

Warszawa, 4 luty 2021 r.

Skutki skoordynowane koncentracji horyzontalnych - wybrane aspekty prawne.

Ekspertyza Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych WZ UW¹
autorstwa dr hab. Macieja Bernatta i dr hab. Agaty Jurkowskiej-Gomułki

Przedmiotem ekspertyzy jest prawna analiza wybranych problemów kontroli przez organ ochrony konkurencji koncentracji horyzontalnych wywierających skutki skoordynowane. Ramy prawne analizy stanowi unijny i polski system prawnej ochrony konkurencji (regulacje, praktyka decyzyjna i orzecznictwo). Ekspertyza jest wyrazem niezależnych badań naukowych prowadzonych przez autorów afiliowanych przy Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych WZ UW².

Celem niniejszej ekspertyzy jest odpowiedź na następujące pytania:

- 1) W jaki sposób w praktyce decyzyjnej organów ochrony konkurencji i w orzecznictwie definiowane są skutki skoordynowane koncentracji, powodujące istotne ograniczenie konkurencji w rozumieniu art. 18 uokik i art. 2 ust. 2 Rozporządzenia 139/2004?
- 2) Jaki standard dowodowy należy uznać za obowiązujący w decyzjach o zakazie koncentracji?
- 3) Jaka jest charakterystyka sądowej kontroli decyzji organu ochrony konkurencji zakazującej koncentracji?

Odpowiedź na powyższe pytania wymaga rozważań według poniższego planu:

¹ Ekspertyza została przygotowana na zamówienie kancelarii Greenberg Traurig Grzesiak sp.k.

² Autorzy dziękują Maciejowi Janikowi za pomoc w zakresie identyfikacji i analizy decyzji Komisji Europejskiej dot. skutków skoordynowanych.

I. Wstęp	2
II. Aksjologia prawa kontroli koncentracji.....	5
III. Przesłanki zakazu koncentracji horyzontalnych.....	8
1. Założenia testu SIEC w prawie UE i w prawie polskim	8
2. Elementy analizy wpływu koncentracji horyzontalnej na konkurencję	10
2.1. Struktura rynku a kolektywna dominacja.....	10
2.2. Test skutków skoordynowanych	15
2.3. Uwagi końcowe: skutki skoordynowane a zakaz koncentracji	26
IV. Standardy dowodowe w decyzjach zakazujących koncentracji	27
V. Sądowa kontrola decyzji zakazujących koncentracji	34
VI. Wnioski	38

I. Wstęp

Kontrola koncentracji jest jednym z elementów systemu prawnej ochrony konkurencji. Prawo ochrony konkurencji z jednej strony zakazuje praktyk ograniczających konkurencję (tj. porozumień ograniczających konkurencję i nadużywania (indywidualnej lub kolektywnej) pozycji dominującej), a z drugiej przewiduje administracyjną kontrolę łączenia się przedsiębiorców celem przeciwdziałania negatywnym dla konkurencji skutkom. W pierwszym przypadku organ ochrony konkurencji (np. Komisja Europejska czy Prezes UOKiK) dokonuje oceny *ex post* przestrzegania zakazu poprzez zbadanie, czy przedsiębiorcy dopuścili się praktyki ograniczającej konkurencję, natomiast w drugim przypadku organ ochrony konkurencji bada *ex ante*, jakie skutki dla konkurencji w przyszłości będzie miała planowana koncentracja. Od wyników badania *ex ante* zależy treść decyzji w sprawie zgłoszonej koncentracji - może to być zgoda bezwarunkowa, zgoda warunkowa lub zakaz koncentracji.

W Polsce system ochrony konkurencji przybrał taki kształt w latach 90-tych i był bezpośrednio inspirowany rozwiązaniami przyjętymi w Unii Europejskiej³ (przy czym w UE historycznie jako pierwsze - w postaci prawa pierwotnego (przepisy traktatowe) - ukształtowały się regulacje dotyczące antykonkurencyjnych praktyk, a dopiero następnie - w postaci prawa wtórnego – regulacje dotyczące kontroli koncentracji. Polskie prawo ochrony konkurencji budowane było

³ Zob. Marek Martyniszyn and Maciej Bernatt, 'Implementing a Competition Law System—Three Decades of Polish Experience' (2020) 8 Journal of Antitrust Enforcement 165, dostępny: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3391298

już na podstawie pełnego unijnego modelu prawnej ochrony konkurencji, tj. modelu składającego się z zakazu antykonkurencyjnych praktyk i prewencyjnej kontroli koncentracji. W szczególności uchwalenie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r.⁴ (której materialnoprawne przepisy zostały co do zasady powtórzone w obecnie obowiązującej ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów z 2007 r.⁵, dalej jako: uokik), a następnie uchwalenie noweli z 16 kwietnia 2004 r.⁶ stanowiło przejaw dostosowywania polskiego prawa konkurencji do prawa konkurencji UE, tak by kształt prawa polskiego odpowiadał wymogom prawa UE⁷. Jeżeli chodzi o kontrolę koncentracji, to obecnie obowiązujące przepisy materialnoprawne kontroli koncentracji (art. 18, art. 19 ust. 1, art. 20 ust. 1 uokik) stanowią odpowiednik przepisów prawa UE, tj. art. 2 ust. 2-3 Rozporządzenia 139/2004. Podkreślić należy, że ww. nowela z 2004 r. zmieniła test konkurencji oparty o dominację rynkową i wprowadziła do prawa polskiego regulację analogiczną do testu istotnego ograniczenia skutecznej konkurencji (*significant impediement of effective competition*), czyli tzw. test SIEC, określoną w art. 2 Rozporządzenia 139/2004. Obydwie regulacje weszły w życie w tym samym dniu – 1 maja 2004 r., tj. w momencie przystąpienia Polski do UE i obydwie wiązały się z rezygnacją z testu dominacji i zastąpieniem go testem istotnego ograniczenia konkurencji⁸. Mając to na uwadze, można mówić o tożsamości testu istotnego ograniczenia konkurencji w art. 18, art. 19 ust. 1, art. 20 ust. 1 uokik i w art. 2 ust. 2-3 Rozporządzenia 139/2004⁹. Powyższe potwierdzają także

⁴ Ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, tekst jedn. Dz. U. 2005 Nr 244, poz. 2080 ze zm.

⁵ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów konkurencji i konsumentów tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 1076 ze zm.; dalej jako uokik.

⁶ Dz. U. z 2004 r. Nr 93, poz. 891,

<https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU20040930891/T/D20040891L.pdf>.

⁷ Zob. T. Skoczny operujący terminem „dostosowywania” polskiego prawa koncentracji do standardów wspólnotowych, T. Skoczny, Przed Art. 13, Nb 4, w: *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, red. T. Skoczny, CH Beck, Warszawa 2009. Szerzej na temat procesu dostosowywania zob. T. Skoczny, w: *Wybrane problemy i obszary dostosowania prawa polskiego do prawa Unii Europejskiej*, red. P. Saganek, T. Skoczny, Monografie i Studia, Centrum Europejskie Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 1999, s. 137-238. Opis projektu noweli uokik z 2004 r. mówi o „wprowadzeniu przepisów regulujących prawo antymonopolowe zgodnie z nowym europejskim systemem ochrony konkurencji”, <http://orka.sejm.gov.pl/proc4.nsf/0/8A5BFB1A471EE2BEC12570C700301324?OpenDocument>

⁸ Zob. więcej T. Skoczny, Przed Art. 13, Nb 4, w: *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, red. T. Skoczny, CH Beck, Warszawa 2009.

⁹ W literaturze na ten temat zob. M. Błachucki *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców*, Warszawa 2012, s. 106; M. Bychowska, *Ocena przesłanki istotności ograniczenia konkurencji w kontekście definiowania rynków właściwych w orzecznictwie dotyczącym kontroli koncentracji przedsiębiorców*, Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2018, nr 3(7), str. 111. Ł. Kryskiewicz, „Cele prewencyjnej kontroli koncentracji”, Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2018, nr 3(7), str. 46; E. Stawicki, Komentarz do art. 18 uokk [w:] Stawicki Aleksander (red.), Stawicki Edward (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, wyd. II, Warszawa 2016; T. Skoczny, „Stosowanie wspólnotowych reguł konkurencji – także w Polsce – po 1 maja 2004 r. (w świetle wspólnotowych rozporządzeń nr 1/2003 i 139/2004 oraz nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2004 r.)”, Kwartalnik Prawa Publicznego 2004, nr 2, str. 155. Zob. też OECD, The standard for merger review, with a particular emphasis

opinie doktryny wskazujące na „daleko idącą zbieżność polskich i wspólnotowych reguł prewencyjnej kontroli koncentracji”¹⁰. Zauważyć też należy, że choć Rozporządzenie 139/2004 – inaczej niż przepisy prawa UE dotyczące praktyk ograniczających konkurencję (tj. art. 101-102 TFUE) – nie podlega stosowaniu przez Prezesa UOKiK, to prawo UE przewiduje bieżącą współpracę Komisji Europejskiej i krajowych organów ochrony konkurencji, łącznie z możliwością przekazania koncentracji mających wymiar unijny (wspólnotowy) do krajowych organów ochrony konkurencji¹¹. Mechanizm przekazywania badania koncentracji do krajowego organu ochrony konkurencji zakłada, że analiza koncentracji na poziomie krajowym dokonywana jest według tych samych zasad, jakie w takiej analizie stosuje Komisja, oceniając skutki koncentracji dla wspólnego rynku, organ krajowy podejmuje zaś „środki bezwzględnie konieczne dla zapewnienia lub przywrócenia skutecznej konkurencji na danym rynku” (art. 9 ust. 9 Rozporządzenia 139/2004), stanowiącym však część wspólnego rynku. Powierzenie zaś Komisji Europejskiej zadania kontroli koncentracji mających wymiar unijny jest wyborem uzasadnionym potrzebą stworzenia systemu przyjaznego przedsiębiorcom, w którym koncentracja spełniająca progi unijne nie musi być zgłaszana do kilku organów ochrony konkurencji (system *one stop shop*)¹².

Konsekwencją powyższego jest potrzeba dążenia do jednolitej interpretacji przepisów Rozporządzenia 139/2004 oraz przedmiotowo tożsamyh przepisów prawa polskiego regulujących kontrolę koncentracji¹³. Uzasadnia to uwzględnianie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE oraz praktyki decyzyjnej Komisji Europejskiej dotyczących testu SIEC przy dokonywaniu wykładni ww. przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

on country experience with the change of merger review standard from the dominance test to the SLC/SIEC test, DAF/COMP(2009)21, str. 156.

¹⁰ T. Skoczny, Przed Art. 13, Nb 5, w: *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, red. T. Skoczny, CH Beck, Warszawa 2009.

¹¹ Zob. w polskiej literaturze S. Dudzik, I. Wolters Kluwer, Warszaw 2010; A. Jurkowska-Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne reguły konkurencji Unii Europejskiej*, Warszawa 2010, s. XXIV-133-136.

¹² Zob. pkt 12 Preambuły do Rozporządzenia 139/2004.

¹³ Na potrzebę taką wskazuje orzecznictwo TSUE. W pkt 30 wyroku w sprawie C-633/16, *Ernst & Young*, ECLI:EU:C:2018:371, dotyczącej wykładni duńskich przepisów kontroli koncentracji, TSUE wskazał że celem uniknięcia przyszłych rozbieżności w wykładni **przepisy prawa krajowego lub pojęcia przejęte do porządku krajowego z prawa UE powinny być interpretowane w sposób jednolity**. Uzasadnieniem dla dokonania przez TSUE wykładni przepisów prawa duńskiego, było – pomimo odmienności w ich literalnym brzmieniu – ustalenie, że (1) zamiarem ustawodawcy duńskiego było zharmonizowanie krajowego prawa konkurencji w zakresie kontroli koncentracji z prawem UE, (2) przepisy prawa duńskiego zakazujące zawierania wszelkich transakcji związanych z koncentracją przed wydaniem przez organ ochrony konkurencji zgody na koncentrację, wprowadzają zakaz „co do zasady identyczny” z zakazem przewidzianym w art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 oraz (3) przyjęcie przez sąd krajowy, że prawo krajowe powinno być interpretowane w świetle orzecznictwa TSUE (zob. pkt 33-34 wyroku). Por. T. Skoczny, „Stosowanie wspólnotowych reguł konkurencji – także w Polsce – po 1 maja 2004 r. (w świetle wspólnotowych rozporządzeń nr 1/2003 i 139/2004 oraz nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2004 r.)”, *Kwartalnik Prawa Publicznego* 2004, nr 2, s. 155.

regulujących test istotnego ograniczenia konkurencji. Za przyjęciem takiego podejścia przemawia też praktyka Prezesa UOKiK, który w decyzji dotyczącej kolektywnej pozycji dominującej na polskim rynku telekomunikacyjnym bezpośrednio zastosował standardy wypracowane w orzecznictwa TSUE w wyrokach w sprawach z zakresu kontroli koncentracji¹⁴.

II. Aksjologia prawa kontroli koncentracji

System kontroli koncentracji opiera się na pewnych założeniach aksjologicznych, które kształtują nie tylko literę prawa, ale i praktykę jego stosowania. Jak wskazano wyżej kontrola koncentracji jest drugim obok zakazu praktyk ograniczających konkurencję filarem systemu ochrony konkurencji. Zakaz praktyk ograniczających konkurencję i kontrola koncentracji służą (temu samemu) interesowi publicznemu w ochronie konkurencji¹⁵. W polskim orzecznictwie antymonopolowym od wielu lat dominuje jakościowe (efektywnościowe/funkcjonalne) podejście do definiowania interesu publicznego¹⁶ - rozumiany jest on jako ochrona istnienia „mechanizmu konkurencji jako optymalnego sposobu podziału dóbr w społecznej gospodarce rynkowej” (wyr. SN z 5.06.2008 r., III SK 40/07), czy jako „procesu rywalizacji niezależnych przedsiębiorstw, który prowadzi do podniesienia dobrobytu konsumentów” (wyr. SN z 19.10.2006 r., III SK 15/06). Podejście to, koncentrujące się na maksymalizowaniu efektywności gospodarczej, zastąpiło dominujące na gruncie ustawy antymonopolowej z 1990 r. podejście ilościowe (strukturalne) do ochrony konkurencji w interesie publicznym oznaczające wolność podejmowania działalności gospodarczej i zapewnienie dostępu do rynku każdemu z konkurentów¹⁷. Mimo tej widocznej w orzecznictwie i doktrynie reorientacji paradygmatu interesu publicznego, wynikającej z przyjęcia aksjologii prawa unijnego, w orzecznictwie krajowego organu ochrony konkurencji można odnotować decyzje, odbiegające od podejścia efektywnościowego, których ciężar gatunkowy spoczywa na ochronie i

¹⁴ Zob. Decyzja Prezesa UOKiK z 2 stycznia 2018 r., DOK-1/2018, s. 114 i n. decyzja do pobrania: [https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/43104c28a7a1be23c1257eac006d8dd4/7a6fbd0ccbd1979fc125823300305b2d/\\$FILE/2018_01_02_DOK2-411-1-13_decyzja%20%5BWERSJA%20JAWNA%5D.pdf](https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/43104c28a7a1be23c1257eac006d8dd4/7a6fbd0ccbd1979fc125823300305b2d/$FILE/2018_01_02_DOK2-411-1-13_decyzja%20%5BWERSJA%20JAWNA%5D.pdf)

¹⁵ Zob. w odniesieniu do art. 1 uokik M. Bernatt, A. Jurkowska-Gomułka, T. Skoczny, *Podstawy i zakres publicznoprawnej ochrony konkurencji*, w: *System prawa prywatnego, Prawo konkurencji*, t. 15, M. Kępiński (red.), C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2013, s. 722.

¹⁶ Zob. A. Jurkowska-Gomułka, *Interes publiczny a prywatne egzekwowanie reguł konkurencji*, [w:] T. Skoczny (red.), *Prawo konkurencji. 25 lat*, Warszawa 2016, s. 151-154.

¹⁷ Zob. D. Miąsik, T. Skoczny, [w:] T. Skoczny, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 40-44; M. Kępiński, *Pojęcie i systematyka prawa konkurencji*, [w:] *System prawa prywatnego* ..., s. 3; T. Skoczny, *Zgody szczególne w prawie kontroli koncentracji*, Warszawa 2012, s. 15.

zapewnieniu zachowania dotychczasowej struktury rynku i ochrony przed marginalizacją konkurentów, nie zaś na zapewnieniu efektywności konkurowania¹⁸.

Ochrona interesu publicznego w ochronie konkurencji (art. 1 uokik) wpisuje się w założenia systemu społecznej gospodarki rynkowej (art. 20 Konstytucji RP)¹⁹, którego elementem jest konkurencja rynkowa, i może być przesłanką – po spełnieniu konstytucyjnego testu proporcjonalności – ograniczenia wolności działalności gospodarczej. Bezsprzeczne jest, że regulacja zakazu praktyk ograniczających konkurencję i kontroli koncentracji taka jak ta zawarta w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów taki test proporcjonalności spełnia²⁰.

Równocześnie jednak występują istotne różnice w sposobie uregulowania zakazu praktyk ograniczających konkurencję oraz kontroli koncentracji (dotyczy to tak prawa UE jak i prawa polskiego), które świadczą o aksjologicznych różnicach. Otóż praktyki ograniczające konkurencję są przez prawo zakazane (najcięższe z nich, kartele, traktowane są w niektórych systemach prawnych nawet jako przestępstwa). Natomiast koncentracje (łączenia się przedsiębiorców) nie są przez prawo zakazane i stanowią przejaw przysługującej konstytucyjnie przedsiębiorcom wolności działalności gospodarczej²¹, rozumianej w sensie pozytywnym także jako prawo do podejmowania przez przedsiębiorców operacji gospodarczych prowadzących do zewnętrznego wzrostu. Również Prezes UOKiK daje wyraz przekonaniu, że „Dążenie do wzmocnienia pozycji rynkowej jest naturalnym zachowaniem przedsiębiorców i dokonywać się może w drodze działań indywidualnych, jak np. przejmowanie kontroli nad konkurentami, lub też może przyjąć postać działań skoordynowanych z innymi uczestnikami rynku. Polegać mogą one w szczególności na operacjach o charakterze strukturalnym (fuzje) lub na wchodzeniu w mniej trwałe relacje umowne z innymi przedsiębiorcami (działania niestrukturalne)”²². Ustawa o ochronie

¹⁸ Zob. dec. DKK-1/2021, *Agora/Eurozet*, s. 43, gdzie organ antymonopolowy stwierdza: „Podkreślić należy, że marginalizacja pozostałych uczestników rynku stanowi jedno z kluczowych zagrożeń, jakie pojawić się mogą dla konkurencji”.

¹⁹ Zob. stanowisko SN z wyr. z 31.05.2017 r., III SK 36/16: „W demokratycznym państwie prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej, którego ustrój gospodarczy opiera się na modelu społecznej gospodarki rynkowej, zapewnieniu wolności gospodarczej, własności prywatnej oraz ochronie konsumentów, prawo ochrony konkurencji jest jednym z najważniejszych, a jednocześnie mniej inwazyjnych od prawa regulacyjnego, instrumentów prawnych służących zapewnieniu realizacji wymienionych powyżej podstaw ustroju ekonomicznego”.

²⁰ Zob. M. Bernatt, A. Jurkowska-Gomułka, T. Skoczny, *Podstawy i zakres publicznoprawnej...*, s. 724.

²¹ Zob. w literaturze M. Błachucki *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców*, Warszawa 2012, str. 50; A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law. Text, Cases and Materials*, Oxford UP 2016, str. 1085; Ł. Kryśkiewicz, *Cele prewencyjnej kontroli koncentracji*, Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2018, nr 3(7), str. 42; D. Turner, *Conglomerate Mergers and Section 7 of the Clayton Act*, (1965) 78 *Harvard Law Review*, 1313, 1317.

²² Dec. Prezesa UOKiK z 12.12.2005 r., DOK-159/2005.

konkurencji i konsumentów ogranicza wolność poprzez wprowadzenie obowiązku zgłaszania organowi ochrony konkurencji planowanej koncentracji (nie zaś poprzez ustawowe zakazanie koncentracji) i braku możliwości jej sfinalizowania do czasu uzyskania zgody organu antymonopolowego. Po zbadaniu zgłoszonej koncentracji organ ma zasadniczo trzy możliwości: może wyrazić zgodę na koncentrację (brak istotnego ograniczenia konkurencji przez zgłoszoną koncentrację), może wyrazić warunkową zgodę na koncentrację (tj. wyrazić zgodę nakładając na przedsiębiorcę obowiązek spełnienia zobowiązań eliminujących ryzyko istotnego ograniczenia konkurencji) albo zakazać koncentracji (gdy zagraża ona w sposób istotny konkurencję). Kolejność (sekwencja) tych możliwości²³ nie jest przypadkowa i wpisuje się w klasyczne rozumienie zasady proporcjonalności: działający w interesie publicznym (ochrona konkurencji) organ administracji publicznej państwa (organ ochrony konkurencji) ogranicza wolność (działalności gospodarczej) tylko w takim stopniu jaki jest niezbędny do realizacji interesu publicznego (ochrony konkurencji), posługując się – w ramach zestawu dostępnych środków służących realizacji tego interesu publicznego – środkami ograniczającymi wolność (działalności gospodarczej) w najmniejszym stopniu²⁴. Zakazanie przez organ ochrony konkurencji koncentracji jest więc możliwe wtedy, gdy interes publiczny w ochronie konkurencji nie może być zrealizowany (skutecznie chroniony) poprzez wydanie zgody warunkowej, która ograniczając – celem ochrony konkurencji – wolność działalności gospodarczej, czyni to w mniejszym stopniu niż decyzja zakazująca kontroli koncentracji²⁵. Równocześnie wyjściową przesłanką zakazania przez organ koncentracji musi być dowiedzenie (według ugruntowanych standardów dowodzenia skutków koncentracji), że planowana koncentracja istotnie ograniczy konkurencję (zob. pkt III poniżej). Tylko bowiem w takim przypadku występują w ramach systemu kontroli koncentracji podstawy do ograniczenia wolności działalności gospodarczej. Podejmowanie decyzji w sprawie koncentracji przez organ antymonopolowy oznacza bowiem ważenie interesu publicznego, polegającego na ochronie funkcjonalnie rozumianej konkurencji, służącej dobrobytowi konsumentów oraz realizacji przez przedsiębiorców ich celów gospodarczych²⁶. Komisja Europejska podkreśla, że w procedurze kontroli koncentracji „zapobiega takim połączeniom,

²³ Zob. odpowiednio art. 18, art. 19 i 20 uokik.

²⁴ Dostrzec należy, że praktyka organów antymonopolowych taką sekwencję w istocie realizuje – w praktyce zdecydowanie przeważają decyzje wyrażające zgodę na koncentrację; w sytuacji zaś gdy występują związane z koncentracją zagrożenia dla konkurencji organy częścię wydają decyzje warunkowe niż decyzje zakazowe.

²⁵ Taki pogląd jest powszechny w polskiej doktrynie - zob. T. Skoczny, *Zgody szczególne*..., s. 277; C. Banasiński, *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym*, Warszawa 2015, s. 410; M. Szwał, W. Podlasin, *Warunkowa zgoda na dokonanie koncentracji w świetle zasady proporcjonalności*, [w:] *Wyzwania dla ochrony konkurencji i regulacji rynku. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Skocznemu*, Warszawa 2017, s. 209.

²⁶ M. Szwał, W. Podlasin, *Warunkowa zgoda*, s. 209.

które mogłyby pozbawić klientów tych korzyści poprzez znaczne wzmocnienie siły rynkowej przedsiębiorstw”, przy czym wzmocnienie siły rynkowej jest rozumiane przez Komisję jako uzyskanie wskutek koncentracji zdolności do zmniejszania produkcji, wyboru lub jakości produktów i usług, zmniejszania innowacyjności i wpływania w inny sposób na parametry (skutecznej) konkurencji (pkt I.8 Wytycznych KE w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw²⁷).

III. Przesłanki zakazu koncentracji horyzontalnych

1. Założenia testu SIEC w prawie UE i w prawie polskim

Test istotnego ograniczenia skutecznej konkurencji (ang. *Significant Impediment of Effective Competition*, dalej: test SIEC) został wprowadzony do prawa kontroli koncentracji UE Rozporządzeniem 139/2004. Jego wprowadzenie było rezultatem obaw, że dotychczasowy test dominacji rynkowej, na którym bazowało pierwsza unijna regulacja koncentracji, tj. Rozporządzenie 4064/89, może nie obejmować wszystkich scenariuszy związanych z antykonkurencyjnymi skutkami koncentracji notyfikowanych Komisji Europejskiej: możliwości wystąpienia – po dokonaniu koncentracji – skutków nieskoordynowanych wiążących się na przykład ze wzrostem cen, pomimo braku powstania lub umocnienia się na rynku jednostronnej lub kolektywnej pozycji dominującej²⁸. Na takie uzasadnienie wskazuje pkt 25 preambuły do Rozporządzenia 139/2004. Stwierdza się tam m.in., że zwrot „znacząca przeszkoda w skutecznej konkurencji” w art. 2 ust. 2 i 3 powinien być interpretowany „jako wykraczający poza pojęcie dominacji jedynie odnośnie antykonkurencyjnych skutków koncentracji, wynikających z nieskoordynowanych zachowań przedsiębiorstw, które nie

²⁷ Dalej jako: Wytyczne KE. Soft law KE, takie jak przedmiotowe Wytyczne UE mają istotny walor w prawie UE. Są bowiem odzwierciedleniem orzecznictwa sądów UE oraz praktyki decyzyjnej Komisji; wytyczne poza walorem informacyjnym budują wśród podmiotów na rynku oczekiwania, że Komisja będzie stosować się do standardów określonych w wytycznych (samozwiązanie wytycznymi). W Wytycznych KE w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw wyraźnie wskazuje na to pkt 6.6. O takiej roli *soft law* KE w ogólności świadczy też orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE, gdzie podkreśla się, że wytyczne można postrzegać jako źródło normy postępowania Komisji i wskazówki dla jej praktyki, od której Komisja nie może odstąpić w konkretnym przypadku bez podania powodów, zob. wyrok TS z 18.05.2006 r. w sprawie C-397/03 P, *Archer Daniels Midland Co.*, pkt 91, EU:C:2006:328, pkt 91.

²⁸ Zob. też R. Whish, D. Bailey, *Competition Law*, 9th Ed, 2018, s. 883 oraz A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law*, 4th Ed. 2011. s. 907. Są to tzw. gap cases. W polskiej literaturze T. Skoczny zauważa, że test SIEC pozwala „dokonać pogłębionej analizy ekonomicznej efektów koncentracji także na rynkach oligopolistycznych, na których często nie dochodzi do stworzenia lub wzmocnienia indywidualnej pozycji dominującej (podstawowego efektu jednostronnego), natomiast mogą występować inne - niż jednostronne (nieskoordynowane) - negatywne skutki dla konkurencji”. T. Skoczny, *Zgody szczególne...*, s. 25.

miałyby pozycji dominującej na rynku”²⁹. Równocześnie, przyjęcie w art. 2 ust. 2-3 Rozporządzenia 139/2004, testu istotnego ograniczenia skutecznej konkurencji z dookreśleniem, że owo ograniczenie polega w szczególności na powstaniu lub umocnieniu pozycji dominującej, pozwalało zachować dotychczasowy dorobek orzecznicy związany ze stosowaniem starego testu dominacji z Rozporządzenia 4064/89 w zakresie dotyczącym skutków jednostronnych (powstanie lub umocnienie pozycji dominującej jednego przedsiębiorcy) i skutków skoordynowanych (wynikających z kolektywnej pozycji dominującej)³⁰. Oznacza to także to, że badanie – istotnych dla przedmiotu niniejszej Ekspertyzy - skutków skoordynowanych odbywa się nadal w ramach testu dominacji. Uwzględniając okoliczności wskazane we Wstępie powyżej, przyjąć należy, że identyczne powody stały za jakościową zmianą analogicznego testu konkurencji w prawie polskim. W Uzasadnieniu do projektu noweli uokik z 2004 r. wskazano: „proponuje się zmianę formułowania kryterium, wg którego Prezes UOKiK będzie dokonywał oceny zgłoszonych koncentracji – przejście z tzw. testu dominacji na tzw. test istotnego ograniczenia konkurencji. Oznacza to, że w razie przyjęcia proponowanej zmiany organ antymonopolowy będzie badał czy planowana koncentracja nie spowoduje na rynku istotnego ograniczenia konkurencji, czego przejawem może być m.in. powstanie lub umocnienie się pozycji dominującej na rynku”³¹.

W praktyce skutki jednostronne związane z powstaniem lub umocnieniem indywidualnej lub kolektywnej pozycji dominującej są najczęstszą podstawą do stwierdzenia, iż koncentracja powoduje znaczne ograniczenie skutecznej konkurencji³², a w konsekwencji - najczęstszym powodem zakazywania przez Komisję Europejską koncentracji³³. Także w Polsce dorobek orzecznicy w obszarze kontroli koncentracji dotyczy głównie skutków jednostronnych. Świadczą o tym choćby wydane w 2012 r., podsumowujące praktykę decyzyjną organu, Wyjaśnienia dotyczące oceny przez Prezesa UOKiK zgłaszanych koncentracji (dalej jako

²⁹ Zob. też T. Skoczny, *Zgody szczególne...*, s. 25.

³⁰ Zob. więcej A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law*, 4th Ed. 2011. s. 908.

³¹ Uzasadnienie do projektu noweli uokik z 2004 r. stwierdza: „proponuje się zmianę formułowania kryterium, wg którego Prezes UOKiK będzie dokonywał oceny zgłoszonych koncentracji – przejście z tzw. testu dominacji na tzw. test istotnego ograniczenia konkurencji. Oznacza to, że w razie przyjęcia proponowanej zmiany organ antymonopolowy będzie badał czy planowana koncentracja nie spowoduje na rynku istotnego ograniczenia konkurencji, czego przejawem może być m.in. powstanie lub umocnienie się pozycji dominującej na rynku (obecnie bada się w pierwszej kolejności tę ostatnią przesłankę i dopiero jej spełnienie może być powodem zakazania antykonkurencyjnej koncentracji)”, zob. <http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/druk?OpenAgent&2561>

³² Zob. Wytyczne KE w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (2004/C 31/03): „Stworzenie lub umocnienie pozycji dominującej pojedynczego przedsiębiorstwa w wyniku połączenia jest najczęstszą podstawą do stwierdzenia, iż koncentracja powoduje znaczne utrudnienie skutecznej konkurencji” (pkt I.4).

³³ Por. w tym kontekście także pkt 26 Rozporządzenia 139/2004, w którym stwierdzono, że znaczące ograniczenie (przeszkoda) skutecznej konkurencji „z zasady wynika z tworzenia lub umacniania pozycji dominującej”.

Wyjaśnienia PrUOKiK)³⁴, które koncentrują się na skutkach jednostronnych koncentracji związanych z powstaniem lub umocnieniem pozycji dominującej³⁵, a jedynie zdawkowo odnoszą się do skutków skoordynowanych i nieskoordynowanych. Także dotychczasowe nieliczne przypadki zakazania koncentracji przez Prezesa UOKiK – z wyjątkiem decyzji w sprawie *Agora/Eurozet* – wynikały wyłącznie ze stwierdzenia przez Prezesa UOKiK skutków jednostronnych, choć jednocześnie trzeba wyróżnić decyzję Prezesa UOKiK z 2018 r. (DOK-1/2018), która dotyczyła co prawda kolektywnej pozycji dominującej w kontekście antykonkurencyjnego nadużywania siły rynkowej, ale organ z powodzeniem zastosował w niej test milczącej koordynacji wypracowany w UE na gruncie spraw koncentracji wywierających skutki skoordynowane. Dotychczasowa praktyka decyzyjna Prezesa UOKiK nie zmienia faktu, że w ramach testu SIEC ocenie mogą podlegać także skutki skoordynowane związane z kolektywną pozycją dominującą (tzw. koncepcja milczącej zmowy/koordynacji)³⁶ i że organ antymonopolowy jest uprawniony do wydania decyzji zakazowej w związku ze stwierdzeniem, że koncentracja wywrze skutki skoordynowane, które spowodują istotne ograniczenie skutecznej konkurencji³⁷. W odniesieniu do kolektywnej pozycji dominującej i skutków skoordynowanych w orzecznictwie unijnym wypracowane jednak zostały, a w praktyce orzeczniczej Prezesa UOKiK powtórzone³⁸, rygorystyczne warunki, które muszą być spełnione (i wykazane przez organ antymonopolowy), by organ ten mógł stwierdzić, że na rynku powstanie kolektywna pozycja dominująca i wystąpią skutki skoordynowane. Warunki te zostaną szczegółowo przedstawione w pkt 2.2. Ekspertyzy.

2. Elementy analizy wpływu koncentracji horyzontalnej na konkurencję

2.1. Struktura rynku a kolektywna dominacja

Analizując skutki planowanej koncentracji, organy ochrony konkurencji w pierwszej kolejności jako punkt odniesienia dla oceny skutków koncentracji biorą pod uwagę istniejące warunki konkurencji, choć w szczególnych wypadkach uwzględnia się również przewidywane (dające

³⁴ Wyjaśnienia mają status tzw. miękkiego prawa (*soft law*), są upublicznione na stronie www.uokik.gov.pl oraz podlegały publikacji w Dzienniku Urzędowym Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Jak wynika z treści Wprowadzenia do Wyjaśnień, ich celem było zwiększenie przejrzystości działania, zwiększenie pewności prawnej po stronie przedsiębiorców poprzez przedstawienie najistotniejszych elementów branż pod uwagę przez UOKiK w merytorycznej analizie zgłoszenia koncentracji, w tym w zakresie oceny wpływu koncentracji na rynek.

³⁵ Skutkom skoordynowanym poświęcone są zaledwie dwie strony Wyjaśnień UOKiK, zob. s. 55-56.

³⁶ Jak i wymienione już wyżej skutki nieskoordynowane.

³⁷ Zob. np. decyzję Komisji Europejskiej w sprawie *Gencor/Lornho* i wyr. SPI z 25.03.1999 r. T-102/96 *Gencor v. Komisja*, ECLI:EU:T:1999:65

³⁸ Zob. ww. decyzję DOK-1/2018.

się przewidzieć) zmiany na rynku, w tym możliwość wyjścia/wejścia przedsiębiorców (pkt II.9 Wytycznych KE).

Udział w rynku jest bazowym kryterium oceny koncentracji. W Wytycznych Komisja przedstawia pewną gradację sytuacji, w jakich określony poziom udziału w rynku pozwala na stwierdzenie powstania lub wzmocnienia pozycji dominującej (efekty jednostronne koncentracji), a w konsekwencji istotnego ograniczenia konkurencji. Jeśli przedsiębiorca powstający wskutek koncentracji posiadałby co najmniej 50% udział w rynku właściwym, istotne ograniczenie konkurencji jest wysoce prawdopodobne. Z kolei udział w rynku nowokreowanego podmiotu na poziomie 40-50% niesie już mniejsze prawdopodobieństwo wystąpienia istotnego ograniczenia konkurencji z tytułu powstania lub wzmocnienia dominacji rynkowej, natomiast udział w rynku poniżej 40% jedynie incydentalnie może prowadzić do stworzenia lub wzmocnienia pozycji dominującej (pkt III.17 Wytycznych KE). Warto odnotować, że Komisja stwierdza, że udział przedsiębiorców uczestniczących w rynku na poziomie poniżej 25% predestynuje uznanie koncentracji za zgodną ze wspólnym rynkiem, wskazując tym samym, że udział w rynku na poziomie 25% jest bezpiecznym dla konkurencji progiem zmiany struktury rynku (pkt III.18 Wytycznych KE). Również rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw w pkt. 32 Preambuły przewiduje takie samo podejście, zakładając, że: *„Koncentracje, które ze względu na ograniczony udział w rynku zainteresowanych przedsiębiorstw nie przeszkadzają w skutecznej konkurencji, mogą zostać uznane za zgodne ze wspólnym rynkiem. Bez uszczerbku dla art. 85 i 86 Traktatu sytuacja taka zachodzi w szczególności, gdy udział w rynku zainteresowanych przedsiębiorstw nie przekracza 25 % ani na wspólnym rynku, ani na znacznej jego części”*.

Orzecznictwo europejskie jednoznacznie przesądziło jednak (jeszcze przed zmianą testu kontroli koncentracji i upriorytetowaniem testu SIEC), że przepisy o kontroli koncentracji mogą być stosowane nie tylko w odniesieniu do powstania lub wzmocnienia indywidualnej pozycji dominującej (efekty jednostronne koncentracji), ale także „do przypadków, w których koncentracja prowadzi do stworzenia lub umocnienia zbiorowej pozycji dominującej, to znaczy pozycji dominującej zajmowanej przez strony koncentracji wraz z jednym lub kilkoma przedsiębiorstwami trzecimi” (wyr. *Gencor*, pkt 125).

Kolektywna dominacja (dominacja oligopolistyczna) powstająca na rynkach skoncentrowanych (oligopolistycznych) wskutek połączenia przedsiębiorców powoduje wystąpienie efektów skoordynowanych, uznawanych za istotne ograniczenie konkurencji poprzez koordynację działań na rynku. Komisja uważa, że na rynkach skoncentrowanych

„Połączenie może również ułatwić koordynację, uczynić ją stabilniejszą lub bardziej efektywną dla przedsiębiorstw, które koordynowały działania już przed połączeniem poprzez ożywienie procesu koordynacji lub też pozwolenie przedsiębiorstwom na koordynację w zakresie jeszcze wyższych cen” (pkt III.39 Wytycznych KE).

„Zbiorowa pozycja dominująca znacząco utrudniająca skuteczną konkurencję (...) może zatem powstać w wyniku połączenia, gdy biorąc pod uwagę samą charakterystykę właściwego rynku i zmiany, które wprowadzi na nim realizacja operacji koncentracji, miałyby ona skutek tego rodzaju, że mając świadomość wspólnych interesów, każdy członek dominującego oligopolu uznawałby za możliwe, ekonomicznie uzasadnione, a zatem wskazane, przyjęcie na trwałe takiego samego sposobu działania na rynku celem sprzedaży powyżej poziomu cen konkurencyjnych bez konieczności zawierania porozumień czy uciekania się do uzgodnionych praktyk w rozumieniu art. 101 TFUE (...) i przy wyłączeniu skutecznej reakcji ze strony rzeczywistych lub potencjalnych konkurentów, klientów lub konsumentów” (wyr. *Airtours*, pkt 61; por. także wyr. *Impala*, pkt 120³⁹). Inaczej mówiąc, dominacja oligopolistyczna występuje wówczas, gdy mimo braku formalnego (antykoncepcyjnego) porozumienia przedsiębiorcy są w stanie uzgadniać strategię działania na rynku i działać niezależnie od konkurentów, kontrahentów i konsumentów. KE określiła taką sytuację również jako „antykoncepcyjne zachowanie równoległe” (*anti-competitive parallel behaviour*) (dec. *Gencor/Lonrho*, pkt 140). Przykładowo, Komisja Europejska stwierdziła istnienie kolektywnej dominacji ze skutkami skoordynowanymi, a następnie zakazała koncentracji, w następujących przypadkach:

- *Gencor/Lonrho*⁴⁰ (rynek platynowców): każda z łączących się spółek posiadała po ok. 30-35% udziału w rynku, w sumie 60-70% i jednocześnie 89% światowych zasobów platynowców; Rosja posiadała 22% udziału w rynku i 10% światowych zasobów platynowców, przy czym w chwili wydania decyzji przez KE prognozowano, że w ciągu 2 lat prawdopodobne jest wyczerpanie złóż rosyjskich, co spowodowałoby wzrost udziału koncentrujących się przedsiębiorców do poziomu 80%. Wskutek koncentracji liczba liczących się przedsiębiorców na rynku zmniejszyła się z trzech do dwóch.

- *Airtours/First Choice*⁴¹ (rynek zorganizowanych imprez turystycznych do nieodległych destynacji): wskutek koncentracji liczba liczących się przedsiębiorców na rynku zmniejszyła się z czterech do trzech, których udział w rynku wynosił 85%. Komisja wydała decyzję

³⁹ Wyr. TS z 10.07.2008 r. C-413/06 P *Bertelsmann AG and Sony Corporation of America v Independent Music Publishers and Labels Association (Impala)*, ECLI:EU:C:2008:392.

⁴⁰ Dec. KE z 26.04.1996 r. Case No IV/M.619 - *Gencor/Lonrho*.

⁴¹ Dec. KE z 22.09.1999 r. Case No IV/M.1524 – *Airtours/First Choice* [dec. C(1999) 3022 wersja ostateczna, opublikowana pod nr 2000/276/WE (Dz.U. 2000, L 93, s. 1).

zakazującą koncentracji, unieważnioną następnie przez Sąd Pierwszej Instancji⁴², głównie ze względu na niedostateczne dowiedzenie przez organ ochrony konkurencji skutków, z którymi Komisja powiązała zakaz koncentracji.

- *SCA / Metsä Tissue*⁴³ (rynek papierowych artykułów higienicznych): w wyniku koncentracji jej uczestnicy uzyskaliby indywidualną pozycję dominującą na rynkach krajowych w Szwecji, Norwegii i Danii, a w Finlandii w zakresie produktów konsumenckich doszłoby do powstania duopolu (o łącznym udziale kolektywnych dominantów przekraczającym 90%) z uwagi na zniknięcie SCA jako jedyne liczącego się konkurenta dwóch największych graczy rynkowych.

Przykładowe decyzje, w których KE stwierdziła istnienie kolektywnej dominacji ze skutkami skoordynowanymi, ale wydała zgodę (w tym zgodę warunkową) na dokonanie koncentracji, kształtowały się następująco:

- *ABF/GBI Business*⁴⁴ (rynek drożdży): po koncentracji dwóch przedsiębiorców kolektywnie dominujących będzie miało udział w rynku na poziomie 90-100%, liczba konkurentów rynku w Hiszpanii zmalała z 3 do 2 (zgoda warunkowa);

- *Nestlé/Perrier*⁴⁵ (rynek wody mineralnej): po koncentracji dwóch największych producentów miało udział w rynku na poziomie 82% (zgoda warunkowa);

- *Antalis/MAP*⁴⁶ (rynek dystrybucji cienkiego papieru): po koncentracji na rynku geograficznym w Wielkiej Brytanii doszłoby do powstania duopolu między uczestnikami koncentracji a liderem rynku, Paperlinx (łącznie 70-80% udziału rynkowego). Ryzyko wystąpienia efektów skoordynowanych wynikało z transparentności rynku i niewielkiej presji cenowej ze strony innych uczestników rynku (zgoda warunkowa);

- *Danish Crown/Vestjyske Slagterier*⁴⁷ (rynek świeżego mięsa wieprzowego): po koncentracji na rynku w Danii doszłoby do powstania duopolu między jej uczestnikami a ich najsilniejszym konkurentem (z łącznym udziałem rynkowym na poziomie około 70%). Efekty skoordynowane wynikałyby one m.in. z wysokich barier wejścia na rynek (spowodowanych choćby wymogami sanitarnymi i preferencjami lokalnych konsumentów), dojrzałości i transparentności cenowej rynku (pogłębionej przez krajową regulację poziomu cen żywca wieprzowego), czy też brak

⁴² Wyr. SPI z 6.06.2002 r. T-342/99 *Airtours v. Komisja*, ECLI:EU:T:2002:146.

⁴³ Decyzja KE z 31.01.2001 r. w sprawie COMP/M.2097 – *SCA / Metsä Tissue*.

⁴⁴ Dec. KE z 23.09.2008 r. Case No COMP/M.4980 - *ABF/ GBI BUSINESS*.

⁴⁵ Dec. KE z 22.07.1992 r., 92/553/EWG - Case No IV/M.190 - *Nestlé/Perrier* (Dz. Urz. L 356, 5.12.1992 r., s. 1-31)

⁴⁶ Decyzja KE z 24.10.2007 r. w sprawie nr COMP/M.4753 – *Antalis / MAP*.

⁴⁷ Decyzja KE z 9.03.1999 r. w sprawie nr IV/M.1313 – *Danish Crown / Vestjyske Slagterier*.

motywacji Steff-Houlberg, głównego konkurenta w Danii, do podejmowania walki cenowej z uczestnikami z powodu łączących te podmioty więzi strukturalnych na rynkach eksportowych (zgoda warunkowa);

- *Linde/BOC*⁴⁸ (rynków gazów przemysłowych): za sprawą koncentracji jej uczestnicy uzyskaliby przewagę konkurencyjną w państwach Europy Północnej i Wschodniej, osiągając na niektórych rynkach krajowych udział na poziomie ponad 70% (np. Norwegia i Szwecja). W następstwie koncentracji doszłoby do powstania duopolu na poziomie europejskim, poprzez realny podział Europy na strefy wpływów Linde/BOC na Wschodzie i Północy oraz Air Liquide na Zachodzie. To wiązało się z ryzykiem wystąpienia efektów skoordynowanych ze względu m.in. na homogeniczny charakter produktów, dużą transparentność rynków gazów przemysłowych oraz więzi strukturalne między dominującymi konkurentami poprzez współdziałanie BOC w przedsiębiorstwach typu joint venture z Air Liquide. Podobne ryzyko dotyczyło również światowego rynku hurtowej sprzedaży helu, gdzie zniknięcie presji konkurencyjnej ze strony Linde mogłoby ułatwić trzem wiodącym producentom (łącznie udział przekraczający 80%) osiągnięcie milczącej koordynacji (zgoda warunkowa);

- *Novartis/Glaxosmithkline Oncology Business*⁴⁹ (rynek terapii celowanych przeciwko nowotworom): wskutek koncentracji liczba konkurentów pracujących nad nowymi formami leczenia celowanego przeciw nowotworom zmniejszyłaby się z 3 do 2, co z uwagi na wysokie bariery wejścia w sektorze farmaceutycznym i innowacyjny charakter produktów miałyby negatywne skutki zarówno dla istniejących, jak i potencjalnych rynków (zgoda warunkowa). KE nie dostrzegła, by koncentracja stwarzała ryzyko dla konkurencji np. na krajowych rynkach dla celowanych terapii przeciwko zaawansowanemu rakowi nerkowokomórkowemu, gdzie łączne udziały stron w niektórych krajach wynosiły nawet 55-60%, lecz produkty uczestników koncentracji nie zostały uznane za wystarczająco blisko konkurujące, a na rynkach pojawiło się wiele nowych produktów stwarzających przeciwwagę dla oferty uczestników.

Ponadto, odnotowania wymaga stanowisko unijnego Sądu Pierwszej Instancji, który stwierdził, że „w kontekście oligopolu posiadanie dużych udziałów w rynku przez strony tego oligopolu w porównaniu z analizą indywidualnej pozycji dominującej niekoniecznie ma takie samo znaczenie z punktu widzenia możliwości podjęcia przez tych członków, jako grupy, działań w znacznie mierze niezależnych od ich konkurencji, klientów i ostatecznie konsumentów. Niemniej jednak, szczególnie w przypadku duopolu, duży udział w rynku, w braku przeciwnych dowodów, również może stanowić bardzo poważną wskazówkę istnienia

⁴⁸ Decyzja KE z 6.06.2006 r. w sprawie nr COMP/M.4141 – *Linde / BOC*.

⁴⁹ Decyzja KE z 28.01.2015 r. w sprawie nr COMP/M.7275 – *Novartis / Glaxosmithkline Oncology*.

zbiorowej pozycji dominującej” (wyr. *Gencor*, pkt 206). Trzeba jednak zaznaczyć, że o zakazie koncentracji w tym przypadku nie zadecydował wysoki udział w rynku, ale charakterystyka rynku (wraz z charakterystyką produktu - surowce mineralne) w sposób nadzwyczajny sprzyjająca koordynacji zachowań.

Zatem również sprawa *Gencor/Lonhro* (mimo zakazu koncentracji), tak jak inne wskazane powyżej przykłady z praktyki decyzyjnej Komisji dowodzą, że udział w rynku nie był czynnikiem przesądzającym o (ewentualnym) zakazie koncentracji. Przeciwnie, uprawniony jest wniosek, iż **nawet w przypadku wysokich (tj. powyżej 80%) udziałów w rynku (jak w dec. *Nestlé/Perier*, *ABF/GBI Business*, *Linde / BOC*) Komisja nie zakazuje koncentracji, co wskazuje na to, że koncentracje wywierające skutki skoordynowane wymagają uwzględnienia i analizy znacznie bardziej złożonych okoliczności i faktów niż jedynie struktura udziałów rynkowych** (por. pkt 2.2 poniżej). Trzeba też zauważyć, że jeśli koncentracje, w wyniku których powstawała kolektywna dominacja podmiotów z udziałem w rynku na nieco niższym poziomie (ok. 70%), dopuszczone zostały przez Komisję warunkowo (zgoda warunkowa), to były to koncentracje na rynkach produktów homogenicznych (np. gazy przemysłowe) i jednocześnie rynkach o bardzo wysokich barierach wejścia, wynikających przede wszystkim z potrzeby dużych inwestycji (branże kapitałochłonne: produkcja papieru, produkcja mięsa, badania farmaceutyczne).

2.2. Test skutków skoordynowanych

2.2.1. Uwagi wstępne

Skutki skoordynowane koncentracji pojawiają się tam, gdzie skutek połączenia podmiotów powstanie kolektywna dominacja, w wyniku której możliwa stanie się koordynacja zachowań (ustalenie wspólnej strategii) przez konkurentów oraz utrzymanie tej koordynacji bez porozumienia (pkt II.22 Wytycznych KE). W Wyjaśnieniach dotyczących oceny przez Prezesa UOKiK zgłoszonych koncentracji polski organ ochrony konkurencji wskazuje, że efekty skoordynowane „mogą pojawić się na rynkach oligopolistycznych, których specyfika sprawia, że ich uczestnikom bardziej opłaca się zrezygnować z intensywnej konkurencji i są w stanie taką sytuację utrzymać bez porozumiewania się” (Wyjaśnienia PrUOKiK, pkt II.1.2., s. 55 i n.). W ramach analizy wystąpienia takich efektów konieczne jest zbadanie, czy warunki panującej na rynku sprzyjają koordynacji zachowań (tj. czy istnieje strategia rynkowa korzystna dla

wszystkich uczestników rynku) oraz czy koordynację strategii działania można uznać za trwałą. Skutki skoordynowane oznaczają kolektywną siłę rynkową⁵⁰.

Warto zaznaczyć, że Prezes UOKiK w wydanej w 2018 r. decyzji w sprawie potencjalnego (a ostatecznie niestwierdzonego) nadużycia kolektywnej pozycji dominującej wśród kilku form koordynacji zachowań przedsiębiorców zidentyfikował „wzajemne rozpoznanie współzależności rynkowej przez przedsiębiorców posiadających na rynku kolektywną pozycję dominującą i podjęcie w tym kontekście antykonkurencyjnego działania (działanie „kolektywnie racjonalne”)”. Decyzja Prezesa UOKiK została wydana w kontekście art. 9 uokik/art. 102 TFUE, jednak przytoczony jej fragment bardzo trafnie opisuje istotę koordynacji w warunkach kolektywnej dominacji (dec. PrUOKiK DOK-1/2018, pkt 416). W tej samej decyzji Prezes UOKiK uznał zresztą dorobek orzeczniczy wypracowany w kontekście kontroli koncentracji za istotny z punktu widzenia analizy posiadania przez operatorów telefonii mobilnej kolektywnej pozycji dominującej i podejmowania przez tych przedsiębiorców działań w ramach milczącej zmowy (dec. PrUOKiK DOK-1./2018, pkt 433)⁵¹. Polski organ ochrony konkurencji posłużył się wypracowaną w orzecznictwie unijnym koncepcją kolektywnej dominacji, która to koncepcja ewoluowała od podkreślania powiązań strukturalnych między przedsiębiorcami m.in. w wyrokach w sprawach *Flat Glass*⁵² i *CMB*⁵³, po nacisk na współzależności funkcjonalne w wyroku w sprawie *Airtours*⁵⁴.

Warunki (czynniki) wystąpienia efektów skoordynowanych opisane są zarówno w Wytycznych KE, jak i w Wyjaśnieniach dotyczących oceny przez Prezesa UOKiK zgłaszanych koncentracji. **Podkreślenia wymaga bardzo duży zasób czynników, jakie należy uwzględnić w kontekście oceny efektów skoordynowanych - są to zarówno czynniki odnoszące się do struktury i cech rynku, jak i czynniki dotyczące relacji między konkurentami oraz między konkurentami i ich klientami i konsumentami.**

W oparciu o unijne Wytyczne i polskie Wyjaśnienia, jak i praktykę decyzyjną unijnego i polskiego organu ochrony konkurencji, w tej części ekspertyzy zanalizowane zostaną **okoliczności, które należy uwzględnić w ocenie tego, czy (planowana) koncentracja**

⁵⁰ D. Aziewicz, *Ocena siły rynkowej przedsiębiorcy w nadzorze nad horyzontalnymi koncentracjami przedsiębiorców*, Warszawa 2017, s. 44.

⁵¹ Zauważenia wymaga stanowisko Bundeskartellamt, w myśl którego warunki dominacji oligopolistycznej w dużym stopniu są tożsame z warunkami ułatwiającymi zawieranie porozumień kartelowych - zob. Bundeskartellamt, *Prohibition Criteria in Merger Control - Dominant Position versus Substantial Lessening of Competition. Discussion Paper*, 2001, s. 16.

⁵² Wyr. SPI z 10.03.1992 r. w sprawach połączonych T-68/89, T-77/89 oraz T-78/89 *Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA i PPG Vernitalia v. Komisja (Flat Glass)*, ECLI:EU:T:1992:38.

⁵³ Wyr. TS z 16.03.2000 r. w sprawie C-395/96 P *Compagnie Maritime Belge Transports i inni v. Komisja*, ECLI:EU:C:2000:132, pkt 36.

⁵⁴ Wyr. SPI z 6.06.2002 r. T-342/99 *Airtours v. Komisja*, ECLI:EU:T:2002:146.

wywoła skutki skoordynowane. Są nimi: 1) specyficzne cechy danego rynku oligopolistycznego (nie każdy rynek oligopolistyczny umożliwia koordynację), 2) zdolność obecnych na rynku oligopolistycznym przedsiębiorców do koordynacji zachowań (dzięki mechanizmom monitorowania i odstraszania) oraz 3) reakcje uczestników rynku na próby koordynacji zachowań rynkowych.

2.2.2. Cechy antykonkurencyjnego rynku oligopolistycznego umożliwiającego (milczącą) koordynację

Efekty skoordynowane mogą wystąpić jedynie na tzw. antykonkurencyjnym rynku oligopolistycznym (*anti-competitive oligopolistic market*)⁵⁵, na którym panują warunki ułatwiające powstanie i utrzymanie milczącego porozumienia/milczącej koordynacji (*tacit coordination*) (dec. *ABF/GBI Business*, pkt 145; wyr. *Impala*, pkt 125). Koordynacja zachowań nie będzie możliwa lub będzie znacząco utrudniona wówczas, gdy „między uczestnikami rynku zachodzą znaczące różnice co do preferowanej strategii rynkowej (tj. strategia pożądana z punktu widzenia jednych jest nie do przyjęcia dla drugich) bądź też nie są oni w stanie wystarczająco jasno komunikować sobie nawzajem swoich preferencji” (dec. PrUOKiK DOK-1/2018, pkt 444, 484).

Liczba i charakter konkurentów. Unijny Sąd Pierwszej Instancji scharakteryzował struktury rynkowe najbardziej sprzyjające zachowaniom oligopolistycznym jako „takie, w których każdy z dwóch, trzech lub czterech dostawców posiada w przybliżeniu taki sam udział w rynku, na przykład każdy z dwóch dostawców posiada 40% rynku, każdy z trzech dostawców posiada 25–30% udziałów w rynku lub każdy z czterech dostawców posiada około 25% udziałów” (wyr. *Gencor*, pkt 134).

Zmniejszenie liczby przedsiębiorców na rynku może samo w sobie być czynnikiem ułatwiającym koordynację, ale nie jest to/nie może być czynnik jedyny (pkt III.42 Wytycznych KE; por. także dec. *Hutchison O2 Italy*, pkt 240⁵⁶). Komisja przyznała, że nawet w sytuacji, gdy w wyniku koncentracji powstał quasi-duopol mało prawdopodobnym jest, aby taka struktura rynku dała asumpt do wystąpienia efektów skoordynowanych (dec. *ABF/GBI Business*, pkt 139). **Prezes UOKiK w swoich Wyjaśnieniach stoi na stanowisku, że asymetria udziałów rynkowych nie sprzyja milczącej koordynacji** (Wyjaśnienia PrUOKiK,

⁵⁵ Dec. *Gencor/Lonhro*, pkt 141.

⁵⁶ Dec. KE z 1.09.2016 r. Case No M.7758-HUTCHISON 3G ITALY / WIND / JV.

pkt II.1.2., s. 56). **Orzecznictwo unijne stoi na stanowisku, że nawet symetria udziałów w rynku dwóch największych przedsiębiorców, co do zasady sprzyjająca milczącej zмовie, nie może jednak pozwalać na wyciągnięcie jednoznacznego wniosku, że koncentracja spowodowałaby szkodę dla konkurencji** (por. wyr. *Telefonica*, pkt 149)⁵⁷.

Na uwagę zasługuje konstatacja SPI w wyroku w sprawie *Airtours*, zgodnie z którą istotą oceny sytuacji konkurencyjnej powstałej po koncentracji nie powinien być sam rozmiar pozostałych przedsiębiorców umożliwiający konkurowanie z dużymi biurami podróży o główną pozycję na rynku, ile ocena, czy w antykonkurencyjnej sytuacji rozważanej przez organ ochrony konkurencji mniejsi przedsiębiorcy, istniejący już na rynku, mogliby uzyskać w dostatecznym stopniu dostęp do rynku i sprzedać na rzecz konsumentów większą ilość swoich produktów (wyr. *Airtours*, pkt 255).

W decyzji *ABF/GBI Business* Komisja zwróciła uwagę na czynnik „powtarzających się interakcji” (*repeated interactions*) między uczestnikami rynku - jeśli te interakcje są częste, ryzyko koordynacji zachowań jest niskie. Według Komisji takie częste interakcje oznaczają, że przedsiębiorcy obsługują mniejsze, ale częściej składane zamówienia, raczej niż duże i skomasowane zamówienia. Częste interakcje między konkurentami mogą przy tym występować pośrednio, poprzez dystrybutorów (dec. *ABF/GBI Business*, pkt 154-155).

Symetryczność przedsiębiorców. Koordynacji zachowań sprzyja symetryczność przedsiębiorców na rynku nie tylko pod względem udziałów w rynku, ale również pod względem struktury kosztów, poziomów wydajności oraz poziomów integracji pionowej (pkt III.48 Wytycznych KE), **podczas gdy asymetria, choćby co do zdolności produkcyjnych** (dec. *ABF/GBI Business*, pkt 297), **czy zakresu finansowania oferowanych produktów** (np. leki refundowane - por. Wyjaśnienia PrUOKiK, pkt II.1.2., s. 56) **utrudnia utrzymanie milczącej zмовy.** Wskazane cechy przedsiębiorców symetrycznych/asymetrycznych nie stanowią ani zamkniętej listy, ani nie muszą występować kumulatywnie – są one czynnikami, jakie muszą być uwzględniane w dynamicznych prospektywnych analizach skutków łączenia przedsiębiorców, koncentrujących się na współzależnościach między wszystkimi elementami testu skutków skoordynowanych. Przykładowo, Prezes UOKiK uznał, że symetria bodźców do wzmacniania lub obrony pozycji rynkowej w przypadku nadawców telewizyjnych jest

⁵⁷ Wyr. TS z 28.05.2020 r. T-399/16 *CK Telecoms UK Investments Ltd v Komisja (Telefonica)*, ECLI:EU:T:2020:217.

ograniczona w sytuacji, gdy jeden z nich skupia się w swojej ofercie na klientach o mniejszej sile nabywczej (dec. DKK-93/2012, *Cyfrowy Canal+*, s. 39).

Homogeniczność produktów. Koordynacji działań sprzyja wysoka przejrzystość rynku występująca w przypadku rynków produktów homogenicznych (jak np. metale szlachetne - dec. *Gencor/Lonhro*, drożdże prasowane - dec. *ABF/GBI Business*), dla których głównymi parametrami konkurencyjności są cena i wielkość dostaw (podaży).

Przejrzystość rynku. Wskazana powyżej homogeniczność produktu sprzyja przejrzystości rynku, która jest cechą ułatwiającą funkcjonowanie dominacji oligopolistycznej, m.in. warunkuje ona skuteczność monitorowania uczestników rynku i stosowania mechanizmów odstraszania (zob. pkt 2.2.3 poniżej). Sąd Pierwszej Instancji potwierdził to w wyroku w sprawie *Airtours*: „okoliczność, iż rynek jest dostatecznie przejrzysty, aby umożliwić każdemu członkowi oligopolu poznanie zachowania pozostałych, ułatwia stworzenie zbiorowej pozycji dominującej” (wyr. *Airtours*, pkt 156). W tym samym wyroku SPI zwrócił uwagę na to, że o przejrzystości cenowej rynku np. w przypadku imprez turystycznych należałoby mówić nie tylko na poziomie cen oferowanych ostatecznie przez biura podróży, ale już na etapie konstruowania ofert, które ostatecznie trafią do sprzedaży, tymczasem zdaniem Sądu „kompleksowość procedury planowania oferty, kształtowania produktu i jego komercjalizacji stanowi główną przeszkodę dla wszelkiej próby milczącej koordynacji” (wyr. *Airtours*, pkt 169).

Charakter popytu. Przyjmuje się, że „im mniej skomplikowane i bardziej stabilne jest środowisko ekonomiczne, tym łatwiej jest przedsiębiorstwom osiągnąć wspólne porozumienie w sprawie warunków koordynacji” (pkt III.45 Wytycznych KE). W dec. *Gencor/Lonhro* (pkt 141a) KE uznała, że rynek charakteryzujący się nieelastycznym popytem i jednocześnie niewielką siłą wyrównawczą nabywców nosi cechy antykonkurencyjnego rynku oligopolistycznego. Niska elastyczność cenowa popytu stanowi zachętę do uzgadniania zachowań, ponieważ konkurenci ponosiliby straty wskutek ostrej konkurencji cenowej (dec. *Gencor/Lonhro*, pkt 149). Jeśli popyt jest mało elastyczny, przedsiębiorcy mogą pozwolić sobie na utrzymywanie wysokich cen bez ryzyka utraty klientów (dec. *ABF/GBI Business*, pkt 156).

Podjęciu działań koordynacyjnych nie sprzyja zmienność popytu (por. dec. *Hutchison O2 Italy*, pkt 1169) ani wysoka innowacyjność rynku. Łatwiej utrzymać milczącą koordynację na dojrzałym rynku, na którym innowacja odgrywa niewielką rolę (dec. *ABF/GBI Business*, pkt

199). W wyr. *Airtours* SPI uznał, że „stabilny popyt, wykazujący niewielkie wahania, stanowi istotny element z punktu widzenia stwierdzenia istnienia zbiorowej pozycji dominującej, ponieważ czyni łatwiejszym do wykrycia odejścia od wspólnej linii działania (tzw. złamanie zasad), pozwalając na ich odróżnienie od dostosowań oferty, stanowiących odpowiedź na wzrost bądź spadek na rynku podlegającym wahaniom" (wyr. *Airtours*, pkt 139).

Koordinacja jest łatwiejsza na tych rynkach, na których identyfikuje się „przypisanie” klienta do rynku (np. są klienci, którzy zwykle kupują od jednego, konkretnego przedsiębiorcy) - wówczas szczególnie łatwa jest koordynacja działań poprzez podział rynku.

Charakter podaży. Angażowaniu się przedsiębiorców w równoległe zachowania antykonkurencyjne sprzyja pozycja rynkowa przedsiębiorców, wyznaczana m.in. przez ich dostęp do źródeł finansowania, obecność relacji pomiędzy tymi samymi przedsiębiorcami na wielu różnych rynkach (*multi-market contacts*) (dec. *Ab Inbev/SABmiller*, pkt 310), czy dojrzałość wykorzystywanych przez nich technologii (dec. *Gencor/Lonhro*, pkt 141b). Koordynacji na oligopolistycznym rynku można spodziewać się tam, gdzie istnieje pomiędzy konkurentami sieć powiązań licencyjnych czy dystrybucyjnych (dec. *Ab Inbev/SABmiller*, pkt 79).

Bariery wejścia na rynek. Bariery wejścia na rynek ułatwiające koordynację zachowań mogą wynikać z różnorodnych źródeł: barier technologicznych, kosztów utopionych, wielkości inwestycji. Istnienie takich barier potwierdza, że struktura rynku i intensywność konkurencji nie będą się zmieniać, co pozwoli utrwalić wspólną strategię działania (dec. *Gencor/Lonhro*, pkt 154). W wyroku w sprawie *Airtours* SPI podkreślił, że „brak barier ograniczających dostęp do rynku powinien pozwolić potencjalnym konkurentom na wejście na odnośny rynek w celu zaproponowania swoich produktów i w związku z tym zareagować skutecznie i szybko w sytuacji, gdyby w konsekwencji uzgodnienia polityk dużych biur podróży w dziedzinie oferty nastąpił niedobór oferty na rynku” (wyr. *Airtours*, pkt 269). Praktyka decyzyjna Komisji dowodzi, że badanie barier wejścia musi uwzględniać m.in. takie czynniki jak przywiązanie do marki, lojalność wobec dostawcy, sieć dystrybucji/sprzedaży, niezawodność dostaw (por. dec. *ABF/GBI Business*, pkt 159-166).

Tendencje do koordynacji w przeszłości. Za czynnik sprzyjający koordynacji zachowań uznaje się również tendencję do takich działań wykazywaną w przeszłości (por. dec. *Gencor/Lonhro*, pkt 160), zwłaszcza jeśli działania te były potwierdzone decyzjami

antymonopolowymi (dec. *Ab Inbev/SABmiller*, pkt 64, 306-308). Jednak w wyr. *Airtours* SPI podważył wniosek Komisji o tendencjach do koordynacji działań biur podróży na rynkach pakietowanych wyjazdów zagranicznych, którego źródłem miały być procesy integracji wertykalnej w sektorze turystycznym (wyr. *Airtours*, pkt. 103-108).

2.2.3. Zdolność konkurentów do koordynacji zachowań

Mechanizm monitorowania konkurentów. W wyr. w sprawie *Impala* TS zauważył: „biorąc pod uwagę między innymi ewentualną pokusę, która może znieść każdego z uczestników milczącej koordynacji, by odstąpić od jej zasad i na krótką metę powiększyć własne zyski, należy ocenić, czy tego rodzaju koordynacja ma szansę być trwała. W związku z tym przedsiębiorstwa, które koordynują swoje zachowania, powinny być w stanie w wystarczającym stopniu monitorować, czy zasady koordynacji są przestrzegane. (...) Poza tym dyscyplina wymaga, aby istniała jakaś forma wiarygodnego mechanizmu odstrasżającego, który może zostać wykorzystany w przypadku wykrycia zachowania naruszającego zasady” (wyr. *Impala*, pkt 123).

Komisja stoi na stanowisku, że skłonność do koordynacji zachowań rynkowych zwiększy się, jeśli uczestnikiem koncentracji (np. przedsiębiorcą przejmowanym) jest tzw. przedsiębiorca niezależny (*maverick*), który dotąd sprzeciwiał się lub zakłócał koordynację (pkt III.42 Wytycznych KE). Jeśli koncentracja dotyczy przedsiębiorcy typu *maverick*, który w przeszłości nie podążał za zwiększeniem cen przez konkurentów bądź też wybierał inne strategie niż preferowali koordynujący swoje zachowania konkurenci, to jego wchłonięcie poprzez koncentrację podniesie skłonność do koordynacji (dec. *Hutchison O2 Italy*, pkt 955, 972-981). Możliwość efektywnego funkcjonowaniu mechanizmu monitorowania konkurentów zależy od tego, czy rynek jest przejrzysty. Trybunał Sprawiedliwości zaleca w tym kontekście, aby „ocena przejrzystości danego rynku nie powinna być przeprowadzana w sposób wyizolowany i abstrakcyjny, lecz w kontekście mechanizmu hipotetycznej, milczącej koordynacji. Jedynie przy uwzględnieniu tego rodzaju założenia możliwe jest bowiem zweryfikowanie, czy ewentualne czynniki przejrzystości występujące na rynku są w stanie ułatwić milczące zdefiniowanie wspólnej linii postępowania lub umożliwić zainteresowanym konkurentom monitorowanie w odpowiedni sposób, czy przestrzegane są warunki takiej wspólnej linii działania” (wyr. *Impala*, pkt 126).

Przejrzystość rynku jest zwykle duża w sytuacji niewielkiej liczby aktywnych uczestników rynku (np. mała liczba klientów, z którymi przedsiębiorcy pozostają w stałym i bezpośrednim

kontakcie - dec. *Gencor/Lonhro*, pkt 145), czy w przypadku rynków produktów homogenicznych (dec. *Gencor/Lonhro*, pkt 144). Na stopień przejrzystości rynku wpływa także sposób, w jaki odbywają się transakcje - **rynek nie jest przejrzysty, gdy na rynku „transakcje są poufnie negocjowane pomiędzy kupującymi i sprzedającymi na zasadzie dwustronnej”** (pkt III.50 Wytycznych KE). Taki nieprzejrzysty charakter wydaje się mieć rynek reklamy radiowej, skoro jest jak przyjmuje Prezes UOKiK rynkiem „z rozbudowanym i indywidualnie negocjowanym systemem przyznawania rabatów” (dec. *Agora/Eurozet*, s. 35), nawet jeśli Prezes UOKiK uważa go za rynek przejrzysty (tamże, s. 34). Prezes UOKiK w Wyjaśnieniach wskazał, że stosowanie rabatów powoduje nieprzejrzystość cen, a w konsekwencji utrudnia koordynację zachowań (Wyjaśnienia PrUOKiK, pkt II.1.2., s. 56 i przywołana tam dec. PrUOKiK DKK-37/08).

W wyroku w sprawie *Airtours* SPI zakwestionował stanowisko Komisji, która uznała za przejrzysty rynek pakietowanych wyjazdów turystycznych, argumentując, że oferty konkurentów są im wzajemnie znane. Sąd podjął się bardziej wnikliwej niż Komisja analizy rynku i stwierdził, że „określenie oferty dla każdego sezonu nie jest czynnością automatyczną polegającą na zwykłym powtórzeniu oferty z poprzedniego roku, łatwą do przewidzenia przez inne biura podróży, lecz wręcz przeciwnie, że stanowi ona dla każdego biura podróży bardzo skomplikowane zadanie, które uwzględnia, tylko w pewnym stopniu, dane dotyczące lat ubiegłych i które jest wykonywane, co do zasady, na bazie subiektywnej oceny dokonanej przez każde biuro podróży stosownie do rozlicznych zmiennych i czynników” (wyr. *Airtours*, pkt 160). Sąd uznał, że o przejrzystości rynku nie może być mowy tam, gdzie „sedno procesu planowania nie polega na zwykłym powtórzeniu oszacowanej lub sprzedanej w przeszłości oferty, lecz ma ono na celu podjęcie próby antycypacji ewolucji popytu tak na poziomie makroekonomicznym, jak i mikroekonomicznym” (wyr. *Airtours*, pkt 164). W konsekwencji SPI stwierdził, że ze względu na trudności precyzyjnej antycypacji decyzji konkurentów co do konstruowanych ofert, w stadium planowania ofert nie jest łatwo wykryć, że pozostali uczestnicy rynku odeszli od wspólnej linii działania (wyr. *Airtours*, pkt 198).

W tym miejscu warto powtórzyć, że „stopień przejrzystości jest również istotny z tego względu, że pozwala następnie każdemu członkowi oligopolu na wykrycie zmian oferty dokonanych przez innych jego członków, na odróżnienie odejść od linii wspólnego działania od zwykłych logicznych dostosowań do wahań popytu i w końcu na zdeterminowanie, czy należy

w konsekwencji zareagować, wymierzając sankcje za ewentualne odejścia od tejże wspólnej linii działania” (wyr. *Airtours*, pkt 159)⁵⁸.

Na uwagę zasługuje też stanowisko Prezesa UOKiK, który uznał, że jeśli potencjalnie kolektywnie dominujący przedsiębiorcy są częścią grup czy konglomeratów gospodarczych, obecnych na wielu rynkach (w przykładowej decyzji m.in. rynek usług telefonii komórkowej, rynek usług dostępu do szerokopasmowego internetu LTE, rynek telewizji płatnej), to decyzje dotyczące rynku, na który oddziałuje koncentracja, będą podejmowane w szerszym kontekście gospodarczym, uwzględniającym obecność i budowanie przewag konkurencyjnych na innych rynkach - w konsekwencji monitorowanie zachowań takiego przedsiębiorcy będzie utrudnione, gdyż zachowania te są motywowane skomplikowaną siecią jego interesów na różnych rynkach (dec. DKK-93/2012, *Cyfrowy Canal+*, s. 40). Argument o szerokim kontekście działalności potencjalnie koordynujących się przedsiębiorców, różniących się obecnością w wielu różnych sektorach gospodarki nie został natomiast wzięty pod uwagę przez Prezesa UOKiK w decyzji o zakazie koncentracji *Agora/Eurozet* (DKK-1/2012), gdzie również zaangażowane były podmioty aktywne na wielu różnych rynkach (obok rozpatrywanego w decyzji rynku radiowego i reklamy radiowej, także działalność m.in. w zakresie prowadzenia kin, wydawanie czasopism, reklamy zewnętrznej).

Mechanizm odstraszenia. Trwałości koordynacji sprzyja również nieuchronność i siła odwetu (sankcje) ze strony konkurenta/konkurentów w sytuacji naruszenia uzgodnionej milcząco koordynacji (*tacit collusion*). Konkurenci są bardziej skłonni do koordynacji zachowań, jeśli rynek jest na tyle przejrzysty, że ułatwia reakcje odwetowe w sytuacji odchyień/odejścia od ustalonych zasad koordynacji (dec. *ABF/GBI Business*, pkt 243). Działaniem odwetowym może być np. karanie odstępującego od zasad przedsiębiorstwa poprzez tymczasowe zaangażowanie się w wojnę cenową czy też znaczące zwiększenie produkcji (pkt III.54 Wytycznych KE), bądź też zwiększenie prowizji dla dystrybutorów za zachęcanie klientów do wyboru oferty innej niż oferta przedsiębiorcy „wyłamującego się” ze wspólnej strategii (dec. *Hutchison O2 Italy*, pkt 1155). Prezes UOKiK za mechanizm odstraszący uznaje wykorzystanie zależności jednego z konkurentów od uczestników koncentracji, „z którymi musiał on utrzymywać kontakty handlowe w celu uzyskania pełnego asortymentu produktów, umożliwiającego mu występowanie w co najmniej niektórych przetargach” (Wyjaśnienia PrUOKiK, pkt II.1.2., s. 56 i przywołana tam dec. PrUOKiK DKK - 67/09), jak również wzajemne powiązania

⁵⁸ Por. także wyr. *Airtours*, pkt 139.

przedsiębiorców na rynku licencjonowania programów mogłyby służyć jako narzędzie dyscyplinujące: w przypadku odstąpienia członka oligopolu od wspólnej strategii, konkurent mógłby zastosować sankcje w postaci np. zwiększenie ceny lub ograniczenie dostępności popularnych kanałów, na które udziela licencji (dec. DKK-93/2012, *Cyfrowy Canal+*, s. 39). Środki zniechęcające (odwetowe) mogą być stosowane tylko wówczas, gdy w ogóle możliwe jest wykrycie, że konkurent naruszył zasady współpracy (por. wyr. *Airtours*, pkt. 197-199). Ponadto, sankcje muszą być zastosowane „dostatecznie szybko i skutecznie” (wyr. *Airtours*, pkt 203; por. także dec. *ABF/GBI Business*, pkt 243; dec. *Hutchison O2 Italy*, pkt 1161-1166; dec. DOK-1/2018), muszą też stanowić właściwą przeciwwagę dla naruszenia i nie mogą powodować strat u stosujących je przedsiębiorców (wyr. *Airtours*, pkt 206), a „przewidywalna reakcja aktualnych i potencjalnych konkurentów oraz konsumentów nie stanęłaby na drodze rezultatom oczekiwanym od wspólnej linii działania” przedsiębiorców koordynujących swoje strategie (wyr. *Airtours*, pkt 210).

W swojej praktyce decyzyjnej Prezes UOKiK zajął też kompleksowe stanowisko odnoszące się do dowodzenia istnienia mechanizmu odstraszenia: „Chociaż dla wykazania stabilności koordynacji nie jest niezbędne wskazanie konkretnego mechanizmu odwetowego, który mógłby być wykorzystany przez przedsiębiorców, to jednak konieczne jest wykazanie, że istnieją wystarczające czynniki zniechęcające do odstępstw od milczącej zмовы. Brak takich czynników sprawia, że danej grupy podmiotów nie można uznać za podmiot kolektywny, ponieważ podmioty te nie będą w stanie prowadzić wspólnej polityki rynkowej” (dec. PrUOKiK DOK-1/2018, pkt 512). W tej samej sprawie (domniemana kolektywna dominacja operatorów telefonii komórkowej) organ stwierdził, że brak zastosowania mechanizmów odwetowych w przeszłości w reakcji na odstępstwa od zbieżnego zachowania rynkowego może przemawiać za brakiem istnienia mechanizmów odwetowych lub brakiem istnienia samej milczącej zмовы (dec. PrUOKiK DOK-1/2018, pkt 514). Aby stwierdzić milczącą koordynację, mechanizm odwetowy musi mieć „charakter groźby realnej, tj. nawet ogólnie zarysowany mechanizm odwetowy powinien być możliwy do zastosowania w odniesieniu do danej zмовы milczącej i w danym kontekście rynkowym” (dec. PrUOKiK DOK-1/2018, pkt 515).

2.2.3. Reakcje uczestników rynku na próby koordynacji zachowań rynkowych

Konkurenci. O trwałej koordynacji zachowań można mówić wówczas, gdy reakcje innych uczestników rynku (obecnych lub przyszłych konkurentów, a także klientów, określanych też

zbiorowym mianem outsiderów (*outsiders*)⁵⁹) nie są w stanie zagrozić oczekiwanym wynikom koordynacji przedsiębiorców (pkt III.56-57 Wytycznych KE; por. wyr. *Impala*, pkt 123). Określenie perspektywnych reakcji konkurentów wymaga uwzględnienia barier wejścia na rynek (dec. *ABF/GBI Business*, pkt. 246-255).

Badanie reakcji konkurentów na pojawienie się skoncentrowanego podmiotu musi uwzględniać analizę, czy rzeczywiście żaden konkurent pozostający na rynku czy potencjalnie wchodzący na rynek nie byłby w stanie skutecznie konkurować z tym podmiotem. Właściwym jest również pytanie o jakość oferty i wyboru oferowanego klientom - w jaki sposób nowe warunki rynkowe powstałe wskutek koncentracji oddziałują na takie parametry konkurowania (por. wyr. *Telefonica*, pkt 360).

Nabywcy i inni. Trwała koordynacja nie będzie występować na rynkach, na których klienci (nabywcy) dysponują znaczącą wyrównawczą siłą nabywczą (wówczas ceny nie są wynikiem koordynacji, ale siły przetargowej nabywców) lub w sytuacji niskich barier wejścia na rynek. Jeśli nabywcy dysponują siłą przetargową, „nawet monopol bądź pozostający w pełnej zmowie oligopol (*fully collusive oligopoly*) może uznać za trudne narzucanie wysokich cen” (dec. *ABF/GBI Business*, pkt 266). W przywołanej już decyzji Komisja zauważyła, że „**teoria ekonomiczna wskazuje, że duzi nabywcy są w stanie z powodzeniem przełamać znowę poprzez koncentrowanie swoich zamówień w celu zmniejszenia częstotliwości interakcji przedsiębiorców oraz zwiększenia krótkofalowych korzyści z „podgryzania” rywali; inaczej mówiąc, duzi nabywcy mogą zaprojektować schematy zamówień, które redukuje obszar milczącej koordynacji**” (dec. *ABF/GBI Business*, pkt. 266). Dla wyeliminowania milczącej koordynacji nie wystarczy, aby nabywcy byli w stanie ograniczyć zakres wzrostu cen, muszą być w stanie powstrzymać przedsiębiorców od narzucania ponadkonkurencyjnych cen (*supra competitive prices*) będących wynikiem milczącej koordynacji (dec. *Ab Inbev/SABmiller*, pkt 92). Istnienie wyrównawczej siły nabywczej jako czynnik wykluczający skoordynowane skutki koncentracji został odnotowany także w praktyce decyzyjnej Prezesa UOKiK (dec. DKK-39/2013, *Impel*, s. 19).

Wspólna strategia działania nie będzie występować na tych rynkach, gdzie przedsiębiorcy oferują (a klienci oczekują) różnorodne narzędzia polityki rabatowej (por. dec. *Gencor/Lonhro*, pkt 150). **Natomiast koordynacji zachowań może sprzyjać praktyka handlowa zawierania**

⁵⁹ Dec. *ABF/GBI Business*, pkt 245 i n.

kontraktów długoterminowych, które znacząco wyhamowują dynamikę rynku (por. dec. *Gencor/Lonhro*, pkt 145 in fine).

Jeśli chodzi o klientów czy konsumentów, to Prezes UOKiK zauważył, że o koordynację trudno w sytuacji, gdy konsumenci/klienci z łatwością mogą migrować na zbliżony rynek produktowy (Wyjaśnienia PrUOKiK, pkt II.1.2., s. 56).

Reasumując, praktyka decyzyjna Komisji wskazuje, że reakcje uczestników rynku (rzeczywistych i potencjalnych konkurentów, nabywców, konsumentów) stanowią konieczny element analizy skutków skoordynowanych, determinujący (wraz z innymi czynnikami) ostateczną decyzję w sprawie koncentracji. Również w polskiej praktyce decyzyjnej czynnik reakcji klientów jest odnotowywany (zob. lakonicznie - dec. DKK-39/2013, *Impel*; zob. też rozbudowana prezentacja opinii nabywców o wpływie koncentracji na rynek w dec. DKK-1/2021, *Agora/Eurozet*), natomiast jak pokazuje ta ostatnia decyzja - niekoniecznie czynnik reakcji nabywców jest uwzględniony jako czynnik wzięty pod uwagę w ostatecznej decyzji (mimo, iż żaden z domów mediowych oceniających planowaną koncentrację *Agora/Eurozet* nie wskazał na negatywny wpływ koncentracji na rynek reklamy radiowej⁶⁰).

2.3. Uwagi końcowe: skutki skoordynowane a zakaz koncentracji

Analiza decyzji Komisji w sprawach koncentracji ze skutkami skoordynowanymi prowadzi do wniosku, że powstała w wyniku koncentracji struktura rynku, nawet jeśli jest duopolistyczna, sama w sobie nie jest wystarczająca do przesądzenia o zakazie koncentracji. Najdobitniej potwierdza to decyzja *ABF/GBI Business* (2008), w której Komisja warunkowo zezwoliła na koncentrację mimo, że powstały po koncentracji duopol obejmował 90-100% rynku.

Należy podkreślić, że w przypadku rynków skoncentrowanych (oligopolistycznych) pojawienie się możliwości koordynacji zachowań przedsiębiorców nie jest wystarczające dla uznania, że koncentracja powoduje istotne ograniczenie konkurencji. Konieczne jest dowiedzenie bowiem nie tylko ryzyka powstania koordynacji, ale także możliwości jej (długoterminowego/trwałego) utrzymania. Jeśli organ ochrony konkurencji nie dowiedzie możliwości utrzymania koordynacji w perspektywie długoterminowej, to sam fakt możliwości jej (krótkoterminowego/incydentalnego) wystąpienia nie może być podstawą do zakazania koncentracji. Ponadto koncentracja może spowodować ryzyko wystąpienia skutków skoordynowanych tylko wówczas, gdy rezultatem koncentracji jest taka zmiana zachęć

⁶⁰ Zob. dec. DKK-1/2021, *Agora/Eurozet*, s. 26-27. Większość nabywców (domów mediowych) wprost upatruje w koncentracji szansę powstania pożądanej przeciwwagi wobec lidera rynku.

i motywacji do koordynacji, że istniejąca w warunkach przedkoncentracyjnych koordynacja staje się znacznie łatwiejsza do utrzymania bądź gdy nowe warunki pozwalają przedsiębiorcom na angażowanie się w koordynację jako pierwszy wybór strategiczny (dec. Komisji w sprawie *Hutchison O2 Italy*, pkt 962).

Co więcej, unijne orzecznictwo potwierdza, że koncentracja może zostać zakazana, jeśli znacząca przeszkoda w skutecznej konkurencji jest bezpośrednim i natychmiastowym skutkiem koncentracji (wyr. *Telefonica*, pkt 114), natomiast „scenariusze i teorie szkody muszą jednak być wystarczająco realistyczne i wiarygodne, a zatem nie mogą być możliwe wyłącznie z teoretycznego punktu widzenia, w świetle analizy wszystkich istotnych czynników” (wyr. *Telefonica*, pkt 117). To zatem nie struktura rynku, ale (dynamiczne) zmiany gospodarcze, wykazane w drodze prospektywnej analizy (por. pkt IV. poniżej), mogą być podstawą dla wydania decyzji zakazującej koncentracji.

IV. Standardy dowodowe w decyzjach zakazujących koncentracji

Problematyka standardu dowodowego⁶¹ w sprawach koncentracji była kilkakrotnie przedmiotem zainteresowania sądów unijnych. Mając bowiem na uwadze aksjologię systemu kontroli koncentracji, **kluczowe jest faktyczne dowiedzenie przez organ ochrony konkurencji okoliczności wskazujących na istotne ograniczenie konkurencji przez planowaną koncentrację**. Trybunał Sprawiedliwości stoi na stanowisku, że co prawda wymogi dowodowe dla decyzji zezwalających na koncentracje, są takie same jak dla decyzji zakazujących koncentracji (wyr. *Impala*, pkt 46; wyr. *Cisco/Komisja*, pkt 50), jednak dla obydwu rodzajów decyzji pozostają one niezmiennie wysokie.

Kontrola koncentracji opiera się na konieczności przeprowadzenia „porównania najbardziej prawdopodobnej sytuacji konkurencyjnej na jednym lub wielu rynkach po dokonaniu koncentracji (*post merger scenario*) z sytuacją konkurencyjną, jaka miałyby miejsce bez dokonania koncentracji, w szczególności na skutek zakazania jej dokonania (*without merger scenario*)”⁶². Badanie skutków koncentracji wymaga zatem określenia tzw. sytuacji kontrfaktycznej (*counterfactual*) - w przypadku kontroli koncentracji jest to o tyle trudne, że

⁶¹ Przez standard dowodowy należy rozumieć wymaganą jakość środków dowodowych przeprowadzonych w postępowaniu administracyjnym przez organ ochrony konkurencji, na przykład pod kątem dowiedzenia wystąpienia przesłanek testu SIEC. Zob. T. Skoczny, *Glosa do wyroku ETS Bertelsmann AG i Sony Corporation of America przeciwko Komisji*, [w:] *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 2004-2009*. A. Jurkowska-Gomułka (red.), Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 126–154.

⁶² T. Skoczny, *Zgody szczególne...*, s. 26-27.

należy uwzględnić zdarzenia, które jeszcze nie nastąpiły, a mogą nastąpić (np. technologiczny rozwój rynku). Obecnie trendem orzecznictwem dla wyznaczenia *counterfactuals* staje się tzw. *dynamic counterfactuals*, tj. uwzględnianie w decyzjach koncentracyjnych elementów przyszłych (np. upublicznione projekty rozwojowe rynku, czy wejścia na rynek nowych graczy), które dotąd w żaden sposób się nie zmaterializowały⁶³.

W sprawach z zakresu kontroli koncentracji organ ochrony konkurencji zobowiązany jest do przeprowadzenia „badań prognostycznych” (wyr. *Airtours*, pkt 63), określanych w orzecznictwie jako „analiza prospektywna” (wyr. *Kali & Salz*, pkt 221⁶⁴; wyr. *Impala*, pkt 46; wyr. *Telefonica*, pkt 108). Analiza ta powinna być wykonana z pomocą modeli ekonometrycznych pozwalających na lepsze zrozumienie planowanej koncentracji oraz identyfikację i kwantyfikację niektórych skutków koncentracji, co – zdaniem Trybunału Sprawiedliwości – przekłada się na podniesienie jakości decyzji w sprawie koncentracji (wyr. *Komisja/UPS*, pkt 33)⁶⁵. Podstawy metodologiczne, na których opierają się modele ekonometryczne, powinny być na tyle obiektywne, na ile jest to możliwe, tak aby nie przesądzać wyniku analizy skutków koncentracji (wyr. *Komisja/UPS*, pkt 53).

Organ ochrony konkurencji zobowiązany jest do „ważnego zbadania okoliczności, które w zależności od konkretnego przypadku okazują się istotne dla oceny skutków koncentracji na rynku właściwym” (wyr. *Airtours*, pkt 63; wyr. *Kali & Salz*, pkt 222), **przy czym konieczne jest „wyobrażenie szeregu powiązanych ze sobą przyczyn i skutków celem wyboru jedynie tych, których prawdopodobieństwo zaistnienia jest największe”** (wyr. *Impala*, pkt 47; wyr. *Cisco/Komisja*, pkt 47; wyr. *UPS/Komisja*, pkt 32; wyr. *Telefonica*, pkt 108). Badanie to „musi być przeprowadzone z zachowaniem ostrożności oraz, przede wszystkim, z zastosowaniem podejścia opartego na analizie ewentualnych, prawdopodobnych strategii koordynacji” (wyr. *Impala*, pkt 129).

W przypadku, gdy koncentracja miałaby być zakazana, gdyż spowoduje powstanie kolektywnej dominacji, na organie ochrony konkurencji spoczywa obowiązek dostarczenia „przekonywających dowodów”⁶⁶ (*convincing evidence*) dotyczących w szczególności

⁶³ Zob. I. Fanton, *Dynamic counterfactuals and merger control: the old, the new and the uncertain*, Oxera, kwiecień 2020 - raport opisuje w tym zakresie decyzje brytyjskiego organu ochrony konkurencji.

⁶⁴ Wyr. TS z 31.03.1998 r. w połączonych sprawach C-68/94 *Francja v. Komisja* oraz C-30/95 *Société Commerciale des Potasses et de l'Azote (SCPA) and Entreprise Minière et Chimique (EMC) (Kali&Salz)*, ECLI:EU:C:1998:148.

⁶⁵ Wyr. Sądu z 7.03.2017 r. T-194/13 *United Parcel Services v. Komisja*, ECLI:EU:T:2017:144.

⁶⁶ W polskim tłumaczeniu wyroku *Airtours* używane jest wyrażenie „solidne dowody”, jednak naszym zdaniem nie oddaje ono w pełni angielskiego sformułowania *convincing evidence*. Sądom unijnym zarzuca się używanie niespójnej terminologii dotyczącej jakości dowodów (*solid, cogent, coherent, accurate*, itd.) - zob. analiza P. Szilagyi, *The ECJ Has Spoken: Where do we stand with Standard of Proof in Merger Control?*, *European Competition Law Review* 2008, issue 12, s. 727.

„okoliczności odgrywających istotną rolę dla oceny ewentualnego powstania zbiorowej pozycji dominującej, **takich jak brak skutecznej konkurencji pomiędzy podmiotami będącymi rzekomymi członkami dominującego oligopolu czy brak silnej presji konkurencyjnej, którą ewentualnie mogliby wywierać inni uczestnicy rynku**” (wyr. *Airtours*, pkt 63; por. także wyr. *Impala*, pkt 120).

Trybunał Sprawiedliwości podkreślił, że chociaż fakt rozpatrywania przez organ tezy o zbiorowej pozycji dominującej lub innej, sam w sobie nie może mieć wpływu na obowiązujące wymogi dowodowe, to jednak „wewnętrzna złożoność tezy o utrudnieniu konkurencji zakładanej w odniesieniu do zgłoszonej koncentracji stanowi element, który należy uwzględnić przy ocenie prawdopodobieństwa wystąpienia różnego rodzaju konsekwencji koncentracji w celu zidentyfikowania tych, których prawdopodobieństwo jest największe, jednak złożoność ta nie ma, jako taka, wpływu na wymagany stopień udowodnienia” (wyr. *Impala*, pkt 51). Niemniej jednak, jeśli analiza prospektywna jest złożona, „a łańcuch przyczynowo-skutkowy jest słabo dostrzegalny, niepewny i trudny do wykazania, tym ważniejsza jest jakość dowodów” (wyr. *Telefonica*, pkt 111) - dotyczy to zwłaszcza sytuacji, gdy teoria szkody wykorzystywana do opisu skutków koncentracji jest złożona lub niepewna lub wynika z trudnego do stwierdzenia związku przyczynowo-skutkowego (wyr. *Telefonica*, pkt 111). Dowody muszą być zatem wystarczające dla wykazania z dużym prawdopodobieństwem wystąpienia skutków dla konkurencji. Im wyższa złożoność koncentracji i mniej oczywiste jej skutki, tym większe znaczenie ma jakość dowodów oraz ich odzwierciedlenie w uzasadnieniu decyzji organu. Jak twierdzi M. Błachucki: „Im bardziej spekulatywna jest teoria ekonomiczna organu antymonopolowego, tym więcej wysiłku będzie on musiał włożyć w udowodnienie jej i przekonanie sądu”⁶⁷.

Z orzecznictwa wynika, że należy rozróżnić sytuację, w której koncentracja doprowadzi do powstania kolektywnej dominacji od sytuacji, w której koncentracja będzie skutkować umocnieniem kolektywnej dominacji. Zwłaszcza w tym pierwszym przypadku, jak stwierdził SPI w wyr. *Airtours*, „**poziom konkurencji istniejący na rynku w momencie zgłoszenia jest okolicznością decydującą dla stwierdzenia ewentualnego powstania zbiorowej pozycji dominującej**” (wyr. *Airtours*, pkt 82). Jeśli konkurencja na rynku była osłabiona wskutek funkcjonowania dominanta, to pojawienie się nowego podmiotu, który będzie w stanie nawiązać walkę konkurencyjną z liderem rynku, może wręcz wywierać efekt **prokonkurencyjny**. W wyr. *Airtours* SPI uznał, że samo przedstawienie w decyzji zakazującej

⁶⁷ M. Błachucki, *System postępowania...*, s. 280.

koncentracji szeregu okoliczności lub czynników występujących na rynku w latach poprzedzających zgłoszenie nie może być uznane za wystarczającą podstawę do wnioskowania, że „wiele czynników wskazuje na to, że w tym sektorze istnieje już tendencja do zbiorowej dominacji, przede wszystkim, jeżeli chodzi o określanie oferty” (wyr. *Airtours*, pkt 84). W przywołanym wyroku SPI sugeruje, że za wiarygodny i miarodajny dla sytuacji „przeszłej konkurencji” uznaje raport brytyjskiej Monopoly and Merger Commission, w którym wnioski co do intensywności konkurencji sformułowane zostały na podstawie czterech badań rynku zamówionych u zewnętrznych konsultantów (wyr. *Airtours*, pkt. 96-97) - to stanowisko sądu należy odczytywać jako zobowiązanie organów ochrony konkurencji do jak najszerszego uwzględniania w ocenie skutków koncentracji badań i danych z wiarygodnych i obiektywnych źródeł zewnętrznych. **W zakresie oceny skutków koncentracji biur podróży SPI opowiedział się za wykorzystaniem nie tylko krótkofalowych (2-letnich) prognoz rozwoju rynku, ale uznał za właściwe skorzystanie z prognoz długoterminowych (20-letnich), czego Komisja jednak nie zrobiła, co zdaniem SPI doprowadziło ją do błędnych wniosków (wyr. *Airtours*, pkt. 128-133).**

Orzecznictwo potwierdza tezę, że o kolektywnej dominacji skutkującej istotnym ograniczeniem konkurencji świadczą nie tylko całościowe, ogólne dane (np. dotyczące wielkości sprzedaży, udziału w rynku, itp.), ale także cechy specyficzne rynku, na który oddziałuje koncentracja - proces dowodzenia skutków koncentracji musi tę specyfikę uwzględniać i to w oparciu o konkretne dowody. Świetnie problem ten obrazuje stanowisko SPI w wyroku w sprawie *Airtours*, gdzie Sąd zarzucił Komisji brak dowodów na poparcie np. twierdzenia o tym, że „każde zintegrowane biuro podróży może monitorować całkowitą liczbę wyjazdów pakietowych proponowanych przez każde z trzech pozostałych biur podróży [podczas okresu planowania] i że zmiany wprowadzane przez każde z dużych biur podróży na tym etapie mogą zostać zidentyfikowane przez inne duże biura podróży za pośrednictwem ich umów z hotelami lub dyskusji dotyczących zapotrzebowania i dostępności miejsc w samolotach w celu uzyskania lub udostępnienia ofert lub negocjowania wymiany miejsc lub godzin odlotów i przylotów” (wyr. *Airtours*, pkt. 171-172). W innym miejscu chcąc dowieść, że koncentracja biur podróży istotnie ograniczy konkurencję, Komisja powołała się na „wzajemną zależność i więzi handlowe”. Było to jednak zdaniem SPI nie wystarczające, ponieważ Komisja nie opisała wyraźnie rodzaju tych więzi handlowych, ani nie precyzowała, czym są silne więzi handlowe (wyr. *Airtours*, pkt 287). W wyroku w sprawie *Impala TS* uznał za niewystarczające powoływanie się na niepoparte innymi dowodami twierdzenia „fachowca z branży” w celu dowiedzenia, że „pewne różnice w rabatach stwierdzone przez Komisję

w spornej decyzji były w stanie wykluczyć możliwość odpowiedniego monitorowania wzajemnego przestrzegania zasad ewentualnej milczącej koordynacji” (wyr. *Impala*, pkt 131). Z kolei wskazując na reakcję uczestników rynku na koordynację zachowań rynkowych, organ ochrony konkurencji musi dokonać szczegółowej analizy zakresu i specyfiki działalności innych uczestników rynku (przykładowo, w sprawie *Airtours* konieczne okazało się zbadanie możliwości pozyskiwania miejsc w samolotach przez mniejsze biura podróży).

Trybunał Sprawiedliwości zastrzegł, że badając kryteria dominacji oligopolistycznej „należy unikać mechanicznego działania polegającego na oddzielnym sprawdzaniu każdego kryterium z osobna, bez uwzględnienia ogólnego mechanizmu ekonomicznego hipotetycznej, milczącej koordynacji” (wyr. *Impala*, pkt 125).

Unijny dorobek orzecznicy dobitnie świadczy o tym, że każde twierdzenie/wnioskowanie organu ochrony konkurencji co do stanu konkurencji na rynku musi znajdować odzwierciedlenie w dowodach ilościowych i jakościowych. W zakresie dowodzenia istnienia dominacji oligopolistycznej zdolnej do istotnego ograniczenia konkurencji w wyroku *Airtours* sąd unijny odrzucił rutynowe podejście polegające na dowodzeniu cech rynku sprzyjających koordynacji⁶⁸, które można określić jako „podejście statyczne”, na rzecz „podejścia dynamicznego”, skupiającego się na wzajemnej zależności i współwystępowaniu przejrzystości rynku pozwalającej na monitorowanie działań konkurentów, trwałości koordynacji wyrażającej się w możliwości stosowania środków odwetowych/odstrasżających w sytuacji odchylenia od przyjętych zasad koordynacji oraz reakcji innych uczestników rynku na działania kolektywnie dominujących podmiotów.

Prześledziwszy rozwój orzecznictwa unijnego, jak i dorobek doktryny⁶⁹, w zakresie standardów dowodowych decyzji koncentracyjnych, można stwierdzić, że **wysoki standard dowodowy ustalony w wyroku w sprawie *Airtours* miał za zadanie ukrócić praktykę Komisji, która skłonna była stwierdzać istnienie skutków skoordynowanych w każdym przypadku, gdy struktura rynku mogła wskazywać na kolektywną dominację. Taką samą rolę w odniesieniu do skutków nieskoordynowanych pełni wyrok w sprawie *Telefonica* z 2020 r. – sam Sąd przyznaje przy tym, że „wymogi dowodowe dotyczące wykazania istnienia**

⁶⁸ A. Amelio, P. Asbo, M. de la Mano, R. Maximiano, V. Porubskys, *ABF/GBI Business: coordinated effects baked again*, Competition Policy Newsletter, 2009/1, s. 92.

⁶⁹ Zob. m.in. I. Kokkoris, *The Development of the Concept of Collective Dominance in the ECMR. From its Inception to its Current Status*, World Competition 2007, vol. 30(3), s. 436; T. Skoczny, *Glosa do wyroku Airtours.plc v Komisja Wspólnot Europejskich*, [w:] *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1964-2004* (red. A. Jurkowska, T. Skoczny), Warszawa 2007, s. 443; J. Szczodrowski, *Standard of Judicial Review of Merger Decisions Concerning Oligopolistic Markets*, Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies 2012, vol. 5(6), s. 276.

nieskoordynowanych skutków na rynku oligopolistycznym nie różnią się zasadniczo od wymogów dowodowych dotyczących wykazania skutków skoordynowanych” (wyr. *Telefonica*, pkt 109). Podejście wypracowane w sprawie *Airtours* jest więc jak najbardziej aktualne.

Jednocześnie od czasu wydania wyroku w sprawie *Impala* od organów ochrony konkurencji nie oczekuje się, że przedstawione hipotezy co do (istotnego) ograniczenia konkurencji nieuchronnie się ziszczą. **Muszą one być jednak wystarczająco prawdopodobne, przy czym w wyroku w sprawie *Telefonica* Sąd wskazał, że standard dowodowy w sprawach koncentracji to jednak więcej niż tylko ważenie prawdopodobieństwa i wykazywanie, że jeden scenariusz jest bardziej prawdopodobny od innego (wyr. *Telefonica*, pkt 118).**

Stosowanie domniemań nie spełnia zatem wymogu wykazania istotnego ograniczenia konkurencji. Jednocześnie dotychczasowe orzecznictwo nie potwierdza również stanowiska, zgodnie z którym dowodzenie w sprawach koncentracji powinno opierać się na domniemaniu, że koncentracja nie ogranicza istotnie konkurencji⁷⁰.

Wysoki standard dowodowy w postępowaniu z zakresu kontroli koncentracji opartym na teście SIEC jest uzasadniony przez otwarty charakter przesłanek istotnego ograniczenia konkurencji, jedynie częściowo doprecyzowanych w orzecznictwie i praktyce decyzyjnej (raczej unijnej niż polskiej). Obecnie, po wyrokach w sprawie *Airtours* i *Telefonica*, organy ochrony konkurencji nie mogą poprzestać na stwierdzeniu, że ograniczenie liczby istotnych konkurentów np. do dwóch po prostu „zwiększa prawdopodobieństwo, że podmioty te zrezygnują z intensywnej konkurencji i bez porozumienia realizować będą strategie niekorzystne dla kontrahentów” (dec. DKK-1/2021, *Agora/Eurozet*, s. 34) – wskazanie na zwykłe prawdopodobieństwo wynikające z prostej zmiany struktury rynku (redukcja liczby konkurentów) jest dalece niewystarczające dla dotrzymania obecnie obowiązujących standardów dowodowych.

Niniejsza ekspertyza koncentruje się na zagadnieniach prawnych, niemniej jednak w kontekście dowodzenia skutków koncentracji warto odnotować choćby jeden głos ekonomisty - M. de la Mano, członka zespołu Chief Economist w DG Competition w Komisji. Twierdzi on, że badanie efektów skoordynowanych wymaga dowodów na to, że (1) po koncentracji koordynacja zachowań jest możliwa i trwała, (2) widoczne są efekty koordynacyjne (tzn. koncentracja doprowadziła do tego, że realizacja wspólnej strategii jest łatwiejsza, stabilniejsza lub skuteczniejsza), (3) przedsiębiorcy osiągną porozumienie co do „uwspólnienia” strategii⁷¹.

⁷⁰ Zob. P. Szilagyi, *The ECJ Has Spoken...*, s. 728.

⁷¹ M. de la Mano, *Coordinated effects*, [z:] <https://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/delamano2.pdf> (dostęp: 22.01.2021 r.).

Pierwszy warunek wymaga zastosowania ekonomicznej teorii gier. Z kolei trzeci warunek - porozumienie przedsiębiorców co do „u Wspólnienia strategii” - autor uznaje za najtrudniejszy do spełnienia w praktyce, podkreślając, że teoretycznie wysoka skłonność do koordynacji niekoniecznie znajdzie odzwierciedlenie w rzeczywistości⁷². W literaturze podkreśla się także, że w postępowaniach koncentracyjnych dotyczących rynków oligopolistycznych organy ochrony konkurencji muszą kierować się podejściem analitycznym skupionym przede wszystkim na zachowaniu przedsiębiorców. Organy nie mogą w uzasadnieniu decyzji operować nieokreślonym ryzykiem kolektywnej dominacji, ale muszą wskazać jeden bądź kilka konkretnych scenariuszy skutków skoordynowanych, teoria szkody musi być oparta na klarownej teorii ekonomicznej uzasadnionej charakterystyką danego rynku⁷³. Co więcej, organ musi zweryfikować działanie przyjętej teorii szkody tak, aby stwierdzić, że założony scenariusz skutków skoordynowanych jest wiarygodny, tj. ma szansę się zmaterializować - w tym celu zaś konieczne jest szczegółowa analiza elementów testu skutków skoordynowanych prezentowane w pkt. III powyżej (skłonność uczestników oligopolistycznego rynku do koordynacji zachowań, mechanizm monitorowania zachowań konkurentów, mechanizm odstraszenia od odchylenia od wspólnej strategii, reakcje innych uczestników rynku).

Na zakończenie rozważań dotyczących standardu dowodowego, należy zarysować problematykę ciężaru dowodu w postępowaniach z zakresu kontroli koncentracji. W polskim systemie ochrony konkurencji Prezes UOKiK jest „gospodarzem postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli łączenia się przedsiębiorców”⁷⁴. Powszechnie w polskiej doktrynie jest stanowisko przesądzające o tym, że ciężar dowodu w sprawach z zakresu kontroli koncentracji spoczywa na Prezesie UOKiK⁷⁵, który jako organ administracji działający z poszanowaniem art. 7 i art. 77 k.p.a. jest z urzędu zobowiązany do przeprowadzenia dowodów służących ustaleniu stanu faktycznego sprawy⁷⁶, w tym wykazania ewentualnego

⁷² Tamże. W polskiej literaturze przegląd teorii ekonomicznych możliwych do zastosowania na rynku oligopolistycznym prezentuje J. Szczodrowski, *Kontrola rynków oligopolistycznych w prawie konkurencji*, Warszawa 2015.

⁷³ N. Petit, *The "Oligopoly Problem" in EU Competition Law*, [w:] *Research Handbook in European Competition Law*, I. Liannos and D. Geradin eds., Edward Elgar, 2013, dostępny: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1999829

⁷⁴ M. Błachucki, *System postępowania ...*, s. 271.

⁷⁵ M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*, Warszawa 2011, s. 128. Tak też A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Komentarz do art. 20 [w:] Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, wyd. II, Warszawa 2016.

⁷⁶ M. Błachucki, *System postępowania ...*, s. 271. Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 26 sierpnia 1998 r. wskazał, że „regułą obowiązującą w procedurze administracyjnej, różną od obowiązującej w sprawach cywilnych (art. 6 kc), jest to, że ciężar udowodnienia faktów istotnych dla rozstrzygnięcia w sprawie spoczywa na organie administracyjnym. Wiąże się to z istotą postępowania administracyjnego, na etapie którego organ administracyjny nie jest stroną, lecz organem władczym” Wyrok NSA z 26 sierpnia 1998 r., I SA/Gd 1675/96, LEX nr 34761.

antykonkurencyjnego charakteru koncentracji⁷⁷, niezależnie od tego, czy na te okoliczności powołuje się wnioskodawca (zgłaszający koncentrację)⁷⁸. To Prezes UOKiK dysponuje instrumentami do pozyskiwania dowodów, takim jak żądanie informacji od przedsiębiorców na podstawie art. 50 uokik. Jednocześnie w doktrynie podkreśla się, że zgłaszający koncentrację są zobowiązani do współdziałania z Prezesem UOKiK i dostarczania dowodów⁷⁹.

V. Sądowa kontrola decyzji zakazujących koncentracji

W demokratycznym państwie prawa działalność organów administracji podlega kontroli sądowej⁸⁰. Standard taki wynika z Konstytucji RP (art. 45), Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (art. 6) i prawa pierwotnego UE (art. 47 KPP i art. 19 TUE). Celem kontroli sądowej jest w szczególności ochrona praw podmiotowych jednostki⁸¹ oraz zapewnienie obiektywnego porządku prawnego⁸². Kontrola ta może także przyczynić się do podniesienia jakości i przejrzystości działań administracji⁸³. Wymusza bowiem na administracji działanie w ramach obowiązującego prawa i uzasadnianie potrzeby interwencji na gruncie danego stanu faktycznego⁸⁴. Pozwala także eliminować błędy w działaniach organów władzy publicznej i ustanawiać jednolite standardy postępowania w danej dziedzinie⁸⁵.

⁷⁷ M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna...*, s. 128

⁷⁸ A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Komentarz do art. 20 [w:] Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2016.

⁷⁹ Tak: ibidem; C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Komentarz do art. 20 [w:] Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, wyd. II, Warszawa 2009.

⁸⁰ Konstytucyjne pojęcie sądowej kontroli działalności administracji (art. 184 Konstytucji) ma charakter autonomiczny i nie powinno być interpretowane przez pryzmat pojęć ustawowych, zob. M. Bernatt, *Konstytucyjne aspekty sądowej kontroli działalności administracji (między efektywnością a powściągliwością)*, PiP 2017, nr 1, s. 35,

⁸¹ W doktrynie polskiego prawa administracyjnego taki pogląd nie budzi wątpliwości. Zob. np. E. Iserzon, J. Starościk, *Prawo administracyjne w zarysie*, Warszawa 1963, s. 289; B. Adamiak, *Model sądownictwa administracyjnego a funkcje sądownictwa administracyjnego*, [w:] *Polski model sądownictwa administracyjnego*, red. J. Stelmasiak, J. Niczyporuk, S. Fundowicz, Lublin 2003, s. 18; W. Sawczyn, *Związanie kasacyjnym orzeczeniem Naczelnego Sądu Administracyjnego*, Warszawa 2014, s. 10-11. Podobnie przyjmuje się w literaturze anglojęzycznej, zob. P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford-Nowy Jork 2012, s. 250; E. Jordao, S. Rose-Ackerman, *Judicial Review of Executive Policymaking in Advanced Democracies: Beyond Rights Review*, *Administrative Law Review*, 2014, vol. 66, s. 3.

⁸² J. Zimmerman, *Z podstawowych zagadnień sądownictwa administracyjnego*, [w:] *Sądownictwo administracyjne gwarantem wolności i praw obywatelskich 1980-2005*, Warszawa 2005, s. 500. B. Adamiak wskazuje, że ochrona praworządności jest ważnym, ale nie jedynym celem sądownictwa administracyjnego, zob. B. Adamiak, *Model...*, s. 16.

⁸³ M. Bernatt, *Koncepcja powściągliwości sądowej w prawie ochrony konkurencji*, *Państwo i Prawo*, nr 6/2017, s. 36.

⁸⁴ Tamże.

⁸⁵ S. Shavell, *The Appeals Process as a Means of Error Correction*, *Journal of Legal Studies*, 1995, vol. 24, s. 379-426; D. Gerardin, N. Petit, *Judicial Review of Competition Law, A View From the European Union*, [w:] *Temas Atuais De Direito Da Concorrência*, Sao Paulo 2012, s. 469-471.

Sposób ukształtowania kontroli sądowej jest odmienny w poszczególnych krajach europejskich i różny w ramach różnych dziedzin prawa. Jasne jest jednak, jak wskazuje Europejski Trybunał Praw Człowieka⁸⁶, że bez względu na przyjęty w ustawie sposób ukształtowania kontroli sądowej powinna ona być w praktyce merytoryczna i pełna⁸⁷. W sprawach kontroli koncentracji oznacza to, że sąd powinien sprawdzić, czy organ dowiódł, że istnieją podstawy do wydania decyzji zakazującej koncentracji, w tym czy organ dochował wymaganemu standardowi dowodowemu (np. co do wykazania ryzyka wystąpienia skutków skoordynowanych)⁸⁸. W jasny sposób przedstawił to TSUE w wyroku dot. decyzji Komisji w sprawach koncentracji w sprawie *Tetra Laval* wskazując, że **rolą sądu jest zbadanie czy zebrany w sprawie materiał dowodowy jest trafny (odpowiada faktom), wiarygodny i spójny i czy ma na uwadze wszystkie okoliczności, które muszą być wzięte pod uwagę przy ocenie złożonych kwestii ekonomicznych**⁸⁹. W praktyce intensywność kontroli sądowej sprawowanej przez Sąd UE jest znacząca, w tym odnośnie do ustaleń Komisji o charakterze ekonomicznym dot. kolektywnej pozycji dominującej. Na przykład w powoływanym już wyżej wyroku w sprawie *Airtours* Sąd doszedł do wniosku, że decyzja Komisji była „daleka od uzasadnienia prezentowanej analizy przewidywalnego rozwoju sprzedaży”, a jej decyzja była „dotknięta szeregiem błędów w ocenie dotyczących istotnych elementów oceny ewentualnego stworzenia kolektywnej pozycji dominującej” oraz że „Komisja zakazała przeprowadzenia koncentracji, nie udowadniając w stopniu wymaganym przez przepisy prawa, że koncentracja doprowadziłaby do powstania zbiorowej pozycji dominującej trzech dużych biur podróży, mogącej prowadzić do znacznego zakłócenia skutecznej konkurencji na rynku właściwym” (pkt 294 wyroku). Sąd podobnie ocenił decyzję Komisji w ww. wyroku z 2020 r. w sprawie *Telefonica*.

Sformułowany przez TSUE w sprawie *Tetra Laval* standard intensywności kontroli sądowej realizuje wymogi wynikające z art. 6 EKPC i dlatego może stanowić punkt odniesienia dla określenia w jaki sposób Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (SOKiK) powinien

⁸⁶ Por. m.in. wyroki ETPCz w sprawie *Albert and Le Compte v. Belgium*, 7299/75, pkt 29 oraz w sprawie *Bryan v. U.K.*, 19178/91, pkt 40. Odnośnie wymogów wynikających z art. 6 EKPC zob. M. Bernatt, *Czy Polska oferuje więcej niż wymaga Konwencja? O konwencyjnym wymogu pełnej jurysdykcji i polskim modelu sądowej kontroli kar nakładanych przez Prezesa UOKiK*, w: *Między prawem administracyjnym a prawem karnym. Standardy rzetelności postępowania w sprawach ochrony konkurencji i konsumentów*, red. W. Jasiński, Warszawa 2016, s. 132-144.

⁸⁷ M. Bernatt, *Konstytucyjne aspekty sądowej kontroli działalności administracji (między efektywnością a powściągliwością)*, PiP 2017, nr 1, s. 40.

⁸⁸ Zob. P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford University Press 2012, s. 433. Innymi słowy standard dowodu, któremu ma dochować organ rzutuje na to co sprawdzić ma w postępowaniu odwoławczym sąd.

⁸⁹ Wyrok TS w sprawie *Tetra Laval*, C-12/03 P, EU:C:2005:87, pkt 39.

sprawdzać decyzję UOKiK zakazującą koncentracji⁹⁰. **Mając to na uwadze, przyjąć należy, że konieczne jest zbadanie przez SOKiK, czy Prezes UOKiK – jako organ na którym zgodnie z art. 7 KPA spoczywa ciężar dowodu w zakresie wykazania, że zakazana koncentracja w istocie prowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji – dochował standardowi dowodowemu, a więc wykazał, że zakazana koncentracja faktycznie wiązać się będzie z takim ograniczeniem konkurencji.**

Badając zatem odwołanie od decyzji zakazującej koncentrację w oparciu o teorię kolektywnej pozycji dominującej SOKiK powinien zbadać, czy w swojej decyzji Prezes UOKiK dowiódł w wystarczającym stopniu okoliczności związanych z ryzykiem powstania kolektywnej pozycji dominującej i wystąpienia skutków skoordynowanych, w tym w odniesieniu do okoliczności dotyczących specyficznych cech danego rynku oligopolistycznego umożliwiających koordynację, zdolności obecnych na rynku oligopolistycznym przedsiębiorców do koordynacji zachowań oraz reakcji uczestników rynku na próby koordynacji zachowań rynkowych (zob. pkt III 2.2. ekspertyzy). **SOKiK musi zbadać zatem, czy twierdzenia Prezesa UOKiK mają swoje poparcie w zebranych materiale dowodowym (nie są gołosłowne)⁹¹. Równocześnie zbadać musi czy rozumowanie Prezesa UOKiK w uzasadnieniu decyzji jest spójne, wiarygodne i całościowe (tj. czy ma na uwadze wszystkie okoliczności relewantne przy wykazywaniu skutków skoordynowanych koncentracji).**

Oddzielnym zagadnieniem jest natomiast sposób rozstrzygnięcia sprawy przez SOKiK w sytuacji, w której doszedłby on do wniosku, że decyzja zakazowa UOKiK nie realizuje ww. standardu dowodowego. W tym przypadku różnice w modelu kontroli sądowej w UE (odwołanie od decyzji Komisji do Sądu UE) i w Polsce (odwołanie od decyzji Prezesa UOKiK do SOKiK) są istotne i wpływają na sposób rozstrzygnięcia sprawy przez sąd. W prawie UE, Sąd UE (dawny Sąd Pierwszej Instancji) został ukształtowany co do zasady jako sąd kasatoryjny nie mający uprawnień do dokonania zmiany Komisji Europejskiej⁹². W przypadku więc stwierdzenia niedochowania przez Komisję standardowi dowodowemu, Sąd UE uchyla (a nie zmienia) decyzję Komisji⁹³. SOKiK jest ukształtowany w odmienny sposób – jest sądem pierwszoinstancyjnym uprawnionym do wydania wyroku reformatoryjnego zmieniającego

⁹⁰ W nawiązaniu do powołanego orzecznictwa UE zauważyć należy, że SN postrzega rolę SOKiK jako merytoryczną weryfikację decyzji Prezesa UOKiK. Zob. wyroki SN z: 12.04.2013 r., III SK 28/12; 5.11.2015 r., III SK 7/15. Zob. szerzej M. Bernatt, *Effectiveness...*, s. 103.

⁹¹ SN obrazowo mówi o braku „zakotwiczenia” ustaleń faktycznych i ocen prawnych w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym, zob. wyrok SN z dnia 7 marca 2018 r., sygn. akt III SK 6/17.

⁹² Możliwość zmiany decyzji dotyczy wyłącznie zmiany wysokości kary nałożonej przez Komisję na podstawie Rozporządzenia 1/2003.

⁹³ Zob. na przykład ww. wyroki w sprawie *Airtours* i *Telefonica*.

decyzję Prezesa UOKiK. W sytuacji więc dojścia przez SOKiK do wniosku, że decyzja zakazowa UOKiK nie realizuje wymaganego standardu dowodowego, SOKiK jest uprawniony do poczynienia własnych ustaleń w oparciu o zebrany w sprawie materiał dowodowy i stwierdzenia, że w świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego nie istnieją podstawy do wydania decyzji zakazowej.

Zauważyć należy, że z orzecznictwa SOKiK w sprawach dotyczących praktyk ograniczających konkurencję wynika możliwość zmiany decyzji Prezesa UOKiK w związku z dokonaniem odmiennej niż Prezes UOKiK oceny materiału dowodowego⁹⁴. Taka możliwość wynika także z orzecznictwa SN.⁹⁵ W wyroku w sprawie III SK 7/15 Sąd Najwyższy „z uwagi na merytoryczny charakter postępowania z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu,” uznał, że „w przypadku stwierdzenia przez Sąd odwoławczy, że rynek właściwy opisany w sentencji decyzji Prezesa Urzędu nie został wyznaczony prawidłowo i w braku ustaleń faktycznych w toku postępowania sądowego uprawniających do wyznaczenia innego rynku właściwego (ryнку właściwego o innych granicach), Sąd powinien zmienić odpowiednio decyzję Prezesa Urzędu”. Następnie Sąd Najwyższy uznał, że „w świetle poczynionych w sprawie ustaleń uzasadniona jest zmiana decyzji tylko w zakresie prowadzącym do niestwierdzenia posiadania przez powoda pozycji dominującej na rynku właściwym wyznaczonym (wadliwie) w postępowaniu antymonopolowym”. SN wyraźnie przyjmuje także, że brak w sprawie wystarczającego materiału dowodowego świadczącego o istnieniu praktyki uzasadnia zmianę decyzji Prezesa UOKiK poprzez niestwierdzenie praktyki.⁹⁶ W wyroku w sprawie III SK 6/17 SN wskazał na **„możliwość niestwierdzenia praktyki ograniczającej konkurencję, gdy ustalenia postępowania administracyjnego i sądowego (w zakresie w jakim wykraczają poza podzielenie ustaleń postępowania administracyjnego), okażą się niewystarczające do przypisania przedsiębiorcy naruszenia reguł konkurencji (co ma miejsce w szczególności**

⁹⁴ Wynika to np. z następujących wyroków SOKiK: z dnia 29 maja 2008 r., sygn. akt XVII AmA 53/07 („Zasadnicie w ocenie Sądu podnosili skarżący, że określenie takie jest zbyt szerokie, bowiem hurtowy obrót farbami i lakierami obejmuje też np. farby i lakiery przemysłowe lub używane w branży samochodowej. Jednocześnie materiał zgromadzony w sprawie pozwolił Sądowi zmienić w tym zakresie zaskarżoną decyzję i określić rynek właściwy w aspekcie produktowym jako rynek "hurtowego obrotu farbami i lakierami dekoracyjnymi". Żadna ze stron nie kwestionowała bowiem asortymentu produktów objętych zakresem przedmiotowego porozumienia”); z dnia 5 listopada 2013 r., sygn. XVII AmA 125/11 (w wyroku tym SOKiK zakwestionował udział jednego z kilku wymienionych w decyzji Prezesa UOKiK przedsiębiorców w porozumieniu ograniczającym konkurencję i zmienił w odniesieniu do niego decyzję Prezesa UOKiK w ten sposób, że nie stwierdził naruszenia zakazu); z dnia 30 września 2015 r. sygn. akt XVII AmA 140/13 (w wyroku tym SOKiK zmienił decyzję Prezesa UOKiK w ten sposób, że uznał niektóre zachowania przedsiębiorcy dominującego za nieudowodnione); z dnia 29 września 2020 r., sygn. akt XVII AmA 33/18 (zmiana decyzji w zakresie definicji rynku właściwego).

⁹⁵ Zob. wyroki SN z dnia 5 listopada 2015 r., sygn. akt III SK 7/15; z dnia 4 października 2017 r., sygn. akt III SK 49/16, z dnia 7 marca 2018 r., sygn. akt III SK 6/17.

⁹⁶ Brak aktywności dowodowej Prezesa UOKiK na etapie postępowania odwoławczego jest argumentem za wydaniem takiego wyroku, zob. ww. wyroki SN w sprawie III SK 7/15 i III SK 6/17.

w przypadku braku „zakotwiczenia” ustaleń faktycznych i ocen prawnych w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym przez odesłanie do konkretnych dokumentów)”. Należy przy tym pamiętać, że SOKiK jest w pełni uprawniony do przeprowadzania postępowania dowodowego przed sądem, które będzie służyć weryfikacji ustaleń Prezesa UOKiK.

Brak jest podstaw do przyjęcia, że w postępowaniach w sprawie z odwołania od decyzji zakazującej koncentrację podejście miałyby być odmienne niż w zaprezentowanym orzecznictwie w sprawach praktyk ograniczających konkurencję. **W sytuacji więc dojścia przez SOKiK do wniosku, że decyzja zakazowa UOKiK nie realizuje wymaganego standardu dowodowego (zebrany w sprawie materiał dowodowy nie jest wystarczający do dowiedzenia istnienia ryzyka ograniczenia konkurencji na skutek planowanej koncentracji), SOKiK po dokonaniu własnych ustaleń w oparciu o całość zebranego w sprawie materiału dowodowego (a więc pochodzącego z postępowania administracyjnego i sądowego) jest uprawniony do zmiany decyzji Prezesa UOKiK i uznania, że wobec niestwierdzenia, aby koncentracja skutkowała istotnym ograniczeniem konkurencji istnieją podstawy do wydania zgody na koncentrację. Zwrócić należy też uwagę, że takie rozstrzygnięcie będzie czyniło zadość wymogowi rozstrzygnięcia sprawy w rozsądnym terminie, które w świetle art. 45 ust. 1 Konstytucji RP i art. 6 EKPC jest prawem strony postępowania.**

VI. Wnioski

1. Istotne ograniczenie konkurencji jako przesłanka ewentualnego zakazu koncentracji pozwala na stwierdzenie negatywnych skutków koncentracji także w przypadku, gdy koncentracja nie prowadzi do utworzenia podmiotu, który uzyskuje lub umacnia (indywidualną) pozycję dominującą na rynku. Zarówno w orzecznictwie, jak i doktrynie bezspornym jest, że niepożądanym skutkiem koncentracji mogą być także efekty skoordynowane wynikające z kolektywnej pozycji dominującej, która pojawia się w pokoncentracyjnej strukturze rynku. W przeprowadzonych analizach nie zidentyfikowano jednak żadnej decyzji Komisji Europejskiej, w której struktura udziałów w rynku (nawet jeśli jest to duopol) byłaby elementem przesądzającym wniosek o istotnym ograniczeniu konkurencji. Przeciwnie, dorobek unijny dostarcza przykładów sytuacji, gdzie mimo, że udziały w rynku największych rynkowych

konkurentów mieściły się w przedziale 80%-100%, Komisja nie decydowała się na zakazanie koncentracji, uznając, że: (a) inne okoliczności (np. brak przejrzystości rynku, reakcje klientów na próby koordynacji zachowań) wskazywały, że nie dojdzie do milczącej koordynacji (pojawienia się efektów skoordynowanych) bądź (b) nawet jeśli wystąpienie efektów skoordynowanych jest wysoce prawdopodobne, to mogą one zostać wyeliminowane poprzez nałożenie na uczestników koordynacji określonych warunków.

2. Uznanie, że koncentracja wywoła skutki skoordynowane, wymaga nie tylko podejścia ilościowego (kalkulacja udziałów w rynku), ale przede wszystkim - podejścia funkcjonalnego (dynamicznego), wymagającego analizy współzależności między (potencjalnie) dominującymi przedsiębiorcami oraz między nimi a innymi uczestnikami rynku. Wystąpienie efektów skoordynowanych wymaga wykazania, że koordynacja między kolektywnie dominującymi przedsiębiorcami będzie trwała (konieczne uwzględnienie mechanizmów monitorowania i odstraszenia) i będzie możliwa do utrzymania w świetle reakcji pozostałych uczestników rynku. Zgodnie z założeniami testu SIEC udział w rynku jest tylko jednym z wielu elementów uwzględnianych w analizie wpływu koncentracji na konkurencję i nie może być uznany za wystarczający do domniemywania efektów skoordynowanych.

Dorobek orzecznicy sądów unijnych pozwala na odtworzenie standardu dowodowego w decyzjach zakazujących koncentracji wywierających efekt skoordynowany. Proces dowodzenia w sprawach z zakresu kontroli koncentracji opiera się obecnie na podejściu ostrożnościowym w zakresie dokonywania analizy prospektywnej, której istotą nie jest badanie zdarzeń przeszłych ani aktualnych, ale prognozowanie wydarzeń, które z (wystarczająco dużym) prawdopodobieństwem wystąpią w przyszłości i spowodują znaczące ograniczenie (skutecznej) konkurencji. W takie podejście ostrożnościowe wbudowane jest również rygorystyczne badanie związków przyczynowo-skutkowych⁹⁷. Taki standard dowodzenia wyklucza możliwość uzasadniania decyzji zakazujących koncentracji jedynie poprzez twierdzenia i wnioski nie znajdujące oparcia w wiarygodnych dowodach, które pozwalałyby na graduację stopnia prawdopodobieństwa, z jakim zakładany efekt może wystąpić tak, aby ostatecznie móc stwierdzić, że określony efekt może wystąpić z dużym prawdopodobieństwem. Unijne

⁹⁷ Tak M. Todino, G. van de Walle, L. Stoican, *EU Merger Control and Harm to Innovation—A Long Walk to Freedom (from the Chains of Causation)*, *The Antitrust Bulletin*, 2019, vol. 64(1).

wyroki w sprawach: *Airtours* (2002) i *Telefonica* (2020) powszechnie odczytuje się nie tylko jako wyroki ustanawiające standard dowodowy dla decyzji zakazujących koncentracji, ale jednocześnie jako ostrzeżenie dla Komisji Europejskiej (a ze względu na tożsamość unijnego i krajowych systemów ochrony konkurencji - także dla organów krajowych), przed arbitralną oceną skutków koncentracji z zastosowaniem testu SIEC.

3. Rozpatrując odwołanie od decyzji zakazującej koncentrację w oparciu o teorię kolektywnej pozycji dominującej, SOKiK powinien zbadać, czy w swojej decyzji Prezes UOKiK dowiódł w wystarczającym stopniu okoliczności związanych z ryzykiem powstania kolektywnej pozycji dominującej i wystąpienia skutków skoordynowanych, w tym w odniesieniu do okoliczności dotyczących specyficznych cech danego rynku oligopolistycznego umożliwiających koordynację, zdolności obecnych na rynku oligopolistycznym przedsiębiorców do koordynacji zachowań oraz reakcji uczestników rynku na próby koordynacji zachowań rynkowych. SOKiK musi zbadać zatem, czy twierdzenia Prezesa UOKiK mają swoje poparcie w zebranych materiałach dowodowych. Równocześnie zbadać musi czy rozumowanie Prezesa UOKiK w uzasadnieniu decyzji jest spójne, wiarygodne i całościowe (tj. czy ma na uwadze wszystkie okoliczności relewantne przy wykazywaniu skutków skoordynowanych koncentracji). W sytuacji dojścia przez SOKiK do wniosku, że decyzja zakazowa UOKiK nie realizuje wymaganego standardu dowodowego (zebrany w sprawie materiał dowodowy nie jest wystarczający do dowiedzenia istnienia ryzyka ograniczenia konkurencji na skutek planowanej koncentracji), SOKiK po dokonaniu własnych ustaleń w oparciu o całość zebranego w sprawie materiału dowodowego jest uprawniony do zmiany decyzji Prezesa UOKiK i uznania, że wobec niestwierdzenia, aby koncentracja skutkowała istotnym ograniczeniem konkurencji istnieją podstawy do wydania zgody na koncentrację.

Ekspertyza CARS nr 1/2021 autorstwa:

Dr hab. Maciej Bernatt

Dr hab. Agata Jurkowska-Gomułka

Zaakceptowana przez prof. dr hab. Stanisław Piątka

Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych (CARS)

Wydział Zarządzania

Uniwersytet Warszawski