) instytucje finansowe zajmujące się prowadze-

niem na własny lub cudzy rachunek inwestowania w akcje albo udziały innych przedsiębiorców lub (II) przedsiębiorcę w celu zabezpieczenia wierzytelności.

Ustawa Antymonopolowa definiuje przy tym w art. 4 pkt 13 pojęcie przejęcia kontroli jako: wszelkie formy bezpośredniego i pośredniego uzyskania uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na określonego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców, w tym w szczególności (I) prawo do całego lub części mienia przedsiębiorcy, (II) prawa lub umowy przyznające decydujący wpływ na skład, wynik głosowania lub decyzje organów przedsiębiorcy.

Należy zwrócić uwagę, iż zgłoszeniu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów („**UOKiK**"), będącemu centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach ochrony konkurencji i konsumentów, podlega generalnie zamiar koncentracji, a nie spełnienie przesłanki koncentracji. Sama więc możliwość zaistnienia koncentracji w rozumieniu Ustawy Antymonopolowej jest czynnikiem decydującym, o ile występują pozostałe przesłanki przede wszystkim w zakresie wartości transakcji i procentowego udziału w rynku przedsiębiorców zamierzających dokonać koncentracji.

3.1.2 Zakres kontroli

Zgodnie z art. 12 ust. 1 Ustawy Antymonopolowej zamiar koncentracji podlega zgłoszeniu Prezesowi UOKiK, jeżeli łączny obrót przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekracza równowartość 50000000 euro. Jest to przesłanka o charakterze generalnym, jednakże jej spełnienie nie oznacza automatycznego obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji. Ustawa Antymonopolowa przewiduje bowiem wiele wyjątków, stanowiących przesłanki, z których spełnienie co najmniej jednej zwalnia z obowiązku dokonania zgłoszenia. Do najważniejszych z nich należą przesłanka wielkości obrotu przedsiębiorcy oraz wielkości udziału przedsiębiorców w rynku.

Zgodnie z art. 13 Ustawy Antymonopolowej nie podlega zgłoszeniu zamiar koncentracji, jeżeli obrót przedsiębiorcy:

(a) nad którym ma nastąpić przejęcie bezpośredniej lub pośredniej kontroli poprzez nabycie lub objęcie akcji, innych papierów wartościowych, udziałów, całości lub części majątku lub w jakikolwiek inny sposób,
(b) którego akcje lub udziały będą objęte lub nabyte w liczbie powodującej uzyskanie co najmniej 25% głosów na walnym zgromadzeniu lub zgromadzeniu wspólników, lub
(c) z którego akcji lub udziałów objętych bez uprzedniego zgłoszenia przez instytucje finansowe zajmujące się prowadzeniem na własny lub cudzy rachunek inwestowania w akcje albo udziały innych przedsiębiorców lub przez przedsiębiorcę w celu zabezpieczenia wierzytelności, ma nastąpić wykonanie praw, nie przekroczył na terytorium Rzeczpospolitej Polskiej

w żadnym z dwóch lat obrotowych poprzedzających zgłoszenie równowartości 10000000 euro.

Nie podlega ponadto zgłoszeniu zamiar koncentracji jeżeli łączny udział w rynku przedsiębiorców zamierzających dokonać koncentracji nie przekracza 20%.

3.1.3 Tryb kontroli

Kontrola koncentracji na podstawie Ustawy Antymonopolowej odbywa się w trybie postępowania administracyjnego. Tryb postępowania określony jest w samej Ustawie Antymonopolowej, natomiast w kwestiach w ustawie nieuregulowanych zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. kodeks postępowania administracyjnego („**KPA**").

Ustawa Antymonopolowa jako zasadę przyjmuje prewencyjną kontrolę koncentracji. W związku z powyższym zgłoszeniu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów („**UOKiK**"), będącemu centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach ochrony konkurencji i konsumentów, podlega generalnie zamiar koncentracji, a nie spełnienie przesłanki koncentracji. Sama więc możliwość zaistnienia koncentracji w rozumieniu Ustawy Antymonopolowej jest czynnikiem decydującym, o ile występują pozostałe przesłanki przede wszystkim w zakresie wartości transakcji i procentowego udziału w rynku przedsiębiorców zamierzających dokonać koncentracji.

Obowiązek zgłoszenia koncentracji, w zależności od przesłanki będącej podstawą zgłoszenia, ciąży bądź to wspólnie na przedsiębiorcach planujących dokonanie koncentracji (w przypadku łączenia się przedsiębiorców lub tworzenia przez przedsiębiorców wspólnego przedsiębiorcy) bądź samodzielnie na przedsiębiorcy, w wyniku działań którego może nastąpić koncentracja (np. w wyniku przejęcia kontroli nad innym przedsiębiorcą). W przypadku natomiast, gdy koncentracji dokonuje przedsiębiorca dominujący za pośrednictwem co najmniej dwóch przedsiębiorców zależnych, zgłoszenia zamiaru koncentracji dokonuje przedsiębiorca dominujący.

Zgłoszenia należy dokonać w terminie 7 dni od dnia zawarcia umowy bądź dokonania innej czynności, na podstawie której ma nastąpić koncentracja. Dokonanie zgłoszenia jest podstawą wszczęcia postępowania przez Prezesa UOKiK. Szczególnym trybem dla wszczęcia postępowania jest możliwość jego wszczęcia z urzędu przez Prezesa UOKiK w trybie art. 99 Ustawy Antymonopolowej.

Postępowanie antymonopolowe w sprawie koncentracji powinno zakończyć się co do zasady nie później niż w terminie 2 miesięcy od dnia jego wszczęcia, a w przypadku zamiaru nabycia akcji dopuszczonych do publicznego obrotu w terminie 14 dni od dnia jego wszczęcia. Do ww. terminów nie wlicza się okresów oczekiwania na dokonanie zgłoszenia przez pozostałych uczestników koncentracji, a także okresów na usunięcie braków, uzupełnienie informacji lub ustosunkowanie się do warunków przedstawionych przez Prezesa

UOKiK. Do czasu wydania przez Prezesa UOKiK decyzji lub upływu ww. terminów, przedsiębiorcy, których zamiar koncentracji podlega zgłoszeniu, zobowiązani są co do zasady wstrzymać się od dokonania koncentracji.
Zakaz dokonania koncentracji nie obowiązuje w przypadku koncentracji w wyniku realizacji publicznej oferty kupna lub zamiany akcji, o ile nabywca nie wykonuje prawa głosu z tych akcji lub czyni to wyłącznie w celu utrzymania pełnej wartości swej inwestycji kapitałowej lub dla zapobieżenia poważnej szkodzie, jaka może powstać u przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji.
Co do zasady postępowanie antymonopolowe w sprawie koncentracji kończy się wydaniem decyzji przez Prezesa UOKiK,[44] w której Prezes UOKiK wyraża zgodę na dokonanie koncentracji,[45] lub zakazuje dokonania koncentracji. Prezes UOKiK może również uzależnić wydanie zgody na dokonanie koncentracji od spełnienia określonych warunków.[46]
Prezes UOKiK wydaje zgodę na dokonanie koncentracji, jeżeli w jej wyniku nie powstanie lub nie umocni się pozycja dominująca przedsiębiorcy na rynku, wskutek czego nie nastąpi istotne ograniczenie konkurencji na rynku (a contrario pozytywne zajście ww. przesłanki stanowi podstawę do wydania decyzji o zakazie dokonania koncentracji).
Wyjątkowo Prezes UOKiK może wydać zgodę na dokonanie koncentracji, która doprowadzi do powstania lub umocnienia pozycji dominującej na rynku, pomimo tego że nastąpi istotne ograniczenie konkurencji, jeżeli: (I) przyczyni się ona do rozwoju ekonomicznego lub postępu technicznego, (II) może ona wywrzeć pozytywny wpływ na gospodarkę narodową.
Jeżeli wydana przez Prezesa UOKiK decyzja została oparta na nierzetelnych informacjach, za które odpowiedzialni są przedsiębiorcy uczestniczący w koncentracji, lub jeżeli przedsiębiorcy nie spełniają warunków nałożonych na nich w trybie art. 18 ust. 2 i 3 Ustawy Antymonopolowej, Prezes UOKiK może decyzję uchylić.
Jeżeli koncentracja została już dokonana, a przywrócenie konkurencji na rynku nie jest możliwe w inny sposób, Prezes UOKiK w drodze decyzji może nakazać w szczególności: (I) podział połączonego przedsiębiorcy na warunkach określonych w decyzji, (II) zbycie całości lub części majątku przedsiębiorcy, (III) zbycie udziałów lub akcji zapewniających kontrolę nad przedsiębiorcą lub przedsiębiorcami lub rozwiązanie spółki, nad którą przedsiębiorcy sprawują wspólną kontrolę, (IV) odwołanie z funkcji członka organów zarządzających lub kontrolnych przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji.[47]

3.2 Poszczególne typy instytucji finansowych

Generalnie, nie aspirując do podania pełnego wyczerpania katalogu, z punktu widzenia pełnionych funkcji a także ram prawnych nadanych przez polskiego ustawodawcę, należy wyodrębnić w szczególności:
(a) banki,
(b) instytucje ubezpieczeniowe,

(c) domy maklerskie,
(d) fundusze emerytalne,
(e) fundusze inwestycyjne.

W ramach niniejszego opracowania szerszej analizie poddane zostaną dwa typy instytucji finansowych, tj. fundusze emerytalne oraz fundusze inwestycyjne, jednakże dla porównania pragniemy przedstawić również pokrótce charakterystykę regulacji w zakresie kontroli koncentracji odnoszących się do banków i instytucji ubezpieczeniowych.

3.2.1 Banki

Generalnie działalność banków podlega nadzorowi sprawowanemu przez Komisję Nadzoru Bankowego i regulowana jest przede wszystkim przez ustawę z dnia 29 sierpnia 1997 r. prawo bankowe („**Prawo Bankowe**"). Najogólniej można stwierdzić, iż ustawodawca nie wprowadził jasnych przepisów regulujących relację przepisów dotyczących kontroli koncentracji w Prawie Bankowym oraz w Ustawie Antymonopolowej. Prawo bankowe zawiera bowiem szereg przepisów regulujących proces koncentracji, w tym kapitałowej banków (w szczególności w zakresie nabycia i objęcia akcji banku oraz połączenia banków),[48] jak również proces koncentracji w wyniku nabycia przedsiębiorstwa bankowego przez inny bank.[49] Regulacji Prawa Bankowego podlega również proces tworzenia na bazie umownej bankowych grup kapitałowych oraz zrzeszania się banków.[50] Kontrola sprawowana przez Komisję Nadzoru Bankowego w zakresie omówionych wyżej procesów odbywa się w zależności od sposobu koncentracji, poprzez zastosowanie wymogu uzyskania zgody Komisji Nadzoru Bankowego na przeprowadzenie określonej transakcji (nabycia lub objęcia akcji, połączenia banków, nabycia przedsiębiorstwa bankowego w trybie art. 124 a Prawa Bankowego), lub też wprowadzenie wymogu informowania Komisji Nadzoru Bankowego[51] o planach utworzenia bankowej grupy kapitałowej lub o podpisaniu umowy zrzeszającej banki (włączając obowiązek dostarczenia stosownych umów będących podstawą dla tworzenia bankowych grup kapitałowych lub zrzeszeń banków). Należy zaznaczyć, iż kontrola koncentracji przez Komisję Nadzoru Bankowego przeprowadzana na podstawie Prawa Bankowego odbywa się na innej płaszczyźnie niż kontrola koncentracji na podstawie Prawa Antymonopolowego i brak jest wyraźnych związków pomiędzy tymi regulacjami. Komisja Nadzoru Bankowego przede wszystkim bada bowiem, jaki może mieć wpływ np. nabycie akcji banku na ostrożne i stabilne zarządzanie bankiem, nie odnosi się natomiast do zagadnień ochrony konkurencji, które w pełni pozostają w gestii UOKiK. Kwestią oddzielną jest w tym wypadku brak jasnych procedur kooperacji pomiędzy Komisją Nadzoru Bankowego a UOKiK w zakresie obowiązku przekazywania informacji do UOKiK na temat spraw toczących się przed Komisją Nadzoru Bankowego.

3.2.2 Instytucje ubezpieczeniowe

Podstawowym aktem regulującym prowadzenie działalności ubezpieczeniowej jest ustawa z dnia 28 lipca 1990 r. o działalności ubezpieczeniowej („**Ustawa Ubezpieczeniowa**"). Ustawa Ubezpieczeniowa zawiera regulacje dotyczące kontroli koncentracji kapitałowej w odniesieniu do zakładów ubezpieczeń, w szczególności w zakresie nabywania i obejmowania akcji lub praw z akcji zakładów ubezpieczeniowych, łączenia się zakładów ubezpieczeniowych oraz przeniesienia portfela ubezpieczeń. Organem kontrolnym w tym zakresie jest Minister Finansów w odniesieniu do nabywania i obejmowania akcji i praw do akcji oraz łączenia zakładów ubezpieczeń oraz Komisja Nadzoru Ubezpieczeń i Funduszy Emerytalnych („**KNUFE**") w odniesieniu do transferu portfela ubezpieczeń.

3.2.3 Fundusze emerytalne

Podstawowym aktem regulującym funkcjonowanie funduszy emerytalnych jest ustawa z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji funduszy emerytalnych („**Ustawa o Funduszach Emerytalnych**"). Zgodnie z Ustawą o Funduszach Emerytalnych fundusz emerytalny („**Fundusz**") tworzony jest wyłącznie przez towarzystwo emerytalne („**Towarzystwo**"), działające w formie spółki akcyjnej i stanowiące organ Funduszu. Fundusz może zostać utworzony jako otwarty fundusz emerytalny lub pracowniczy fundusz emerytalny. Fundusz posiada osobowość prawną, a przedmiotem jego działalności jest gromadzenie środków pieniężnych i ich lokowanie, z przeznaczeniem na wypłatę członkom Funduszu po osiągnięciu przez nich wieku emerytalnego. Wyłącznym przedmiotem działalności towarzystwa emerytalnego jest tworzenie i zarządzanie Funduszami oraz ich reprezentowanie wobec osób trzecich. W zależności od tego, czy dane Towarzystwo zarządza otwartym funduszem emerytalnym czy też pracowniczym funduszem emerytalnym, prowadzi ono działalność odpowiednio jako powszechne towarzystwo emerytalne lub pracownicze towarzystwo emerytalne.

Z punktu widzenia niniejszych rozważań, i biorąc pod uwagę fakt oddzielnej osobowości prawnej Towarzystwa i Funduszu, koncentracja odbywać się może na dwóch płaszczyznach – koncentracji Towarzystw oraz koncentracji Funduszy.

Podstawowym elementem kontroli koncentracji Towarzystw jest poddanie kontroli KNUFE[52] zmian kapitałowych, dokonywanych w Towarzystwie w wyniku nabywania lub obejmowania akcji Towarzystwa, jak również nabywania praw z akcji, poprzez nałożenie obowiązku uzyskania każdorazowo zgody na dokonanie takiej transakcji pod rygorem nieważności.

Jest to kontrola o charakterze prewencyjnym, a więc dla ważności czynności prawnej skutkującej każdorazowym nabyciem lub objęciem akcji lub nabyciem praw z akcji wymagane jest uprzednie uzyskanie zgody KNUFE w tym zakresie. Wyjątek od ww. zasady ustawodawca wprowadził wyłącznie w odniesieniu do dotychczasowych akcjonariuszy Towarzystwa i tylko w odniesieniu do przy-

padku obejmowania przez nich akcji – tak więc ogranicza się do nowych akcji wydawanych w ramach podwyższenia kapitału zakładowego Towarzystwa.
W takim przypadku dla objęcia akcji z punktu widzenia Ustawy o Funduszach Emerytalnych wystarczające jest dokonanie zawiadomienia KNUFE o objęciu akcji w terminie 14 dni od daty objęcia akcji, chyba że w wyniku objęcia dany akcjonariusz przekroczy 20%, 25% 33% 50%, 66%, 75% lub 89% głosów na walnym zgromadzeniu. W takim przypadku zezwolenie KNUFE jest jednak wymagane.
KNUFE wydaje zgodę na przeprowadzenie transakcji nabycia lub objęcia akcji lub nabycia praw z akcji Towarzystwa, jeżeli wnioskodawca spełnia warunki wymagane dla założycieli Towarzystwa.
Należy zaznaczyć, iż Ustawa o Funduszach Emerytalnych wprowadza dodatkowo szczególne ograniczenie w odniesieniu do powszechnych towarzystw emerytalnych stanowiąc, iż ten sam podmiot, jak również podmioty związane,[53] nie mogą być akcjonariuszami więcej niż jednego powszechnego towarzystwa emerytalnego. KNUFE może czasowo odstąpić od stosowania tego ograniczenia w przypadku połączenia dwóch lub więcej podmiotów będących akcjonariuszami różnych powszechnych towarzystw emerytalnych oraz w przypadku gdy podmioty będące akcjonariuszami różnych powszechnych towarzystw emerytalnych stały się podmiotami związanymi, jednakże zgoda na odstąpienie od ograniczeń ustawowych nie może być wydana na okres dłuższy niż 6 miesięcy i powinna być wydana w celu dostosowania działalności ww. podmiotów do przepisów ustawy.
Kolejnymi przypadkami koncentracji, poddanymi ustawowej kontroli KNUFE, są:

(a) przejęcie przez powszechne towarzystwo emerytalne zarządzania innym otwartym funduszem emerytalnym w wyniku umowy pomiędzy dwoma powszechnymi towarzystwami,
(b) przejęcie przez Towarzystwo zarządzania Funduszem w wyniku cofnięcia przez KNUFE zezwolenia na utworzenie Towarzystwa zarządzającego tym Funduszem,
(c) połączenie się Towarzystw,[54]
(d) przejęcie przez powszechne towarzystwo emerytalne zarządzania otwartym funduszem emerytalnym w wyniku cofnięcia przez KNUFE zezwolenia na utworzenie towarzystwa zarządzającego tym Funduszem w trybie art. 64 ust. 2 Ustawy o Funduszach Emerytalnych, tj. w wyniku przymusowego przejęcia przez Towarzystwo o największej wartości aktywów netto.

Przejęcia zarządzania Funduszem może dokonać wyłącznie Towarzystwo zarządzające Funduszem tego samego rodzaju. W każdym z ww. przypadków do przeprowadzenia transakcji wymagana jest zgoda KNUFE, które określa w zezwoleniu szczegółowe warunki przejęcia zarządzania Funduszem.

3.2.4 Fundusze inwestycyjne

Podstawowym aktem regulującym funkcjonowanie funduszy inwestycyjnych jest ustawa z dnia 28 sierpnia 1997 r. o funduszach inwestycyjnych („**Ustawa o Funduszach Inwestycyjnych**"). Zgodnie z Ustawą o Funduszach Inwestycyjnych fundusz inwestycyjny („**FI**") tworzony jest wyłącznie przez towarzystwo funduszy inwestycyjnych („**TFI**"), działające w formie spółki akcyjnej i stanowiące organ FI. FI posiada osobowość prawną, a przedmiotem jego działalności jest lokowanie środków pieniężnych zebranych publicznie lub niepublicznie w określone w Ustawie o Funduszach Inwestycyjnych papiery wartościowe i inne prawa majątkowe. Wyłącznym przedmiotem działalności TFI jest tworzenie i zarządzanie FI oraz ich reprezentowanie wobec osób trzecich, a także zarządzanie zbiorczym portfelem papierów wartościowych.[55]

Fundusze inwestycyjne mogą być tworzone jako (I) fundusze inwestycyjne otwarte, (II) specjalistyczne fundusze inwestycyjne otwarte, (III) fundusze inwestycyjne zamknięte, (IV) specjalistyczne fundusze inwestycyjne zamknięte oraz (V) fundusze mieszane.

Organem nadzoru nad funkcjonowaniem funduszy inwestycyjnych jest Komisja Papierów Wartościowych i Giełd („**KPWiG**").

Z punktu widzenia niniejszego opracowania, i biorąc pod uwagę fakt oddzielnej osobowości prawnej towarzystwa funduszy inwestycyjnych oraz funduszy inwestycyjnych, koncentracja odbywać się może na dwóch płaszczyznach – koncentracji towarzystw i funduszy.

Podstawowym elementem kontroli koncentracji towarzystw jest poddanie kontroli KPWiG zmian kapitałowych dokonywanych w towarzystwie w wyniku nabywania lub obejmowania akcji towarzystwa. Kontrola sprawowana przez KPWiG w tym zakresie polega przede wszystkim na obowiązku uzyskania zgody KPWiG na nabycie lub objęcie akcji towarzystwa, które spowoduje przekroczenie 20%, 33% lub 50% ogólnej liczby głosów na walnym zgromadzeniu towarzystwa. Obowiązek ten stosuje się również do nabywania lub posiadania obligacji zamiennych na akcje towarzystwa. Posiadanie lub nabycie ww. papierów wartościowych przez podmiot zależny uważa się za nabycie lub posiadanie przez podmiot dominujący i odwrotnie nabycie lub objęcie przez podmiot dominujący uważa się za nabycie lub objęcie przez podmiot zależny.[56] Jest to kontrola o charakterze prewencyjnym, a więc dla ważności czynności prawnej skutkującej przekroczeniem wskazanych powyżej progów w wyniku nabycia lub objęcia akcji lub nabycia lub posiadania obligacji zamiennych wymagane jest uzyskanie zgody KPWiG pod rygorem nieważności.

Ponadto w zakresie kontroli koncentracji KPWiG sprawuje kontrolę w szczególności w zakresie:

(a) łączenia funduszy inwestycyjnych otwartych („**FIO**") oraz specjalistycznych funduszy inwestycyjnych otwartych („**SFIO**"),
(b) przejęcia zarządzania funduszem inwestycyjnym.

Połączenie FIO i SFIO może nastąpić wyłącznie poprzez połączenie funduszy należących do tych samych kategorii, tj. dwóch FIO lub dwóch SFIO. Połącze-

nie takie następuje poprzez przeniesienie majątku funduszu przejmowanego do funduszu przejmującego, a więc w drodze połączenia przez przejęcie. Połączenie wymaga uzyskania uprzedniej zgody KPWiG.

Przejęcie zarządzania funduszem inwestycyjnym przez inne towarzystwo może nastąpić na bazie porozumienia umownego, z tym że postanowienia umowy wyłączające przejęcie określonych obowiązków są bezskuteczne wobec osób trzecich. Towarzystwo przejmujące zarządzanie wstępuje w prawa i obowiązki towarzystwa będącego dotychczas organem przejętego funduszu.

Przejęcie zarządzania funduszem może nastąpić również w specjalnym trybie art. 48 Ustawy o Funduszach Inwestycyjnych, tj. przez złożenie do KPWiG odpowiedniego wniosku przez towarzystwo funduszy inwestycyjnych ubiegające się o przejęcie zarządzania nad funduszem, które utraciło swój organ zarządzający w postaci towarzystwa funduszy inwestycyjnych, w wyniku wydania przez KPWiG decyzji o cofnięciu zezwolenia na działalność takiego towarzystwa lub wygaśnięcia zezwolenia dla takiego towarzystwa. Przejęcie zarządzania funduszem w tym trybie może nastąpić w terminie 3 miesięcy od dnia wydania decyzji o cofnięciu zezwolenia lub wygaśnięcia zezwolenia.

Przejęcie zarządzania funduszem wymaga zmiany jego statutu i w związku z tym wymaga zgody KPWiG w tym zakresie.[57] Należy zwrócić uwagę, iż przesłanką dla nieudzielania zgody na zmianę statutu jest m.in. sprzeczność zmiany z interesem uczestnika funduszu, co stwarza bardzo szerokie pole interpretacji dla KPWiG w tym zakresie.

3.3 Interpretacja przepisów rozdziałów antymonopolowych zawartych w Ustawach o Funduszach Emerytalnych i Funduszach Inwestycyjnych oraz relacje tych przepisów do przepisów Ustawy Antymonopolowej w zakresie kontroli koncentracji

3.3.1 Fundusze emerytalne

Ustawa o Funduszach Emerytalnych, w przeciwieństwie do omawianych w poprzednim punkcie ustaw regulujących działalność banków i spółek ubezpieczeniowych, zawiera wyodrębniony rozdział dotyczący postanowień antymonopolowych – Rozdział 6 zatytułowany „*Postanowienia antymonopolowe*".

Zgodnie z postanowieniami tegoż rozdziału zamiar połączenia powszechnych towarzystw lub zamiar przejęcia zarządzania otwartym funduszem podlega zgłoszeniu Prezesowi UOKiK, jeżeli łączna wartość aktywów netto funduszy zarządzanych w następstwie zamierzonego połączenia lub przejęcia zarządzania przekroczyłaby, w którymkolwiek z miesięcy przypadających w roku poprzedzającym rok zgłoszenia takiego zamiaru, 33% łącznej wartości aktywów netto wszystkich otwartych funduszy.[58]

Zamiar połączenia lub przejęcia zarządzania zgłasza się Prezesowi UOKiK. Prezes UOKiK może wydać decyzję zakazującą łączenia towarzystw lub przejęcia zarządzania wtedy, i wyłącznie wtedy, gdy Towarzystwo w wyniku połączenia lub przejęcia zarządzania Funduszem, uzyskałoby lub umocniło

pozycję dominującą na rynku. W pozostałych przypadkach Prezes UOKiK zawiadamia zgłaszającego zamiar o braku zastrzeżeń. Termin na wydanie decyzji lub zawiadomienia wynosi co do zasady 2 miesiące od daty zgłoszenia lub 1 miesiąc w przypadku złożenia wniosku do KNUFE o zezwolenie na przejęcie zarządzania otwartym funduszem w związku z cofnięciem zezwolenia na utworzenie powszechnego towarzystwa.
Ustawa o Funduszach emerytalnych określa ponadto szczegółowo terminy dla zgłoszenia zamiaru połączenia lub przejęcia zarządzania oraz dokumenty jakie należy dołączyć do zgłoszenia.
Ustawa o Funduszach Emerytalnych stwierdza ponadto, iż w zakresie nieuregulowanym ustawą do połączeń powszechnych towarzystw lub przejęcia zarządzania otwartym funduszem stosuje się przepisy Ustawy Antymonopolowej.

3.3.2 Fundusz inwestycyjne

Ustawa o Funduszach Inwestycyjnych podobnie jak Ustawa o Funduszach Emerytalnych zawiera wyodrębniony rozdział dotyczący postanowień antymonopolowych – Rozdział 11 zatytułowany „*Postanowienia antymonopolowe*".
Zgodnie z postanowieniami tegoż rozdziału, zamiar połączenia towarzystw funduszy inwestycyjnych lub przejęcia zarządzania funduszem inwestycyjnym podlega zgłoszeniu Prezesowi UOKiK.
Prezes UOKiK może wydać decyzję zakazującą łączenia towarzystw lub przejęcia zarządzania wtedy, i wyłącznie wtedy, gdy towarzystwo w wyniku połączenia lub przejęcia zarządzania funduszem uzyskałoby lub umocniło pozycję dominującą na rynku. W pozostałych przypadkach Prezes UOKiK zawiadamia zgłaszającego zamiar o braku zastrzeżeń. Termin na wydanie decyzji lub zawiadomienia wynosi co do zasady 2 miesiące od daty zgłoszenia lub 30 dni w przypadku złożenia wniosku do KPWiG o przejęcie zarządzania towarzystwem w trybie art. 48 Ustawy o Funduszach Inwestycyjnych.
Ustawa o Funduszach Inwestycyjnych określa ponadto szczegółowo terminy dla zgłoszenia zamiaru połączenia lub przejęcia zarządzania oraz dokumenty, jakie należy dołączyć do zgłoszenia, jak również stwierdza, iż w zakresie nieuregulowanym w ustawie do połączeń powszechnych towarzystw lub przejęcia zarządzania otwartym funduszem stosuje się przepisy Ustawy Antymonopolowej.

3.3.3 Interpretacja przepisów

W ramach analizy porównawczej przepisów antymonopolowych zawartych w Ustawie o Funduszach Emerytalnych oraz Ustawie o Funduszach Inwestycyjnych (łącznie „**Ustawy Branżowe**") z przepisami dotyczącymi kontroli koncentracji zawartymi w Ustawie Antymonopolowej, nasuwa się wiele pytań i wątpliwości interpretacyjnych, z których podstawowe jest pytanie co do pierwszeństwa stosowania przepisów zawartych w Ustawach Branżowych w stosunku do przepisów Ustawy Antymonopolowej.

Wątpliwość ta nabiera szczególnej wagi w kontekście regulacji wspólnotowych zawartych w Rozporządzeniu omówionym w pierwszej części niniejszego opracowania. Rozporządzenie wprowadza bowiem w odniesieniu do instytucji kredytowych, finansowych oraz firm ubezpieczeniowych szczególne wymogi w zakresie obliczania obrotu stanowiącego podstawę dla zgłoszenia zamiaru koncentracji ze względu na jej wspólnotowy wymiar (patrz 2.3 analizy). Generalnie w przypadku ww. instytucji zamiast obrotu stosuje się w zależności od rodzaju instytucji bądź to jej dochód, bądź wartość składek brutto. Ustawodawca europejski przyjął bowiem zasadę, iż w odniesieniu do tak specyficznych organizacji jak instytucje finansowe zastosowanie innych kryteriów niż kryterium obrotu przyniesie lepsze efekty w zakresie ochrony konkurencji.

Ustawodawca polski generalnie zastosował podobne rozwiązanie regulując je na bazie rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 maja 2001 r. w sprawie sposobu obliczania obrotu przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji (obejmuje ono m.in. szczególne regulacje w stosunku do banków, funduszy inwestycyjnych i ubezpieczycieli) Rozporządzenie nie wprowadza jednakże szczególnego trybu obliczania obrotu dla funduszy emerytalnych. Szczególny tryb obliczania obrotu zawarto w Ustawie o Funduszach Emerytalnych, należy jednakże zwrócić uwagę na fakt, iż w ustawie tej brak jest przepisów derogujących stosowanie kryterium obrotu zawartego w Ustawie Antymonopolowej na korzyść innych kryteriów w niej zawartych.

Polski system prawny stanowi, iż akty prawne w randze ustawy są co do zasady sobie równe i żaden z nich nie ma pierwszeństwa przed drugim. Ustaw Branżowych nie można wiec traktować automatycznie jako aktów, które w zakresie zawartych w nich przepisów antymonopolowych powinny być traktowane jako akty szczególne. Teoria prawa wykształciła wiele norm dotyczących zasięgu mocy obowiązującej przepisów prawnych oraz zbiegu norm prawnych,[59] jednakże analiza nie wskazuje na właściwość ich stosowania w analizowanej sytuacji. W badanym przypadku nie następuje bowiem chociażby zbieg norm prawnych umożliwiający stwierdzenie, iż mamy do czynienia ze stosunkiem nadrzędności przepisów w ramach istnienia stosunku *legis specialis* i *legis generalis*.[60] Wynika to z faktu, iż dla zaistnienia zbiegu norm wymagane jest zaistnienie tego samego stanu faktycznego. W analizowanym przypadku stan faktyczny, rozumiany jako zgłoszenie zamiaru koncentracji na podstawie określonej przesłanki, jest różny w odniesieniu do Ustaw Branżowych i Ustawy Antymonopolowej.[61] Dlatego też regulacje Ustaw Branżowych nie kształtują w żadnym zakresie norm wynikających z Ustawy Antymonopolowej.

Konstrukcja aktów prawnych oraz treść poszczególnych przepisów skłaniają bowiem ku twierdzeniu, iż obowiązki zgłoszeń przypadków koncentracji określonych w Ustawach Branżowych Prezesowi UOKiK i poddanie ich badaniu w trybie określonym w Ustawie Antymonopolowej, stanowią dodatkowe przypadki, dla których ustawodawca uznał, iż powinny stać się przedmiotem oceny w tym zakresie.

Nie ma przy tym znaczenia fakt odmiennego uregulowania kwestii instytucji finansowych w ustawodawstwie wapólnotowym, gdyż prawo wspólnotowe nie zawiera żadnych wytycznych co do sposobu regulacji nadzoru koncentracji w poszczególnych państwach członkowskich.
Potwierdza to również brak konsekwencji ustawodawcy we wprowadzaniu odpowiednich przepisów antymonopolowych w ustawach regulujących działanie instytucji finansowych, a w szczególności we wspomnianych pokrótce w niniejszym opracowaniu Bankowym i Ustawie Ubezpieczeniowej. Brak jest bowiem jakichkolwiek przesłanek dla tak różnego potraktowania w tym przedmiocie banków i instytucji ubezpieczeniowych oraz funduszy emerytalnych i inwestycyjnych.
Jeżeli przyjmiemy, iż przypadki koncentracji wymagające zgłoszenia stanowią odrębne kategorie zgłoszeń do Prezesa UOKiK, powstaje pytanie co do zakresu odpowiedniego stosowania przepisów Ustawy Antymonopolowej w kontekście przepisów antymonopolowych zawartych w Ustawach Branżowych. Analiza tego zagadnienia z pewnością powinna objąć kwestie:
(a) zakresu kontroli oraz
(b) trybu kontroli w odniesieniu do (I) terminów dokonywania zgłoszeń oraz trwania postępowania, (II) dokumentacji wymaganej dla oceny zgłoszenia, (III) przesłanek samej oceny zgłoszenia.

3.3.4 Zakres kontroli

Ustawy Branżowe wprowadzają dodatkowe przesłanki, których spełnienie powoduje powstanie obowiązku dokonania zgłoszenia zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK.
W przypadku Ustawy o Funduszach Emerytalnych przesłanką dla takiego zgłoszenia jest zamiar połączenia powszechnych towarzystw lub zamiar przejęcia zarządzania otwartym funduszem, jeżeli łączna wartość aktywów netto funduszy zarządzanych w następstwie zamierzonego połączenia lub przejęcia zarządzania przekroczyłaby, w którymkolwiek z miesięcy przypadających w roku poprzedzającym rok zgłoszenia takiego zamiaru, 33% łącznej wartości aktywów netto wszystkich otwartych funduszy. Z kolei w przypadku Ustawy o Funduszach Inwestycyjnych jest to zamiar połączenia towarzystw funduszy inwestycyjnych lub przejęcia zarządzania funduszem inwestycyjnym. Jak już ustaliliśmy powyżej, są to przesłanki o charakterze niezależnym, dlatego też brak jest podstaw dla stwierdzenia konieczności zaistnienia zbiegu tych przesłanek z przesłankami wielkości obrotów zawartymi w Ustawie Antymonopolowej. Przesłanki wielkości obrotów nie są bowiem koniecznym warunkiem dla wszczęcia postępowania przez Prezesa UOKiK, a ich zaistnienie stwarza jedynie obowiązek zgłoszenia, który w wypadku funduszy emerytalnych i inwestycyjnych wynika z innej podstawy prawnej, tj. Ustaw Branżowych. Taka interpretacja nie oznacza natomiast, iż koncentracja funduszy inwestycyjnych i emerytalnych nie powinna być badana równolegle z punktu widzenia przepisów Ustawy Antymonopolowej. Z prawnego punktu widzenia

obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji może bowiem powstać również w przypadku, gdy nie znajduje zastosowania żadna z przesłanek zawartych w Ustawach Branżowych, natomiast spełnione zostaną przesłanki zgłoszenia wynikające z Ustawy Antymonopolowej.

Należy wspomnieć w tym miejscu, iż przeprowadzona analiza przepisów dotyczących instytucji finansowych wskazuje, iż każdy z typów tych instytucji poddany został specjalnemu nadzorowi sprawowanemu w ramach kontroli działalności tych podmiotów przez stosowne organy nadzoru (w przypadku funduszy emerytalnych i inwestycyjnych są to odpowiednio KNUFE i KPWiG). Organy te pełnią inne funkcje niż UOKiK, jednakże, jak wskazuje przeprowadzona analiza, do ich kompetencji należy również w pewnym zakresie kontrola koncentracji instytucji finansowych. Kontrola ta przeprowadzana jest jednakże co do zasady w innym zakresie niż badanie przeprowadzane przez Prezesa UOKiK (w szczególności badają wpływ bezpieczeństwa koncentracji na bezpieczeństwo klientów tych instytucji). Prace i decyzje tych organów mogą stanowić jednak istotny materiał dla oceny zamiaru koncentracji przez Prezesa UOKiK, a w pewnym zakresie również zazębiać się.

Warto w tym miejscu zaznaczyć, iż ze względu na niezależność przesłanek zgłoszenia zamiaru koncentracji określonych w Ustawach Branżowych i Ustawie Antymonopolowej, z teoretycznego punktu widzenia możliwa jest sytuacja zbiegu przesłanek zgłoszenia polegająca na tym, iż obowiązek dokonania zgłoszenia wynikać będzie zarówno z Ustawy Antymonopolowej, jak i Ustaw Branżowych.

3.3.5 Tryb kontroli

Ustawy Branżowe szczegółowo określają terminy dokonania zgłoszenia zamiaru koncentracji w przypadkach określonych w Ustawach Branżowych, jak również zakończenia postępowania przez Prezesa UOKiK. W szczególności, zgodnie z przepisami Ustaw Branżowych, zgłoszenia powinny być dokonywane w ciągu 14 dni od daty wyszczególnionych w tych ustawach czynności, na podstawie których ma nastąpić koncentracja. Termin ten jest zatem dłuższy od terminu przewidzianego w Ustawie Antymonopolowej, zgodnie z którą zgłoszenie zamiaru koncentracji winno nastąpić w przeciągu 7 dni od dokonania czynności wskazanej w ustawie. Sytuacja wygląda podobnie również w zakresie terminu zakończenia postępowania przez Prezesa UOKiK. Generalnie Ustawy Branżowe przewidują co prawda 2-miesięczny termin na zakończenie postępowania, jednakże w sytuacjach szczególnych termin ten ulega skróceniu odpowiednio do: (I) jednego miesiąca w przypadku złożenia wniosku KNUFE o zezwolenie na przejęcie zarządzania otwartym funduszem emerytalnym w związku z cofnięciem zezwolenia na utworzenie powszechnego towarzystwa, (II) 30 dni w przypadku zgłoszenia KPWiG zamiaru przejęcia zarządzania funduszem inwestycyjnym.

W tym przypadku należy stosować terminy określone w Ustawach Branżowych jako terminy wiążące dla stron w przypadku dokonania zamiaru

zgłoszenia na podstawie przesłanek zawartych w tych ustawach, zwłaszcza iż są to terminy bardziej korzystne dla zgłaszających.[62]

Ustawy Branżowe regulują również kwestię dokumentów, jakie powinny być dołączone do zgłoszenia o zamiarze koncentracji. Wydaje się jednak, iż załączenie tych dokumentów nie spełnia warunków zgłoszenia koncentracji, a jedynie stanowi uzupełnienie dokumentacji składanej na podstawie Ustawy Antymonopolowej. Zgodnie bowiem z art. 94 ust. 5 Ustawy Antymonopolowej, szczegółowe warunki, jakim powinno odpowiadać zgłoszenie zamiaru koncentracji, w tym wykaz informacji i dokumentów, jakie powinno ono zawierać, uwzględniając specyfikę działalności prowadzonej przez różne rodzaje przedsiębiorców, w tym instytucje finansowe, reguluje stosowne rozporządzenie – rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 3 kwietnia 2002 r. w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji przedsiębiorców („**Rozporządzenie w sprawie Zgłoszenia Zamiaru Koncentracji**"). Rozporządzenie to jest w swojej treści obszerne i obejmuje obowiązek podania przez wnioskodawcę szeregu informacji, które nie wynikają z dokumentów dołączanych zgodnie z Ustawami Branżowymi. Jednocześnie Ustawy Branżowe nakładają obowiązek odpowiedniego stosowania przepisów Ustawy Antymonopolowej do zgłoszeń zamiaru koncentracji dokonanych na ich podstawie. Dlatego też brak jest przesłanek dla ograniczenia zakresu informacji przedstawianych Prezesowi UOKiK poprzez niestosowanie Rozporządzenia w sprawie Zgłoszenia Zamiaru Koncentracji w tym zakresie.

Ostatnim z elementów analizy jest zakres badania zamiaru koncentracji dokonanego na podstawie przesłanek zawartych w Ustawach Branżowych. W takich przypadkach Prezes Urzędu może wydać decyzję zakazującą koncentracji, jeżeli towarzystwo inwestycyjne lub towarzystwo emerytalne w wyniku połączenia lub przejęcia zarządzania funduszem uzyskałoby lub umocniło pozycję dominującą na rynku. Analiza porównawcza przepisów Ustawy Antymonopolowej wskazuje, iż w odniesieniu do oceny koncentracji funduszy inwestycyjnych i emerytalnych brak jest wymogu istnienia dodatkowej przesłanki istotnego ograniczenia konkurencji dla możliwości wydania decyzji zakazującej koncentracji. Ustawa Antymonopolowa przewiduje bowiem, iż Prezes Urzędu co do zasady zakazuje koncentracji, jeżeli w jej wyniku powstanie lub umocni się pozycja dominująca na rynku, wskutek czego konkurencja na rynku zostanie istotnie ograniczona. Powstanie lub umocnienie się pozycji dominującej i istotne ograniczenie konkurencji wskutek takiego procesu są przesłankami, które muszą występować łącznie. Wydaje się jednak, iż błędne byłoby stwierdzenie, iż brak przesłanki istotnego ograniczenia konkurencji w odniesieniu do podstawy wydawania decyzji o zakazie koncentracji funduszy emerytalnych i inwestycyjnych oznacza brak konieczności badania i dowodzenia istotnego negatywnego wpływu koncentracji tych instytucji na konkurencję. Ograniczałoby to bowiem w istotny sposób praktykę gospodarczą. W tym zakresie przepisy Ustawy Antymonopolowej należałoby więc stosować

odpowiednio, co wynika przede wszystkim z funkcji Ustawy Antymonopolowej.

Na zakończenie warto zwrócić uwagę na fakt, iż w wyniku wejścia w życie Ustawy Antymonopolowej (1 kwietnia 2001 r.), która zastąpiła poprzednią wielokrotnie zmienianą ustawę z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie konsumentów, powstała niespójność regulacji polegająca na tym, iż zgodnie z przepisami Ustawy Antymonopolowej Prezes UOKiK w braku przesłanek do zakazu koncentracji wydaje zgodę na dokonanie takiej koncentracji, natomiast zgodnie z Ustawami Branżowymi jedynie zawiadamia zgłaszającego zamiar o braku zastrzeżeń (zapis taki funkcjonował poprzednio również w Ustawie Antymonopolowej). Wydaje się, iż niespójność przepisów w tym zakresie należy rozstrzygnąć na korzyść przepisów Ustawy Antymonopolowej. Zmiana dokonana w tej ustawie i wprowadzająca obowiązek wydania decyzji zezwalającej na koncentrację w miejsce zawiadomienia zgłaszającego zamiar o braku zastrzeżeń wynika m.in. z postulatów doktryny w tym zakresie i umożliwia zakończenie postępowania w sposób formalny w trybie KPA. Należy jednak zaznaczyć, iż z punktu widzenia analizy formalnej przepisów, może powstać wątpliwość w tym zakresie, tak więc wydaje się, że stosowna zmiana regulacji w Ustawach Branżowych, byłaby pożądana.

4.

Podsumowanie

Przeprowadzona analiza wskazuje, iż problematyka kontroli koncentracji instytucji finansowych jest w swoim przedmiocie bardzo szeroka i obejmuje swym zakresem wszelkie typy instytucji finansowych. Regulacje powyższych zagadnień znajdują się zarówno w ustawodawstwie wspólnotowym, jak i polskim. Należy jednakże zwrócić uwagę na fakt pewnej odrębności stosowania tych aktów w szczególności w odniesieniu do zakresu kontroli. Regulacje wspólnotowe odnoszą się bowiem do koncentracji o wymiarze wspólnotowym, natomiast nie odnoszą się do innych przypadków koncentracji, które mogą być uregulowane w prawodawstwie państw członkowskich. Koncepcja wymiaru wspólnotowego koncentracji wyznacza więc granicę pomiędzy jurysdykcją wspólnotową a krajową. Na chęć zachowania takiej odrębności wskazywać może również forma regulacji kontroli koncentracji przez WE, tj. zastosowanie formy rozporządzenia zamiast dyrektywy.

Orzecznictwo Komisji odnośnie kontroli koncentracji instytucji finansowych jest bardzo rozbudowane. Stanowi ono podstawę dla interpretacji przepisów Rozporządzenia w szczególności w zakresie określenia właściwych rynków produktowych i właściwych rynków geograficznych dla poszczególnych typów instytucji finansowych. Wprawdzie każdy z przypadków koncentracji rozpatrywany jest indywidualnie, jednakże Komisja kieruje się w ocenie dotychczasową praktyką stosując podziały, rozwiązania i definicje wykształcone w dotychczasowej praktyce. Ze względu na ogólny zakres niniejszego opracowania, w którym odnosimy się do różnych typów instytucji finansowych, szczegółowa analiza orzecznictwa pozwalająca na wyodrębnienie zasad stosowanych najczęściej przy określaniu właściwych rynków finansowych i właściwych rynków geograficznych nie jest możliwa. Podziały te kształtują się bowiem w różny sposób w zależności od typów instytucji finansowych, a w ramach tych typów w zależności od rodzajów działalności prowadzonych przez dane instytucje finansowe. Postaraliśmy się jednakże przedstawić przykłady różnych spraw, które mogą być traktowane jako podstawa do rozważań w tym zakresie.

W szczególności przedstawiliśmy podstawowy podział właściwych rynków produktowych stosowany dla banków, tj. podział na bankowość detaliczną,

bankowość korporacyjną i działalność związaną z rynkami finansowymi, a następnie podział zastosowany w zakresie podgrupy działalności bankowej traktowanej jako część działalności związanej z rynkami finansowymi, tj. bankowość inwestycyjną. Komisja przyjęła bowiem, iż dla bankowości inwestycyjnej rynkami produktowymi są: doradztwo w zakresie M&A, subemisja akcji, subemisja papierów dłużnych, transakcje papierami wartościowymi (akcje, papiery dłużne), instrumenty pochodne. Przedstawienie ww. podziału umożliwia prześledzenie, w pewnym zakresie, praktyki Komisji w odniesieniu do oceny koncentracji, która wskazuje, iż Komisja używając ukształtowanych narzędzi oceny koncentracji, dynamicznie dostosowuje je do danej sytuacji, przyjmując jako podstawę do oceny indywidualnie określony zakres działalności podmiotów uczestniczących w koncentracji. Wskazaliśmy również, iż dynamiczne podejście Komisji w zakresie oceny koncentracji nie odnosi się wyłącznie do rynków produktowych, lecz obejmuje również inne aspekty badania, np. właściwy rynek geograficzny.

W zakresie regulacji kontroli koncentracji na gruncie prawa polskiego uwagę zwraca w szczególności niespójna polityka w odniesieniu do instytucji finansowych. Polega ona, po pierwsze, na wyodrębnieniu przepisów antymonopolowych w odniesieniu do funduszy emerytalnych i inwestycyjnych, natomiast brak takiej regulacji w stosunku do banków czy też spółek ubezpieczeniowych. Dla takiego rozwiązania trudno jest znaleźć uzasadnienie, gdyż jakakolwiek różnica w podejściu do kontroli koncentracji instytucji finansowych powinna wynikać raczej ze specyfiki działalności prowadzonej przez te instytucje jako grupa, nie natomiast z działalności poszczególnych typów tych instytucji. Brak spójnego podejścia w tej kwestii stwarza szereg wątpliwości co do przesłanek kontroli w odniesieniu do tych instytucji i w konsekwencji wprowadza niepewność prawną co do stosowania tych przepisów. Należy również zwrócić uwagę na fakt, iż pomimo wyodrębnienia przepisów antymonopolowych w Ustawach Branżowych ustawodawca nie pokusił się o implementację rozwiązań europejskich w zakresie zastąpienia kryteriów obrotu innymi wskaźnikami, lepiej oddającymi pozycję rynkową funduszy emerytalnych (np. kryteria dochodu lub składki). Ograniczono się jedynie do wprowadzenia dodatkowych przesłanek dla kontroli koncentracji, co w połączeniu z modyfikacją trybu koncentracji wprowadzoną przepisami Ustaw Branżowych prowadzi do skomplikowania systemu kontroli.

PRZYPISY

1 W ramach niniejszego opracowania pominięte zostały kwestie kontroli koncentracji w świetle Traktatu Rzymskiego, a w szczególności art. 85 (obecnie 81) i 86 (obecnie 82) tegoż Traktatu. Co prawda bowiem do momentu wejścia w życie Rozporządzenia Nr 4064/89 próbowano stosować art. 85 (obecnie 81) i 86 (obecnie 82) Traktatu do kontroli koncentracji, jednakże ze względu na fakt, iż co do zasady żaden z tych przepisów (są to przepisy kartelowe), jak również innych przepisów Traktatu Rzymskiego nie był przewidziany do kontroli koncentracji, kontrola koncentracji na podstawie tych przepisów była mocno ograniczona. Stanowisko takie zostało wyrażone również w preambule do Rozporządzenia Nr 4064/89, w której Rada WE stwierdza m.in., iż ponieważ art. 85 i 86 Traktatu Rzymskiego, zgodnie z prawem precedensowym Trybunału Sprawiedliwości, mają zastosowanie jedynie do pewnych koncentracji, powinien być stworzony nowy instrument prawny w formie rozporządzenia, umożliwiający efektywne monitorowanie wszystkich koncentracji z punktu widzenia ich wpływu na strukturę konkurencji we Wspólnocie. Takie rozporządzenie byłoby jedynym instrumentem mającym zastosowanie do takich koncentracji. Obecnie pewne zastosowanie (zgodnie z nowelizacją Rozporządzenia Nr 4064/89 Rozporządzeniem Nr 1310/97, do kontroli koncentracji ma jedynie art. 85 (obecnie 81) Traktatu, jednakże ma on znaczenie wyłącznie co do kontroli koncentracji w wyniku tworzenia pełnofunkcyjnych wspólnych przedsięwzięć (full function co-operative joint ventures), w zakresie, w jakim powstanie takich wspólnych przedsiębiorstw skutkuje bezpośrednio znacznym ograniczeniem konkurencji pomiędzy przedsiębiorstwami, które pozostają samodzielne i to również w określonych sytuacjach.

2 Szerzej na ten temat A. Całus, System prawny Unii Europejskiej, Zarys Wykładu, Warszawa 1997, s. 26-27.

3 Taką def. połączenia dla potrzeb interpretacji pojęcia „łączenie" przyjmuje obwieszczenie Komisji dotyczące pojęcia „łączenie" w związku z Rozporządzeniem Rady EWG Nr 4064/89 w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw (Dz.Urz. WE 1994 C 385/5)

4 Mitsubishi Bank/Bank of Tokyo, sprawa Nr IV/M.596, decyzja Komisji z dnia 17 lipca 1995 r.

5 Travelers/Citicorp, sprawa Nr IV/M.1590, decyzja Komisji z dnia 23 czerwca 1998

6 Kyowa/Saitama, sprawa Nr IV/M.069, decyzja Komisji z dnia 7 marca 1991 r.

7 Merita/Nordbanken, sprawa Nr IV/M.1029, decyzja Komisji z dnia 10 grudnia 1997 r.

8 Sprawa Merita/Nordbanken jest również przykładem sprawy, w której Komisja przyjęła najczęściej stosowaną dla sektora bankowego definicję właściwych rynków produktowych dokonując generalnego podziału na bankowość detaliczną, bankowość korporacyjną i działalność związaną z rynkami finansowymi (podobnie np. w sprawie ING/BBL, sprawa Nr IV/M.1061). W ramach tego generalnego podziału w określonych sprawach Komisja stosuje czasami bardziej szczegółowe określenie właściwych rynków produktowych, np. w zakresie bankowości inwestycyjnej, która w ramach generalnego podziału wchodzi raczej w skład „działalności związanej z rynkami finansowymi" (patrz komentarz do sprawy Swiss Bank Corporation/S.G. Warburg).

9 Citigroup/Schroders, sprawa Nr COMP/M.1856, decyzja Komisji z dnia 29 marca 2000 r.

10 Sprawa Citigroup/Schroders jest o tyle ciekawa i warta szerszego omówienia, iż pokazuje że Komisja stale dostosowuje swoje badanie do dynamicznie rozwijającego się segmentu usług finansowych na przykładzie transakcji M&A w kontekście oceny właściwego rynku geograficznego. Tradycyjnie bowiem Komisja przyjmowała, iż ze względu na specyficzny charakter usług w zakresie doradztwa przy transakcjach M&A (konieczność znajomości lokalnego prawa handlowego, standardów rachunkowości czy tez reżimu prawnego), za właściwy rynek geograficzny przy ocenie koncentracji należy przyjmować rynek krajowy. W sprawie Citigroup/Schroders Komisja wskazała jednakże, iż w ostatnich latach rynek M&A uległ znacznym zmianą w wyniku których rosnącą rolę pełnią transakcje M&A o charakterze międzynarodowym, dla których wymagana jest obsługa ze strony duże międzynarodowe korporacje,. Z tego względu geograficzny rynek właściwy dla oceny koncentracji podmiotów doradzających przy transakcjach M&A powinien być określony jako co najmniej europejski, ewentualnie z wyjątkiem przypadków podmiotów doradzających w zakresie transakcji przeprowadzanych w słabszych gospodarczo krajach (smaller economies) głównie pomiędzy podmiotami krajowymi.

11 ING/DIBA, sprawa Nr COMP/M.2709, decyzja Komisji z dnia 22 lutego 2002 r.

12 GE Capital/Heller Financial, sprawa Nr Comp./M.2577, decyzja Komisji z dnia 23 października 2001 r.

13 Swiss Bank Corporation/S.G. Warburg, sprawa Nr IV/M.597, decyzja Komisji z dnia 28 czerwca 1995 r.

14 Sprawa Swiss Bank Corporation/S.G. Warburg jest przykładem sprawy, w której Komisja zdefiniowała właściwy rynek produktowy dla bankowości inwestycyjnej, którymi później posługiwała się w ocenie innych spraw, np. w przypadku sprawy Credit Suisse Group/Donald Lufkin&Jenrette (sprawa Nr Comp/M.2158, decyzja Komisji z dnia 9 października 2000 r.). Komisja przyjęła, iż dla bankowości inwestycyjnej rynkami takimi są: doradztwo w zakresie M&A, subemisja akcji, subemisja papierów dłużnych, transakcje papierami wartościowymi (akcje, papiery dłużne), instrumenty pochodne.

15 BNP/Dresdner Bank – Austrian JV, sprawa Nr IV/M.1340, decyzja Komisji z dnia 21 grudnia 1998 r.

16 Jest to sprawa o tyle ciekawa, iż utworzenie nowego przesięwzięcia dokonane zostało na podstawie umowy o współpracy pomiędzy BNP i Dresdner z 1993 r., która została poddana badaniu na podstawie art. 85(3)

(obecnie 81(3)) Traktatu, i zatwierdzona przez Komisję decyzja z 1996 r. (OJ L 188, 27/10/1996, str. 37). Podstawowym zadaniem nowego przedsięwzięcia miało być prowadzenie działalności jako spółka matka dla siedmiu banków w krajach Europy Środkowowschodniej utworzonych również jako joint venture przez BNP i Dresdner na podstawie ww. umowy o współpracy. Komisja uznała, iż zgłoszona koncentracja ma wymiar wspólnotowy, jednak nie zgłosiła zastrzeżeń do koncentracji zgodnie z art. 6(1)(b). Komisja nie badała już natomiast zgłoszenia pod kątem art. 2.4 Rozporządzenia, tj. utworzenia wspólnego przedsiębiorstwa w celu koordynacji zachowań konkurencyjnych przedsiębiorstw, które pozostają samodzielne ze względu na fakt, iż kwestia ta była już przedmiotem oceny w ramach badania ww. umowy o współpracę pomiędzy BNP i Dresdner.

17 Wynika to jednoznacznie z art. l i art. 21 ust. 2 Rozporządzenia

18 Art. l ust. 2-3 Rozporządzenie Nr 4064/89

19 Sposoby obliczania wielkości obrotów reguluje przede wszystkim art. 5 Rozporządzenia Nr 4064/89, natomiast rozwinięcie tekstu art. l i 5 zawiera obwieszczenie Komisji dotyczące sposobu obliczania obrotu w związku z Rozporządzeniem Rady Nr 4064/89 w sprawie kontroli przedsiębiorstw (Dz.Urz. WE 1994 C 385/21). Obwieszczenie to powstało w celu wyjaśnienia kwestii proceduralnych i praktycznych, które nastręczaj ą trudności lub wątpliwości przy stosowaniu art. l i 5 Rozporządzenia.

20 Stosowne pozycje dochodów wymienione są enumeratywnie w Rozporządzeniu i odnoszą się do dochodów określonych w Dyrektywie Rady 86/635/EWG z dnia 8 grudnia 1986 r. o sprawozdaniach rocznych i bilansach banków i innych instytucji finansowych. W szczególności są to: dochód z odsetek i podobne dochody, dochód z papierów wartościowych, należne prowizje, inne dochody operacyjne.

21 Art. 6, 8, 10, 18-20 Rozporządzenia Nr 4064/89

22 Art. 4 i 7 Rozporządzenia Nr 4064/89

23 Komisja wydała Rozporządzenie Nr 3384/94, z dnia 21 grudnia 1994 r. w sprawie zgłoszeń, terminów i składania wyjaśnień przewidzianych w Rozporządzeniu Rady EWG Nr 4064/89 w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw (Dz.Urz. WE 1994 L 377/1), w którym szczegółowo reguluje formę, zawartość i inne szczegóły zgłoszenia dokonywanego na podstawie art. 4 Rozporządzenia Nr 4064/89. Dodatkowo aneks do tego Rozporządzenia zawiera formularz zgłoszeniowy (Formularz CO), używany w przypadku zgłoszeń połączeń. Warto ponadto zaznaczyć, że zgodnie z art. 10 ust. l i 4 Rozporządzenia Nr 4064/89 firmy zgłaszające połączenie zobowiązane są do dostarczenia Komisji „kompletnych informacji". W przeciwnym wypadku nie musi ona dotrzymać terminów poszczególnych faz postępowania.

24 Art. 4 ust. 3 Rozporządzenia Nr 4064/89

25 Zgodnie z art. 7 ust. l decyzje te są wydawane na podst. art. 6 ust. l pkt b lub art. 8 ust. 2 lub na zasadzie domniemania zgodnie z art. 10 ust. 6 Rozporządzenia Nr 4064/89. Art. 6.ust. l pkt 2 dotyczy sytuacji, gdy co prawda Komisja stwierdza, że zgłoszone łączenie podlega zakresowi zastosowania Rozporządzenia Nr 4046/89, jednak nie stwarza ono poważnych wątpliwości co do jego zgodności ze Wspólnym Rynkiem. Komisja wydaje wtedy decyzję o niezgłoszeniu sprzeciwu i stwierdzeniu zgodności połączenia ze Wspólnym Rynkiem; Art. 8 ust. 2. stwierdza możliwość wydania przez Komisję decyzji uznającej łączenie za zgodne ze Wspólnym Rynkiem, jeżeli spełnione zostały przez przedsiębiorstwa uczestniczące w połączeniu określone przez Komisję warunki; art. 10 ust. 6 stwierdza, że jeżeli Komisja w wymaganym terminie (l miesiąc lub ewentualnie 6 tygodni w przypadkach, o których mowa w art. 9) nie podjęła żadnej decyzji, domniemywa się, że łączenie zostało uznane za zgodne ze Wspólnym Rynkiem.

26 Art. 7 ust. 5 Rozporządzenia Nr 4064/89 szerzej na ten temat: T. Skoczny, Kontrola połączeń przedsiębiorstw, Warszawa 1995, s. 41-42.

27 Art. 7 ust. 3 Rozporządzenia Nr 4046/89

28 Art. 7 ust. 2 Rozporządzenia Nr 4064/89

29 Art. 6 Rozporządzenia Nr 4064/89. Co do zasady Rozporządzenie ma pierwszeństwo przed prawem krajowym. Jednakże art. 9 ustanawia wyjątki od tej zasady, dając kompetencje Komisji do skierowania zgłoszonej do niej koncentracji do organów krajowych.

30 Art. 8 ust. l i art. 20 ust. l Rozporządzenia Nr 4064/89

31 Art. 10 ust. 6 Rozporządzenia Nr 4064/89

32 Art. 18 ust. l i 4 Rozporządzenia Nr 4064/89

33 Art. 18 ust. 3 Rozporządzenia Nr 4064/89

34 Art. 19 ust. 3 i 6 Rozporządzenia Nr 4064/89

35 Art. 2 ust. l zd. 2 Rozporządzenia Nr 4064/89

36 Szerzej na ten temat w: T. Skoczny, Kontrola połączeń..., jw., s. 49

37 Art. 8 i 9 Rozporządzenia Nr 4064/89

38 Art. 8 ust. 4 Rozporządzenia 4064/89

39 Tzn. rynku, który obejmuje obszar, na którym zaangażowane przedsiębiorstwa uczestniczą w grze rynkowej po stronie podaży lub popytu, na którym warunki konkurencji są wystarczająco homogeniczne i który odróżnia się od obszarów sąsiednich, w szczególności z powodu istnienia dostatecznie różnych warunków konkurencji.

40 Sprawa była rozpatrywana jeszcze przed nowelizacją Rozporządzenia, która miała miejsce w 1997 r. (Rozporządzeniem Nr 1310/97), które zmieniło sposób ustalania obrotu dla instytucji kredytowych. Przed nowelizacją generalnie stosowano zamiast obrotu: jedną dziesiątą łącznych aktywów lub jedną dziesiątą łącznych aktywów pomnożoną przez stosunek pomiędzy pożyczkami i zaliczkami udzielonymi instytucjom kredytowym i klientom w transakcjach z mieszkańcami Wspólnoty a łączną sumą tych zaliczek i pożyczek. Z kolei obecnie zamiast obrotów stosuje się sumę wymienionych w Rozporządzeniu pozycji dochodów instytucji kredytowych.

41 Dla przykładu, Komisja przyjęła, iż w zakresie doradztwa M&A, SGW jest wiodącym usługodawcą w Europie oraz prowadzi szeroką działalność na świecie (USA, Japonia, Singapur i Hongkong), natomiast SBC prowadzi usługi doradztwa M&A główne w Wielkie Brytanii i Włoszech oraz w pewnym zakresie w niektórych krajach Ameryki Łacińskiej i Europy Wschodniej. W związku z tym za właściwy rynek geograficzny uznane zostały kraje, w których zarówno SGW, jak i SBC prowadziły aktywną działalność w zakresie doradztwa M&A, tj. Wielka Brytania i Włochy. Określając procentowy udział w przyjętych właściwych rynkach geograficznych Komisja uznała, iż SGW jest wiodącym bankiem w zakresie omawianych usług (nie ujawniono procentowego udziału), natomiast SBC posiada udział w omawianych rynkach poniżej jednego procenta.

42 Dla poszczególnych właściwych rynków produktowych Komisja dostrzegała różne możliwości innej interpretacji właściwych rynków geograficznych, np. dla subemisji papierów wartościowych przyjęto jako zasadę rynek o wymiarze co najmniej europejskim, jeżeli nie światowym, z wyjątkiem transakcji dokonywanych na giełdach mających status rynku regulowanego (wtedy wymiar lokalny).

43 Wyjątek Finlandia i Irlandia, gdzie 15 proc. udział został nieznacznie przekroczony w 1999 r., Komisja uznała jednak, iż w tym zakresie pozycja zaangażowanych podmiotów nie jest stabilna ze względu na wysoką konkurencję i zależy przede wszystkim od liczby i wartości kontraktów.

44 Szczególnym przypadkiem jest umorzenie postępowania lub pozostawienie podania bez rozpoznania.

45 Stanowi to zmianę (postulowaną szeroko przez doktrynę) w stosunku do ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie konsumentów z 1990 r., w której to zgoda Prezesa UOKiK na łączenie miała formę zawiadomienia o braku zastrzeżeń.

46 Należy zwrócić uwagę na brak spójności konstrukcji przepisu art. 18 Ustawy Antymonopolowej w tym zakresie. Ust. 1 tegoż artykułu stwierdza bowiem, iż Prezes Urzędu w drodze decyzji wydaje zgodę na dokonanie koncentracji, jeżeli przedsiębiorcy spełnią nałożone na nich w trybie art. 18 ust. 2 obowiązki. Jednakże ostatnie zdanie ust. 2 art. 18 stwierdza wyraźnie, iż termin na spełnienie omawianych obowiązków określony powinien zostać w decyzji wydanej na podstawie art. 18 ust 1. Powoduje to powstanie błędu logicznego, gdyż z jednej strony wskazuje na możliwość wydania decyzji warunkowej, z drugiej strony zaś uzależnia wydanie decyzji od spełnienia warunku, a więc decyzja nie może być warunkowa (gdyż warunek nie będzie istniał).

47 Drugim rodzajem sankcji nie omawianym bliżej w niniejszym opracowaniu jest możliwość nakładania przez Prezesa UOKiK określonych w Ustawie Antymonopolowej kar pieniężnych (zarówno na przedsiębiorcę, jak i na osoby pełniące funkcje kierownicze lub wchodzące w skład organu zarządzającego przedsiębiorcy).

48 Odpowiednio art. 25-27 i art. 124 Prawa Bankowego.

49 Art. 124a Prawa Bankowego

50 Odpowiednio art. 117 i 122 Prawa Bankowego

51 W przypadku tworzenia bankowych grup kapitałowych również Ministra Finansów

52 Komisja Nadzoru Ubezpieczeń i Funduszy Emerytalnych sprawuje nadzór również w zakresie prowadzenia działalności ubezpieczeniowej, patrz 3.2.2.

53 Za podmiot związany w rozumieniu Ustawy o Funduszach Emerytalnych przyjmuje się w stosunku do danego podmiotu jednostkę dominującą, zależną lub stowarzyszoną w rozumieniu art. 3 ust 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości, jak również jednostkę zależną od jednostki dominującej w stosunku do tego podmiotu.

54 Odpowiednio art. 66-67 Ustawy o Funduszach Emerytalnych

55 W rozumieniu art. 121a Ustawy o Funduszach Inwestycyjnych

56 Za podmiot dominujący/zależny przyjmuje się w świetle Ustawy o Funduszach Inwestycyjnych podmioty dominujące/zależne w rozumieniu ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi.

57 Art. 19 Ustawy o Funduszach Inwestycyjnych

58 Art. 79 Ustawy o Funduszach Emerytalnych. Obowiązek zgłoszenia nie dotyczy przypadku przejęcia zarządzania otwartym funduszem w trybie art. 64 ust 2 Ustawy o Funduszach Emerytalnych, tj. w przypadku przymusowego przejęcia przez powszechne towarzystwo emerytalne o największej wartości aktywów netto zarządzania otwartym funduszem emerytalnym.

59 Co do zasady w ramach zasięgu mocy obowiązującej przepisów prawnych wyróżnia się kolizję norm prawnych w czasie i przestrzeni. W ramach zbiegu norm rozumianego w najszerszym tego słowa znaczeniu jako sytuacja, gdy do jednego i tego samego stanu faktycznego można zastosować więcej norm, można z kolei wyróżnić trzy przypadki: (I) ustawa wyraźnie przyznaje jednej ze zbiegających się norm pierwszeństwo, (II) pierwszeń-

stwo jednej z tych norm wynika z wzajemnego ich stosunku, (III) brak jest danych co do pierwszeństwa jednej z norm (tak A. Wolter, Prawo cywilne – zarys części ogólnej, Warszawa 1967, str. 76-86).

60 Stosunek *legis specialis* i *legis generalis* sprawdza się tylko, o ile sprawdza się paremia *lex specialis derogat legi generalis* – tak A. Wolter, Prawo cywilne – zarys części ogólnej, Warszawa 1967, str. 84.

61 Tym bardziej więc nie można doszukiwać się ewentualnej kolizji norm prawnych w czasie i przestrzeni.

62 Ustawa Antymonopolowa przewiduje przypadek jeszcze krótszego – bo 14-dniowego, terminu dla wydania decyzji jeżeli nabywane są akcje dopuszczone do publicznego obrotu jednakże termin ten nie obowiązuje w odniesieniu do funduszy inwestycyjnych i emerytalnych.