

Tadeusz Skoczny

Zgody szczególne w prawie kontroli koncentracji

Warszawa 2012



Wydawnictwo Naukowe
Wydziału Zarządzania
Uniwersytetu Warszawskiego

Zgody szczególne w prawie kontroli koncentracji



Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego

Dwudziesta czwarta publikacja Programu Wydawniczego CARS

Seria: Podręczniki i Monografie (10)

Redaktor serii: dr hab. Tadeusz Skoczny, prof. UW

Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych (CARS)

www.cars.wz.uw.edu.pl

Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych (CARS) zostało utworzone uchwałą Rady Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego z dnia 21 lutego 2007 r. jako „inna wymieniona w regulaminie wydziału jednostka, niezbędna do realizacji zadań wydziału” w rozumieniu § 20 Statutu Uniwersytetu Warszawskiego z dnia 21 czerwca 2006 r.

CARS prowadzi między- i interdyscyplinarne badania naukowe oraz prace rozwojowe i wdrożeniowe w zakresie ochrony konkurencji i regulacji sektorowych w gospodarce rynkowej, ale także przygotowuje wydawnictwa zwarte i periodyczne, organizuje lub współorganizuje konferencje, seminaria, warsztaty i szkolenia, a w przyszłości będzie także patronować studiom podyplomowym.

W skład **CARS** wchodzi Członkowie Zwyczajni (pracownicy naukowcy Wydziału Zarządzania UW), Członkowie Stowarzyszeni (pracownicy naukowcy innych wydziałów UW, w tym głównie Wydziału Prawa i Administracji i Wydziału Nauk Ekonomicznych, a także innych krajowych i zagranicznych uczelni i jednostek badawczych) oraz Stali Współpracownicy (w tym osoby zatrudnione w polskich i zagranicznych firmach i instytucjach publicznych i prywatnych).

Tadeusz Skoczny

Zgody szczególne w prawie kontroli koncentracji

Warszawa 2012



Wydawnictwo Naukowe
Wydziału Zarządzania
Uniwersytetu Warszawskiego

Recenzenci:

Doc. dr hab. Cezary Banasiński,

Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa i Administracji

Prof. UW dr hab. Stanisław Piątek,

Uniwersytet Warszawski, Wydział Zarządzania

Projekt okładki: Dariusz Kondefefer

© Copyright by Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu
Warszawskiego and Tadeusz Skoczny

ISBN: 978-83-61276-99-9



WYDAWCA:

Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania

Uniwersytetu Warszawskiego

02-678 Warszawa, ul. Szturmowa 1/3

Tel. (+48-22) 55-34-164

e-mail: jjagodzinski@mail.wz.uw.edu.pl

www.wz.uw.edu.pl



SKŁAD I ŁAMANIE:

Dom Wydawniczy ELIPSA,

00-189 Warszawa, ul. Inflancka 15/198

Tel./Fax (+48.22) 635-03-01; (+48.22) 635-17-85

E-mail: elipsa@elipsa.pl; www.elipsa.pl

DYSTRYBUCJA

Księgarnia Ekonomiczna

02-094 Warszawa, ul. Grójecka 67

Tel. (+48-22) 822-90-42; Fax (+48-22) 823-64-67

E-mail: infro@ksiegarnia-ekonomiczna.com.pl

Moim najbliższym

Spis treści

Wykaz akronimów	11
Rozdział I	
Zgody szczególne i ich miejsce w systemie prawa kontroli koncentracji	13
1. System i testy prewencyjnej kontroli koncentracji	13
2. Zgody szczególne w systemie prawa kontroli koncentracji	33
Rozdział II	
Zgody wyjątkowe (niedopuszczalność zakazu)	43
1. Niedopuszczalność zakazu koncentracji z udziałem upadającej firmy	43
2. Materialnoprawne przesłanki obrony argumentem upadającej firmy	84
2.1. Upadające przedsiębiorstwo	84
2.2. Brak alternatywy	91
2.3. Utrata aktywów	96
3. Formalno-prawne przesłanki stosowania argumentu upadającej firmy	99
Rozdział III	
Zgody nadzwyczajne (nieskuteczność zgody albo uchylenie lub odstąpienie od zakazu)	105
1. Nieskuteczność zgody albo uchylenie lub odstąpienie od zakazu koncentracji na podstawie kryteriów interesu publicznego innych niż ochrona konkurencji	105
2. Ochrona interesów publicznych innych niż ochrona konkurencji w prawie kontroli koncentracji Unii Europejskiej	126
2.1. Miejsce interesów publicznych innych niż ochrona konkurencji w ocenie koncentracji o wymiarze unijnym	126
2.2. Prawo interwencji państw członkowskich Unii Europejskiej w postępowania w sprawach koncentracji w celu ochrony interesów bezpieczeństwa w zakresie produktów wojskowych. . . .	134
2.3. Ochrona „uprawnionych interesów” państw członkowskich Unii Europejskiej w postępowaniach w sprawach transgranicznych koncentracji o wymiarze unijnym.	141

2.3.1. Istota i zakres	141
2.3.2. Dorobek decyzyjny i orzeczniczy	150
3. Uchylenie lub odstąpienie od zakazu na podstawie interesów publicznych innych niż ochrona konkurencji	171
3.1. Zgody nadzwyczajne na dokonanie antykonkurencyjnych koncentracji wydawane przez inne organy władzy publicznej	171
3.2. Odstąpienie od zakazu koncentracji przez organ ochrony konkurencji	180
4. Testy interesu publicznego	204
4.1. Bezpieczeństwo publiczne	204
4.2. Pluralizm mediów	217
4.3. Reguły ostrożnościowe	231
4.4. Inne interesy publiczne	239
5. Uwarunkowania kompetencyjne i proceduralne stosowania kryteriów niezwiązanych z konkurencją do oceny koncentracji	251
5.1. Uwarunkowania kompetencyjne i proceduralne stosowania art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004	251
5.2. Uwarunkowania kompetencyjne i proceduralne stosowania kryteriów niezwiązanych z konkurencją w krajowych porządkach prawnych kontroli koncentracji	257

Rozdział IV

Zgody warunkowe (uniknięcie zakazu)	262
1. Uniknięcie zakazu koncentracji w drodze zgody warunkowej	262
2. Warunki	278
2.1. Istota prawna, wymogi akceptowalności oraz rodzaje warunków	278
2.1.1. Istota prawna warunków	278
2.1.2. Ogólne wymogi akceptowalności warunków	284
2.2. Rodzaje warunków	290
2.2.1. Warunki nazwane i nienazwane	290
2.2.2. Warunki modyfikacyjne i gwarancyjne	294
2.2.3. Warunki strukturalne i behawioralne; preferowanie warunków strukturalnych	299
2.2.4. Warunki zgody na dokonanie koncentracji horyzontalnych oraz wertykalnych i konglomeratowych	316
3. Modyfikacyjne warunki strukturalne	318
3.1. Zbycie	318
3.1.1. Zbycie przedsiębiorstwa	318
3.1.2. Wymogi akceptowalności zbycia	329
3.1.2.1. Ogólnie	329
3.1.2.2. Przedmiot warunku (zbywane przedsiębiorstwo)	331
3.1.2.3. Zbycie na rzecz odpowiedniego nabywcy	335

3.1.2.4. Termin spełnienia warunku	339
3.1.2.5. Klauzula nieodwracalności zbycia	344
3.2. Inne warunki strukturalne	346
3.2.1. Ogólnie	346
3.2.2. Usunięcie powiązań z konkurentami	348
3.2.3. Udzielenie niedyskryminacyjnego dostępu do infrastruktury	349
3.2.4. Udzielenie licencji praw wyłącznych	351
3.2.5. Rozwiązanie lub zmiana długoterminowych umów na wyłączność	352
4. Modyfikacyjne warunki behawioralne	354
5. Warunki gwarancyjne (obowiązki)	371
6. Uwarunkowania proceduralne i sankcyjne zgód warunkowych	387
6.1. Formułowanie i nakładanie warunków	387
6.1.1. Procedura formułowania i nakładania warunków	387
6.1.2. Zagrożenia dla konkurencji jako punkt wyjścia procedury formułowania warunków	392
6.1.3. Inicjatywa warunków; przedsiębiorstwa – reguła, organ ochrony konkurencji – wyjątek	400
6.1.4. Negocjowanie warunków	412
6.1.5. Nakładanie warunków	420
6.2. Instrumenty prawne zapewnienia skuteczności zgód warunkowych	424
Rozdział V	
Podsumowanie i wnioski	441
Źródła	457
Literatura podstawowa	475

Wykaz akronimów

Bus. L.I.	– Business Law International
CMLR	– Common Market Law Review
Comp. L.I.	– Competition Law Insight
Dz. U.	– Dziennik Ustaw
Dz. Urz. UE	– Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
Dz. Urz. WE	– Dziennik Urzędowy Wspólnot Europejskich
Dz. Urz. UOKiK	– Dziennik Urzędowy Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
EC CPN	– European Commission Competition Policy Newspaper
ECLR	– European Competititon Law Review
ELRev	– European Law Review
EOG	– Europejski Obszar Gospodarczy
EPS	– Europejski Przegląd Sądowy
ETS	– Europejski Trybunał Sprawiedliwości
EU	– European Union
FTC	– Federal Trade Commission
GCR	– Global Competition Review
GRUR Int.	– Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Internationaler Teil
iKAR	– internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny
JCLE	– Journal of Competition Law and Economics
KE	– Komisja Europejska
KRRiT	– Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji
MoP	– Monitor Prawniczy

OECD	– Organisation of Economic Co-operation and Development
PiP	– Państwo i Prawo
PPH	– Przegląd Prawa Handlowego
PUG	– Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego
RPEiS	– Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny
SOKiK	– Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
SPI	– Sąd Pierwszej Instancji
TEWG	– Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą
TFUE	– Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej
TUE	– Traktat o Unii Europejskiej
TWE	– Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską
UOKiK	– Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
YARS	– Yearbook of Antitrust and Regulation
WuW	– Wirtschaft und Wettbewerb

Rozdział I

Zgody szczególne i ich miejsce w systemie prawa kontroli koncentracji

1. System i testy prewencyjnej kontroli koncentracji

Procesy koncentracji majątku (głównie produkcyjnego) i **kapitału** (głównie inwestycyjnego) w rękach coraz mniejszej ilości właścicieli lub przedsiębiorców (głównie w warunkach rozproszenia własności) rozpoczęły się już na początku XX w. i trwają – z różnym nasileniem – do dzisiaj. Dokonują się one przede wszystkim w drodze horyzontalnych, wertykalnych i konglomeratowych operacji koncentracyjnych (*concentrations*), przybierających z reguły postać fuzji (*mergers*) niezależnych firm – zarówno połączeń ich aktywów (*assets*), jak i pasywów (*shares*) – lub przejęć (*acquisitions*) czy przejęć kontroli (*acquisitions of control*), w tym przejęć kontroli poprzez tworzenie wspólnych przedsiębiorstw czy przedsiębiorców (*joint ventures*), tj. operacji dokonywanych najczęściej albo na aktywach, albo na pasywach, a czasem także w inny sposób (np. przez łączenie funkcji kierowniczych); istotą każdej fuzji i akwizycji (M&A) *sensu stricte* jest jednak zawsze trwała zmiana w strukturze dominacji i podporządkowania przedsiębiorstw (przedsiębiorców) w niej uczestniczących¹.

¹ Ekonomiczna istota procesów i rodzajów koncentracji oraz prawna charakterystyka różnych typów operacji (transakcji) koncentracyjnych pozostaje całkowicie poza zakresem rozważań niniejszej monografii; zob. *Fuzje i przejęcia*, pod red. naukową W. Frąckowiaka, PWE, Warszawa 2009; A. Zabłocka, *Polityka konkurencji Unii Europejskiej wobec koncentracji przedsiębiorstw*, Wyd. Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 2008; A. Fornalczyk, *Biznes a ochrona konkurencji*, wyd. II rozszerzone, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2012, s. 15 i d., s. 144 i d.; zob. także M. Bernatt, A. Jurkowska, T. Skoczny, *Ochrona konkurencji i konsumentów*, Wyd. Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2007, s. 100 i d.

W gospodarce rynkowej, opartej na paradygmacie efektywności², **bezpośrednim** podstawowym **celem** (przyczynami) **koncentracji** (zindywidualizowanych operacji koncentracyjnych)³ jest **wzrost zewnętrzny** przedsiębiorstw (przedsiębiorców)⁴, który **prowadzi** najczęściej **do korzyści efektywnościowych** (*efficiencies*)⁵. Zindywidualizowane (konkretne) **koncentracje mogą** jednak także **prowadzić do strat czy szkód dla konkurencji** (*competition harm*), polegających – najogólniej rzecz ujmując – na **kreowaniu lub wzmocnieniu** istotnej (znaczącej) **władzy rynkowej** (*market power*) ich uczestników, w tym przede wszystkim na tworzeniu możliwości podwyższania cen (czasem obniżania podaży), ale także pogarszania innych parametrów konkurowania (jakości, innowacji), bez ponoszenia negatywnych konsekwencji w postaci utraty klientów, w tym konsumentów⁶; tego rodzaju szkody dla konkurencji mogą powstać w drodze wzrostu zarówno indywidualnej, jak i kolektywnej władzy rynkowej (tzw. koncentracji rynku)⁷. Co więcej, **wyeliminowanie lub ograniczenie konkurencji** (wolnej lub skutecznej)⁸ **bywa** niekiedy **świadomym celem koncentracji** (fuzji lub akwizycji). Nie ma najmniejszych wątpliwości, że zarówno pozytywne, jak i negatywne przyczyny i skutki koncentracji, jako elementu praktyki gospodarczej, mają przede wszystkim charakter ekonomiczny i są przedmiotem badań nauk ekonomicznych, z których dorobku czerpią zarówno prawodawcy, tworzący reguły

² Przyjmuję i nie rozwijam, że na paradygmacie tym oparta jest, co do zasady, także „społeczna gospodarka rynkowa”.

³ Tak właśnie, jako konkretne (zindywidualizowane) operacje koncentracyjne, rozumiane i używane będzie pojęcie „koncentracji” w całej monografii.

⁴ W rozważaniach i ustaleniach niniejszej monografii nie ma żadnych odniesień do istoty ekonomicznej i prawnej podmiotów gospodarczych dokonujących koncentracji. Zamiennie będą stosowane zarówno pojęcia używane z reguły w naukach ekonomicznych (podmiot gospodarczy, firma, przedsiębiorstwo), jak i terminy języka prawnego, aczkolwiek w odniesieniu do prawa UE będzie najczęściej używane pojęcie przedsiębiorstwa (*undertaking*), a w odniesieniu do prawa polskiego – pojęcie przedsiębiorcy.

⁵ Zob. szerzej np. E. Jantoni-Drozowska, *Ekonomiczne przesłanki antymonopolowej oceny koncentracji* [w:] *Konkurencja w gospodarce współczesnej*, pod red. C. Banasińskiego, E. Stawickiego, UOKiK, Warszawa 2007, s. 270–276.

⁶ Ekonomiczna istota władzy rynkowej, jako celu i/lub skutku koncentracji, nie jest przedmiotem rozważań i ustaleń niniejszej monografii.

⁷ Tak A. Fornalczyk, *Biznes a ochrona konkurencji*, s. 153.

⁸ Także dorobek ekonomii konkurencji w zakresie istoty i aksjologii konkurencji, w tym tzw. konkurencji skutecznej (*effective competition*), na rynkach polipolistycznych i oligopolistycznych pozostaje w tle rozważań niniejszej monografii; zob. Z. Jurczyk, *Karteles w polityce konkurencji Unii Europejskiej*, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 15 i d. oraz cyt. tam literaturę.

publicznoprawnej kontroli koncentracji, jak i stosujące te reguły organy administracyjne i sądy⁹.

Prawo ochrony konkurencji, którego celem jest przeciwdziałanie eliminowaniu lub ograniczaniu procesu konkurowania czy mechanizmu konkurencji w interesie (na rzecz) dobrobytu konsumentów (consumer welfare) utożsamianego z efektywnością ekonomiczną (*efficiency*)¹⁰, **ma za zadanie** – obok zakazywania praktyk ograniczających konkurencję – **przeciwdziałać antykonkurencyjnym (nadmiernym) koncentracjom**. Czyni tak w wymiarze narodowym (w niektórych krajach od ok. 100 lat, w innych od lat kilkadziesiąt lub kilkunastu), w europejskim wymiarze regionalnym od ponad 50 lat, w tym od ponad 20 lat szczególnie intensywnie, oraz w wymiarze globalnym¹¹. Przeciwdziałanie antykonkurencyjnym koncentracjom odbywa się na trzy sposoby: w drodze dekoncentracji strukturalnej¹², na zasadzie zakazu koncentracji (*ex post*)¹³ oraz **w modelu prewencyjnej kontroli koncentracji (*ex ante*)**; ten ostatni model **dominuje** dzisiaj na świecie nawet

⁹ Niezależnie do zakresu korzystania z tego dorobku, niniejsza monografia pozostaje jednoznacznie pracą prawniczą.

¹⁰ Tylko w tle prowadzonych rozważań pozostaje przekonanie, że dobrobyt konsumentów bazujący na efektywności jest ultimatywnym celem ochrony konkurencji; weryfikacja zasadności tego przekonania, choćby w kategoriach polityki konkurencji, nie jest nawet ubocznym zadaniem niniejszej monografii; zob. wszakże D. Miąsik, T. Skoczny [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod red. naukową T. Skoczego, C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 49 i d.; Z. Jurczyk, *Cele polityki antymonopolowej w teorii i praktyce* [w:] *Konkurencja w gospodarce współczesnej*, pod red. C. Banasińskiego, E. Stawickiego, s. 13 i d. oraz cyt. tam literaturę.

¹¹ Zob. szerzej T. Skoczny, *Ustawodawstwo antymonopolowe*, Wyd. Przemiany, Warszawa 1990; T. Skoczny, *Ustawy antymonopolowe krajów postsocjalistycznych*, F. Ebert Stiftung, Warszawa 1992; R. Molski, *Prawo antymonopolowe w obliczu globalizacji. Kierunki rozwoju*, Oficyna Wydawnicza Branta, Bydgoszcz–Szczecin 2008.

¹² Dzisiaj rzadko, ale w przeszłości np. przez podział wielkich korporacji (np. amerykańskiej AT&T) czy – w latach 1990–1995 – przez podział przedsiębiorstw lub rozwiązanie spółek na podstawie art. 12 polskiej ustawy antymonopolowej z 1990 r. Współcześnie występuje już raczej tylko jako swoista sankcja za dokonanie koncentracji bez zgłoszenia i zgody, służąca przywróceniu warunków konkurencji naruszonych w wyniku jej nielegalnego dokonania np. w prawie UE na podstawie art. 8 ust. 4, a w prawie polskim na podstawie art. 21 uokik z 2007 r.

¹³ Mimo niewielkiej skuteczności tej metody (zob. R. Whish, *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, Oxford 2009, s. 806) tak było np. w latach 1958–1989 w UE na podstawie zakazów praktyk ograniczających konkurencję (art. 85/81 oraz 86/82 TWE) oraz w Polsce na podstawie art. 4 ustawy antymonopolowej z 1990 r., tak jest wciąż – obok kontroli prewencyjnej – w USA, Kanadzie, Australii czy np. w Wielkiej Brytanii.

w państwach pozaeuropejskich, przede wszystkim jednak w UE i jej – tak „starych”, jak i „nowych”¹⁴ – państwach członkowskich.

Współczesne **prawo prewencyjnej kontroli koncentracji**, wychodząc z założenia domniemania zgodności koncentracji z regułami konkurencji, z jednej strony nakłada na strony transakcji koncentracyjnych obowiązek zgłaszania zamiarów dokonania określonych koncentracji i powstrzymania się od ich dokonania, określając równocześnie **kryteria dopuszczalności kontroli** zamierzonych koncentracji (tzw. kryteria lub przesłanki jurysdykcyjne)¹⁵. Z drugiej strony przyznaje organom ochrony konkurencji **prawo poddania tych koncentracji ocenie** (ewaluacji) **z punktu widzenia przyjętej** ustawowo lub traktatowo **aksjologii** i zajęcia wyraźnego stanowiska wobec zamierzonej i zgłoszonej koncentracji, w tym ewentualnie jej zakazania (zakaz taki nie jest więc sformułowany przez prawodawcę lecz wydawany przez organ stosowania prawa); w obu tych cechach wyraża się **prewencyjny (ex ante) charakter kontroli koncentracji**.

Bazujące na dokonanej ocenie, **stanowisko** organu ochrony konkurencji (**organu kontroli koncentracji**) przybiera najczęściej formę aktu władczego (aktu administracyjnego lub wyroku sądowego). Ingerencja publiczna w procesy koncentracji ma więc charakter „nadzoru”, obejmującego „kontrolę” (porównanie danego stanu faktycznego z określonym wzorcem normatywnym) oraz wyciągnięcie z niej wniosków **w formie władczej**. Prawdłowo więc w literaturze prawniczej mówi się o „prewencyjnym nadzorze nad koncentracjami”¹⁶. Mimo to w niniejszej monografii używane będzie określenie „prewencyjna kontrola koncentracji”, do czego wystarczająco uprawnia, jak sądzę, dominacja takiej postawy terminologicznej w prawie, orzecznictwie i piśmiennictwie z zakresu ochrony konkurencji. Postawę tę prezentuje także polski ustawodawca, nazywając cz. III uokik z 2000 r. i 2007 r. „Kontrolą koncentracji”. Istotę władczego nadzoru nad koncentracjami stanowią więc **kompetencje** (prawa i obowiązki) właściwych organów **do wyrażania zgody na dokonanie koncentracji lub do wydania zakazu jej dokonania**. Wszystkie

¹⁴ Podział na „stare” (do 30.04.2004 r.) i „nowe” (od 1.05.2004 r.) jest jednym z ważnych kontekstów rozważań niniejszej monografii.

¹⁵ Co do zasady, jurysdykcyjne przesłanki kontroli koncentracji pozostają poza zakresem rozważań niniejszej monografii.

¹⁶ Zob. J. Olszewski, *Nadzór nad koncentracją przedsiębiorców jako forma prewencyjnej kontroli koncentracji*, Wyd. Uniwersytetu Rzeszowskiego, Rzeszów 2004, s. 56 i d.; M. Stefaniuk, *Publicznoprawne reguły konkurencji*, Verba, Lublin 2005, s. 244–245; R. Stankiewicz, *Nadzór administracyjny jako forma relacji określająca oddziaływanie państwa na procesy koncentracji przedsiębiorców*, *Studia Iuridica* Nr XLV, 2006; M. Wierzbowski, K. Karasiewicz, R. Stankiewicz, *Kontrola koncentracji przedsiębiorstw*, *Studia Prawa Prywatnego*, z. 2(25), 2012, s. 41 i d.

zgody lub zakazy dokonania koncentracji są więc decyzjami nadzorczymi, czyli aktami władztwa publicznego, których adresatami są autonomiczne wobec tych władz podmioty gospodarcze (przedsiębiorstwa, przedsiębiorcy). Z tego tytułu akty te powinny, co do zasady, podlegać kontroli sądowej¹⁷. Prawo kontroli koncentracji przewiduje również środki nadzoru represyjnego dla sankcjonowania naruszeń ustanowionych przez nie reguł¹⁸.

Istota i zakres tych kompetencji wynikają przede wszystkim z materialnoprawnych **kryteriów ingerencji** publicznej w decyzje podmiotów gospodarczych (tzw. **kryteriów lub przesłanek ewaluacyjnych**). Kryteria ewaluacji zamierzonych i zgłoszonych koncentracji ustanawiają normy prawne określające **cele (aksjologię)** oraz **podstawowe generalne testy (kryteria) oceny** kontrolowanych stanów faktycznych (koncentracji), a niekiedy także **testy (kryteria) szczegółowe**. Na podstawie tych testów (kryteriów) wydawane są przede wszystkim zasadnicze rozstrzygnięcia organów ochrony konkurencji – **zgody** („zwyczajne”, bezwarunkowe) na dokonanie koncentracji **lub zakazy** ich dokonania.

Na poziomie aksjologicznym kryteria oceny zamierzonych i zgłaszanych koncentracji zależą w pierwszym rzędzie od tego, **czy ochrona wolnej lub skutecznej konkurencji jest wyłącznym celem** danej części porządku publicznoprawnego (**prawa ochrony konkurencji**), **czy też jest elementem szerszego celu lub tylko jednym z wielu celów publicznych**, jakie ma ona realizować¹⁹. Nie bez znaczenia jest też, w jakim zakresie realizacja tych celów (w tym ochrony konkurencji) instrumentami ingerencji publicznej jest uwarunkowana koniecznością minimalizacji naruszania gwarancji własności i wolności gospodarowania, a więc równowagą celów (zakazem nadmiernej interwencji prokonkurencyjnej, interwencji „za wszelką cenę”)²⁰.

Rozwiązanie, w którym ocena koncentracji dokonywana jest **w ramach niezdefiniowanego normatywnie testu interesu publicznego** (*public interest*

¹⁷ Co do zasady, zasadnicze elementy systemu wdrażania reguł konkurencji (*enforcement*), w tym administracyjne i/lub sądowe instytucje, procedury i sankcje za naruszenie tych reguł, nie są przedmiotem niniejszej monografii, o ile nie stanowią szczególnych uwarunkowań wydawania zgód szczególnych na dokonanie koncentracji; zob. szerzej rozdział II, podrozdział 3; rozdział III podrozdział 5; rozdział IV pkt 6.2.

¹⁸ Zob. np. M. Stefaniuk, *Publicznoprawne reguły konkurencji*, s. 245, 269, 280; M. Wierzbowski, K. Karasiewicz, R. Stankiewicz, *Kontrola Koncentracji przedsiębiorstw*, s. 47 i d.

¹⁹ Zob. szerzej Z. Jurczyk, *Cele polityki antymonopolowej w teorii i praktyce*, s. 15 i d.

²⁰ Tak byłoby przede wszystkim wtedy, gdyby stosowanie reguł kontroli koncentracji nie respektowało wymogów sprawiedliwości proceduralnej; zob. szerzej M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*, Wyd. Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2011, s. 22 i d.

test), pozostawiające zatem określenie jego rozumienia i relacji z innymi celami interwencji publicznej w gospodarkę organom administracji publicznej, należy już w zasadzie do przeszłości. Tak było kiedyś np. we Francji, Hiszpanii czy Irlandii, a w Wielkiej Brytanii aż do 2002 r.²¹ W Europie unijnej występuje już tylko na Malcie, gdzie Dyrektor Generalny ds. Konkurencji dysponuje szerokim zakresem uznania koncentracji „za legalną”, gdyż ani ustawa, ani rozporządzenie wykonawcze dotyczące kontroli koncentracji nie definiuje żadnego podstawowego testu konkurencji, a jedynie szereg kryteriów szczegółowych, chociaż o zdecydowanie ekonomicznym charakterze; w praktyce może on zatem uwzględnić także inne niż ochrona konkurencji interesy publiczne (*non-competition issues*), artykułowane przez pracodawców i pracobiorców²².

W zdecydowanej większości zbadanych porządków prawnych prewencyjnej kontroli koncentracji poza Europą i w Europie dominuje więc wyraźnie **prokonkurencyjna aksjologia** ich ewaluacji. W prawie wszystkich państwach świata aksjologia prokonkurencyjna jest **wyłączną** (przynajmniej dla organu ochrony konkurencji) **lub dominującą**. Organy kontroli koncentracji (najczęściej organy ochrony konkurencji) wydają decyzje dopuszczające lub blokujące dokonanie zamierzonych i zgłoszonych koncentracji przede wszystkim **na podstawie testu** (testów) **konkurencji**²³. Niezależnie więc od tego, czy ochrona konkurencji jest jedynym, nadrzędnym celem czy tylko jednym z wielu celów prawa kontroli koncentracji, u jej podstaw musi leżeć jeden lub wiele testów konkurencji, czyli **określonych kryteriów**, na podstawie których organ ochrony konkurencji ocenia, jaki jest wpływ zamierzonej i zgłoszonej mu koncentracji na stan (strukturę) konkurencji na rynkach. Podstawowym obszarem publicznoprawnych rozważań w zakresie prawa kontroli koncentracji jest zatem **charakter podstawowego (ekonomicznego) testu konkurencji (konstytuujących go kryteriów)**, jaki jest stosowany przez organy dokonujące kontroli zamierzonych i zgłoszonych im operacji koncentracyjnych w poszczególnych państwach i regionalnych związkach państw. Testy (kryteria) konkurencji mają charakter ogólny i/lub szczegółowy. Są wyrażone wprost w ustawie (normatywnie) lub kształtują się na bazie aktów typu *soft law* lub dorobku decyzyjnego

²¹ Zob. szerzej, T. Skoczny, *Brytyjskie prawo konkurencji*, Dom Wydawniczy ELIPSA, Warszawa 2004.

²² Zob. art. 6 ust. 2 maltańskiego rozporządzenia o kontroli koncentracji z 2002 r.; zob. szerzej I. Gauci, C. Van Der Weerden, *Malta [w:] Merger Control 2010*, s. 252–253.

²³ Istota tego testu w kategoriach teorii konkurencji (różnych jej szkół) lub polityki konkurencji (w różnych krajach i okresach) pozostaje całkowicie poza zakresem rozważań niniejszej monografii.

i orzeczniczego²⁴. Jeżeli pochodzą z krajów o największym dorobku (USA) lub z porządków między- lub ponadnarodowych (np. UE), przybierają postać standardów promieniujących na inne, w tym krajowe, porządki prawne (np. państw członkowskich UE).

Podstawowy ekonomiczny test konkurencji może mieć **postać jednorodną** (prostą, jednoskładnikową) **lub złożoną** (kompleksową, wieloskładnikową). Spośród jednorodnych testów (kryteriów) oceny koncentracji najbardziej charakterystyczne są **test istotnego ograniczenia konkurencji** (*competition lessening test*, CLT; *substantial lessening of competition test*, SLC test) oraz **test dominacji** rynkowej czy pozycji dominującej (*dominant position test*, DPT). W wymiarze normatywnym (w obowiązującym ustawodawstwie) **test istotnego ograniczenia (osłabienia) konkurencji** (IOK) zdecydowanie dziś **dominuje**, przede wszystkim w państwach pozaeuropejskich; analiza strukturalna rynków i pozycji uczestników koncentracji nie jest tu zatem, choćby przykładowo, wyróżniona, co nie znaczy oczywiście, że nie jest w praktyce dominująca lub przynajmniej dokonywana w pierwszej kolejności. Ścisły związek skutków koncentracji o charakterze strukturalnym (głównie co do pozycji rynkowej) i funkcjonalnym (głównie w zakresie korzyści efektywnościowych, nowych wejść na rynek czy równoważającej władzy zakupowej) sprawia natomiast, że w wielu porządkach prawnych kontroli koncentracji występuje różnego rodzaju **kombinacja tych testów**. W praktyce dominuje kombinacja bazująca na przyznaniu jednemu z testów charakteru podstawowego, a drugiemu charakteru dodatkowego (przykładowego). Tak było od samego początku w UE i w wielu jej „starych” państwach członkowskich, przy czym rolę testu podstawowego pełnił najpierw test dominacji rynkowej, dzisiaj pełni ją częściej (także w „nowych” państwach członkowskich UE) test istotnego ograniczenia (utrudnienia) skutecznej konkurencji (*significant impediment of effective competition*, test SIEC)²⁵. Wyjątkowo kombinacja ta przybiera postać testów równorzędnych (alternatywnych) lub łącznych (dwa lub trzech).

Test istotnego ograniczenia (osłabienia) konkurencji, niepowiązany normatywnie z żadnym innym testem, w tym testem dominacji, jest podstawą ewaluacji (oceny) koncentracji w większości państw pozaeuropejskich. W USA (od początku) ocena fuzji i akwizycji dokonuje się **wyłącznie** na podstawie testu ograniczenia konkurencji (CLT). Został on sformułowany w art. 7 Ustawy Claytona. Zakazuje on takich koncentracji, które mogą „istotnie [...] osłabić konkurencję lub prowadzić do utworzenia monopolu”.

²⁴ Wszystkie te elementy obejmuje używane często w niniejszej monografii pojęcie krajowego porządku prawnego.

²⁵ Art. 2 rozp. 139/2004.

Test ograniczenia konkurencji zawarty został także w Wytocznych w sprawach fuzji horyzontalnych zakazujących koncentracji, gdy „tworzą lub wzmacniają władzę rynkową lub przyspieszają jej wykorzystanie”, przy czym władza rynkowa jest w nich rozumiana jako zdolność sprzedawcy do przynoszącego zyski utrzymania cen powyżej poziomu konkurencyjnego przez znaczący okres czasu²⁶. Warto także zaznaczyć, że taki test i metodologię oceny koncentracji stosują, co do zasady, także amerykańskie sądy federalne²⁷.

Także w innych wysoko rozwiniętych państwach pozaeuropejskich – na wszystkich kontynentach – nie tylko istnieją ustawowe podstawy przeciwdziałania nadmiernym koncentracjom (fuzjom i akwizycjom), ale też **dominuje** w nich – podobnie jak w USA – test konkurencji. Na podstawie tego testu niezależne organy ochrony konkurencji mogą zezwolić na dokonanie operacji koncentracyjnej lub zakazać jej dokonania w zależności od tego, czy powoduje ona **istotne ograniczenie (osłabienie) konkurencji**. Tak np. testem oceny zamierzonych lub dokonanych koncentracji w Kanadzie jest „prawdopodobieństwo zapobieżenia lub istotnego osłabienia konkurencji”²⁸. Także w Australii koncentracja jest lub może być zakazana, jeżeli „powoduje lub może spowodować istotne ograniczenie konkurencji” („*would have the effect of substantially lessening of competition*”)²⁹. Najstarsza na kontynencie azjatyckim japońska ustawa antymonopolowa zakazuje pewnych rodzajów fuzji i akwizycji o dużej skali (*large-scale*), jeżeli mogą one powodować „istotne ograniczenie konkurencji” (*substantial restraint of competition*)³⁰. Chociaż test konkurencji w Korei „nie jest do końca klarowny”³¹ można przyjąć, że koncentracje podlegają ocenie z tego punktu widzenia, czy powodują skutki antykonkurencyjne na rynkach

²⁶ Zob. Amerykańskie Wytoczne w sprawie fuzji horyzontalnych z 2010 r., pkt 2.

²⁷ Tak R.P. Harty, *United States* [w:] *Merger Control 2008*, s. 366.

²⁸ Art. 92 ust. 1 kanadyjskiej ustawy o konkurencji z 1985 r.; zob. także J.W. Rowley, J.F. Clifford, M. Opashinov, *Canada* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 14: September 2007, s. 9–10; W. Rowley, N. Campbell, M. Opashinov, *Canada* [w:] *Merger Control 2010*, s. 79; B.A. Facey, G. Hilton-Sullivan, M. Graham, *The Reinvigoration of Canadian Antitrust Law – Canada’s New Approach to Merger Review*, 6 *Competition Law International* 2010, s. 28 i d.

²⁹ Art. 50 ust. 1 australijskiej ustawy o praktykach handlowych z 1974 r. oraz Wytoczne w sprawie fuzji z 2008 r., pkt 3.1. i d.; zob. także W. Peter, J. Downes, *Australia* [w:] *Merger Control 2010*, s. 41.

³⁰ Zob. art. 10 ust. 1 japońskiej ustawy antymonopolowej z 1947 r.; w Japonii zakazane są także koncentracje, do których dokonania doszło w drodze nieuczciwych praktyk handlowych (*unfair trade practices*); zob. także A. Uesugi, K. Yamada, *Japan* [w:] *Merger Control 2010*, s. 213.

³¹ K. Seok Oh, S. Un Yun, *Korea* [w:] *Merger Control 2010*, s. 223.

właściwych³². Całkiem wyraźnie natomiast przedmiotem zakazu są koncentracje powodujące negatywne skutki dla konkurencji na rynkach właściwych w Indiach³³. Również w RPA, najlepiej rozwiniętym państwie Afryki, prawodawca postanowił, że koncentracje podlegają ocenie co do tego, czy prawdopodobne jest, że istotnie zapobiegną lub osłabiają konkurencję (*are likely to substantially prevent or lessen competition*)³⁴. W niektórych z wyżej wymienionych państw w samej ustawie (np. w Australii³⁵ czy RPA³⁶) lub w wytycznych organu ochrony konkurencji (np. w Japonii³⁷) określone są dodatkowo szczegółowe kryteria oceny koncentracji w ramach testu konkurencji. Warto zauważyć, że niektórzy z ustawodawców pozaeuropejskich wzmacniają ekonomiczny (efektywnościowy) charakter podstawowego testu konkurencji, wymagając przeprowadzenia swobodnego testu bilansującego różne skutki koncentracji dla konkurencji. W Kanadzie np. sama ustawa pozwala „uratować” (*save*) antykonkurencyjną koncentrację, gdy można wykazać jej ekonomiczne korzyści efektywnościowe³⁸. Szersze testy bilansujące przewidzieli ustawodawcy w Brazylii i RPA. W nowej ustawie brazylijskiej postanowiono bowiem, że mimo antykonkurencyjnych skutków koncentracji, może być ona dopuszczona, jeżeli prowadzi do wzrostu produktywności lub wzrostu konkurencyjności, wzrostu jakości towarów lub usług lub wsparcia postępu technicznego i gospodarczego, przy zastrzeżeniu słusznej części tych korzyści dla konsumentów³⁹. Podobnie w RPA można odstąpić od zakazu koncentracji powodującej istotne ograniczenie konkurencji, jeśli mogą z niej wynikać jakieś technologiczne, efektywnościowe lub inne prokonkurencyjne korzyści, które mogą zniwelować osła-

³² Zob. art. 7 i d. koreańskiej ustawy antymonopolowej z 1980 r.; zob. także J.S. Hur, Sai Ree Yun, *Korea* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 20: August 2010, s. 35-6-35-8.

³³ Zob. art. 6 ust. 1 indyjskiej ustawy o konkurencji z 2002 r.; zob. także S. Chitale, A. Sinha, *India* [w:] *Merger Control 2010*, s. 181.

³⁴ Art. 12a ust. 1 południowo-afrykańskiej ustawy o konkurencji z 1998 r.; zob. także R. Legh, T. Dini, *South Africa* [w:] *Merger Control 2010*, s. 335.

³⁵ Art. 50 ust. 3 australijskiej ustawy o praktykach handlowych z 1974 r. określa niewyłączną listę czynników, jakie muszą być wzięte pod uwagę w ramach tego testu.

³⁶ Art. 12a ust. 2 południowo-afrykańskiej ustawy o konkurencji z 1998 r. Przepis ten określa listę czynników, jakie należy wziąć pod uwagę przy ocenie koncentracji (jest na niej także upadek lub prawdopodobieństwo upadku uczestnika koncentracji).

³⁷ Japońskie Wytyczne w sprawie oceny koncentracji z 2004 r., cz. III.

³⁸ Tak W. Rowley, N. Campbell, M. Opashinow, *Canada* [w:] *Merger Control 2010*, s. 80.

³⁹ Zob. art. 88 ust. 5 brazylijskiej ustawy o systemie ochrony konkurencji z 2001 r.; zob. także C.M. da Silva Pereira Neto, P.L. Cassagrande, *Merger Control under the New Brazilian Competition Law*, *CPI Antitrust Chronicle*, November 2011(2), s. 7 i d.; M. Nesterowicz, *Nowa brazylijska ustawa o systemie ochrony konkurencji*, *iKAR* 2012, 1(4), s. 135.

bień konkurencji⁴⁰. Poza Europą bardzo rzadko natomiast ustawodawcy stawiają przed organami ochrony konkurencji cele wykraczające poza podstawowy test konkurencji albo ekonomiczny lub ekonomiczno-społeczny test bilansujący. W Kanadzie stosowanie reguł kontroli koncentracji powinno stwarzać równe szanse udziału w kanadyjskiej gospodarce małym i średnim przedsiębiorstwom⁴¹. W Korei można dopuścić antykonkurencyjną koncentrację, gdy uczestniczą w niej przedsiębiorstwa wymagające restrukturyzacji zgodnie z odpowiednimi przepisami (*defence of non-viable company*)⁴². W Meksyku ustawa stanowi, że transakcje koncentracyjne podlegają ocenie z punktu widzenia tego, czy redukują (*diminish*), szkodzą (*impair*) lub zapobiegają (*impede*) konkurencji oraz [podkr. T.S.] wolnemu dostępowi do rynku towarów lub usług⁴³. Inne interesy publiczne w tych porządkach prawnych wynikają z ustaw publicznego prawa gospodarczego.

Jednorodny (jednoskładnikowy) test istotnego ograniczenia konkurencji występuje tylko w trzech „starych” państwach członkowskich UE (w Wielkiej Brytanii, Irlandii i Hiszpanii) oraz w Norwegii. Nie występuje on natomiast w żadnym „nowym” państwie członkowskim UE. Zgodnie z brytyjską ustawą o przedsiębiorstwie, niedopuszczalna jest koncentracja (spełniająca wymogi jurysdykcyjne) zarówno już dokonana, jak i dopiero zamierzona, która powoduje lub może spowodować „istotne ograniczenie konkurencji” na jakimkolwiek rynku w Wielkiej Brytanii; na podstawie tego samego testu Komisja Konkurencji decyduje, jak zaradzić, osłabić lub zapobiec negatywnym skutkom takiej koncentracji⁴⁴. Poza tymi generalnymi regułami oceny koncentracji, w Wielkiej Brytanii istnieją jeszcze szczególne reguły oceny koncentracji z punktu widzenia „interesu publicznego” (*public interest*), „szczególnego interesu publicznego” (*special public interest*) oraz koncentracji w sektorze dostaw wody⁴⁵. Również w Irlandii transakcja koncentracyjna podlega ocenie wyłącznie z punktu widzenia tego, czy „istotnie ograniczy konkurencję” (SLC test); odrębne reguły oceny koncentracji występują w sektorze mediów, a od 2008 r. (na skutek kryzysu) także w sek-

⁴⁰ Zob. art. 88 ust. 6 południowo-afrykańskiej ustawy o konkurencji z 1998 r.

⁴¹ Tak W. Rowley, N. Campbell, M. Opashinow, *Canada* [w:] *Merger Control 2010*, s. 80.

⁴² Tak K. Seok Oh, S. Un Yun, *Korea* [w:] *Merger Control 2010*, s. 224.

⁴³ Zob. art. 17 meksykańskiej federalnej ustawy o konkurencji gospodarczej z 1992 r.; zob. także G. Castañeda, *Mexico* [w:] *Merger Control 2010*, s. 18.

⁴⁴ Art. 22 ust. 1 lit. b oraz art. 33 ust. 1 lit. b brytyjskiej ustawy o przedsiębiorstwie z 2002 r.; zob. także N. French, A. Jones, M. McElwee, *United Kingdom* [w:] *Merger Control 2010*, s. 376 i 379; N. Parr, D. Liddell, *United Kingdom* [w:] *ICGL: Merger Control 2011*, s. 332.

⁴⁵ Będzie o tym szeroko mowa w rozdziale III niniejszej monografii.

torze bankowym⁴⁶. Samoistny test istotnego ograniczenia konkurencji (test SLC), a więc niezależnie od tego, czy koncentracja tworzy lub umacnia pozycję dominującą na rynku, istnieje także od 2007 r. w Hiszpanii, bo koncentracja może być tam zakazana wtedy, gdy „zapobiega utrzymaniu skutecznej konkurencji na całym lub części rynku krajowego”⁴⁷. Występuje on również w Norwegii, gdzie można zakazać koncentracji, która „tworzy lub wzmacnia istotne ograniczenie konkurencji”, co jest sprzeczne z wyłącznym celem ustawy o konkurencji, którym jest rozwój konkurencji, przyczyniający się do efektywnego wykorzystywania zasobów społecznych⁴⁸. W obu tych krajach, jednorodny podstawowy test istotnego ograniczenia konkurencji jest wprawdzie dominujący, ale nie jedyny. Zarówno w Hiszpanii, jak i w Norwegii wyłączności podstawowego ekonomicznego testu konkurencji towarzyszy możliwość nadzwyczajnego dopuszczenia koncentracji antykonkurencyjnej na bazie szczególnych kryteriów interesu publicznego innych niż ochrona konkurencji⁴⁹.

Test dominacji rynkowej jako – w wymiarze normatywnym – samoistny test konkurencji już dzisiaj w zasadzie nie występuje; w jednorodnej wersji istnieje tylko na Cyprze⁵⁰ („nowym” państwie członkowskim UE). Test ten wciąż jednak odgrywa wiodącą rolę jako składnik kompleksowych testów oceny koncentracji (tzw. testów bilansujących) w dwóch „starych” państwach członkowskich UE – w Niemczech i w Austrii, a także w Szwajcarii. Wszystkie te kraje wiąże nie tylko język (niemiecki) i zbliżona doktryna prawna, ale też ścisłe związki gospodarcze; z tych względów zapewne Niemcy i Austria nie odstępowały od swoich testów bilansujących nawet po zmianie podstawowego testu oceny koncentracji o wymiarze unijnym w UE w 2004 r. I tak, w Niemczech koncentracja podlega ocenie na podstawie ekonomicznego testu bilansującego w tym sensie, że z jednej strony może być ona zakazana, jeżeli prowadzi do „powstania lub wzmocnienia pozycji dominującej konkurencji” (PDT), z drugiej zaś nie zostanie zakazana, jeżeli „strony wykażą, że koncentracja skutkuje także poprawą warunków konkurencji na

⁴⁶ Art. 20 ust. 1 lit. c irlandzkiej ustawy o konkurencji z 2002 r.; zob. także P. Andrews, D. Collins, *Ireland* [w:] *Merger Control 2010*, s. 189; H. Kelly, *Ireland* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 155.

⁴⁷ Art. 10 ust. 1 hiszpańskiej ustawy o konkurencji z 2007 r.; zob. także P. Cantos, Á. Iza, M. Fernández, *Spain* [w:] *Merger Control 2010*, s. 344; R. García-Gallardo, M. Arias Díaz, *Spain* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 294.

⁴⁸ Art. 16 norweskiej ustawy o konkurencji z 2004 r.; zob. także M. Magnussen, S.M. Klevstrand, *Norway* [w:] *Merger Control 2010*, s. 281.

⁴⁹ Będzie o tym szeroko mowa w rozdziale III niniejszej monografii.

⁵⁰ Art. 10 i 11 cypryjskiej ustawy o kontroli koncentracji przedsiębiorstw z 1999 r.; zob. także M. Kilikitas, Ch. Petrou, *Cyprus* [w:] *Merger Control 2008*, GCR, s. 101.

innym rynku, co przeważa nad stratami wynikającymi z dominacji rynkowej”⁵¹. Względy nie związane z konkurencją nie są więc brane pod uwagę w niemieckich postępowaniach w sprawach konkurencji. Także w Austrii podstawowym testem konkurencji jest PDT, ale nie jest to test jedyny. Co do zasady, Sąd Kartelowy zakazuje koncentracji, która „prowadzi do powstania lub umocnienia pozycji dominującej”. Jednakże może jej nie zakazać, gdy spełnione są przesłanki testu bilansującego, przy czym, inaczej niż w Niemczech, jest to test o charakterze ekonomiczno-społecznym⁵². Również w Szwajcarii można zakazać koncentracji na bazie podstawowego ekonomicznego testu konkurencji, którym jest stworzenie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku, eliminujące skuteczną konkurencję na rynku właściwym (test ten przypomina „stary” test konkurencji z rozp. 4064/89). Szwajcarska ustawa kartelowa przewiduje jednak równocześnie obronę przed zakazem konkurencji, gdy „w wyniku danej koncentracji konkurencja na innym rynku jest podwyższona i taka poprawa przeważa nad szkodą powodowaną przez tworzenie lub wzmocnienie pozycji dominującej na rynku”; co do zasady nie bierze natomiast pod uwagę kryteriów niezwiązanych z konkurencją⁵³.

W UE, a także w wielu jej państwach członkowskich, stosowany był początkowo (pod rządami rozp. 4064/89) **podwójny test konkurencji**, w którym **test dominacji** odgrywał **pierwszoplanową rolę**. Zgodnie z art. 2 ust. 2 i 3 **rozp. 4064/89**, miarą oceny zgodności konkurencji ze wspólnym rynkiem było stwierdzenie, **czy koncentracja tworzy lub umacnia pozycję dominującą, w rezultacie czego skuteczna konkurencja na wspólnym rynku lub jego znaczącej części została istotnie ograniczona**. Po porażkach Komisji Europejskiej przed SPI w 2002 r., obrazujących trudności stosowania testu dominacji na rynkach oligopolistycznych, prowadzących niekiedy do

⁵¹ Art. 36 ust. 1 niemieckiej ustawy kartelowej z 1957 r. Ustawa ta definiuje pozycję dominującą oraz określa kilka obalanych domniemań istnienia pozycji dominującej, bazujących na udziałach w rynku.

⁵² Art. 12 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 4 oraz ust. 2 austriackiej federalnej ustawy kartelowej z 2005 r.; ustawa określa zarówno pojęcie dominacji, jak i liczne obalalne domniemania jej występowania; zob. także A. Reidlinger, H. Kühnert, *Austria* [w:] *Merger Control 2010*, s. 49; F. Urlesberger, S. Stegbauer, *Austria* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 33.

⁵³ Art. 10 ust. 4 szwajcarskiej federalnej ustawy kartelowej z 1995 r.; zob. także J. Borer, P. Sommer, D. Mamane, *Switzerland* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 21: March 2011, s. 57-10; M. Meinhardt, B. Merkt, A. Waser, *Switzerland* [w:] *Merger Control 2010*, s. 354. Aczkolwiek, jak wykazuje upadek linii lotniczej Swissair, kilka decyzji w sprawach koncentracji w sektorze rolnym czy bankowym, podjętych w czasach kryzysu wskazuje, że czasem brane są jednak pod uwagę także uwarunkowania polityczne.

negowania sensu stosowania dwóch testów i do propozycji zastąpienia ich jednym testem istotnego osłabienia konkurencji⁵⁴, ale także na skutek rosnącego uświadamiania sobie, także na szczeblu unijnym, potrzeby stosowania w ocenie zamierzonych i zgłaszanych Komisji Europejskiej koncentracji podejścia bardziej ekonomicznego (*more economic approach*), w 2004 r. dokonała się zasadnicza reforma testu konkurencji w UE. Modernizacja unijnego testu konkurencji dokonana **rozp. 139/2004**, określana niekiedy jako jego niepełna „amerykanizacja”, polegała na tym, że dotychczasowy, podwójny test dominacji prowadzącej do istotnego ograniczenia konkurencji został **zastąpiony – także podwójnym – testem istotnego utrudnienia skutecznej konkurencji (SIEC), w szczególności przez stworzenie lub wzmocnienie pozycji dominującej**⁵⁵. Unijny porządek prawny jest zatem w dalszym ciągu oparty na podwójnym teście konkurencji, w którym jednak – w sensie normatywnym – pierwszorzędne znaczenie ma test istotnego ograniczenia konkurencji. Pozwala to 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.

Poza podstawowym testem konkurencji, prawo UE formułuje dodatkowo szczegółowe kryteria oceny koncentracji. Zgodnie z art. 2 ust. 1 lit. a) i b) rozp. 139/2004 Komisja Europejska musi brać pod uwagę przy badaniu zgodności koncentracji z rynkiem wewnętrznym okoliczności takie jak: (a) przede wszystkim – konieczność utrzymania rozwoju konkurencji, a zwłaszcza konkurencyjnej struktury rynku oraz aktualnej i przyszłej konkurencji między przedsiębiorstwami, oraz (b) dodatkowo – pozycję rynkową, siłę gospodarczą i finansową uczestników koncentracji, możliwości wyboru dostawców i nabywców, ich dostęp do rynków zaopatrzenia lub zbytu, bariery dostępu do rynku, rozwój, interesy konsumentów pośrednich i końcowych oraz rozwój postępu technicznego i gospodarczego, o ile dokonuje się on z korzyścią dla konsumentów i nie stanowi przeszkody dla konkurencji⁵⁶. Wzorowane na tej liście są także szczegółowe kryteria oceny koncentracji formułowane w prawie kontroli koncentracji niektórych państw członkowskich UE.

⁵⁴ Por. R. Whish, *Competition Law*, s. 772.

⁵⁵ Art. 2 rozp. 139/2004.

⁵⁶ Zob. szczegółową prezentację i analizę tych czynników w pracach z zakresu wspólnotowego prawa kontroli koncentracji (np. R. Whish, *Competition Law*, s. 847 i d.); zob. także K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2008, s. 525–532.

Także w UE **ochrona skutecznej konkurencji nie jest jednak celem wyłącznym** prawa ochrony konkurencji. W prawie UE zamierzone i zgłoszone Komisji Europejskiej koncentracje podlegają bowiem ocenie z punktu widzenia ich **zgodności lub niezgodności z rynkiem wewnętrznym** (art. 2 ust. 1 pkt 1 rozp. 4064/89 i rozp. 139/2004), którą to kategorię (tj. rynek wewnętrzny) konstytuują przede wszystkim reguły wolnego handlu (swobodnego przepływu towarów, osób, usług i kapitału). Obejmuje ona jednak aktualnie także reguły konkurencji. Dla oceny konkretnych koncentracji nie bez znaczenia są też normy prawa pierwotnego określające generalne cele integracji europejskiej, w tym cele społeczne⁵⁷.

W niektórych państwach członkowskich UE podwójny test konkurencji w wersji art. 2 ust. 2 i 3 rozp. 4064/89 **nie został** do tej pory **zastąpiony testem SIEC** (art. 2 ust. 2 i 3 rozp. 139/2004), aczkolwiek jego stosowanie nie różni się bardzo od stosowania testu SIEC w państwach, w których test ten wprowadzono⁵⁸. Tak jest w dwóch „starych” państwach członkowskich UE – we Włoszech⁵⁹ i w Portugalii⁶⁰. Charakterystyczne jest, że w obu tych krajach istnieje możliwość uzyskania zgody nadzwyczajnej na dokonanie antykonkurencyjnej koncentracji. Taki sam podwójny test konkurencji stosowany jest w aspirującej do UE Turcji. Wprawdzie zgodnie z turecką ustawą o konkurencji fuzje i akwizycje mogą być zakazane tylko wtedy, gdy „tworzą lub wzmacniają pozycję dominującą oraz [podkr. T.S.] istotnie ograniczają skutecznie konkurencję”, ale koniunkcję tę rozumie się tak, że zakaz taki nie jest możliwy tylko na podstawie TPD⁶¹.

Biorąc pod uwagę „nowe” państwa członkowskie UE to podwójny test konkurencji (stworzenie lub umocnienie pozycji dominującej, które prowadzi do znacznego ograniczenia konkurencji na rynku właściwym) przyjęły tylko

⁵⁷ Zob. szerzej A. Jurkowska-Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne reguły konkurencji Unii Europejskiej*, Instytut Wydawniczy EuroPrawo, Warszawa 2010, s. XXIV-1 i d.; zob. też S. Dudzik, *Prawo konkurencji Unii Europejskiej po Traktacie z Lizbony (artykuł recenzyjny)*, PiP 2011, z. 5, s. 87. Będzie o tym szerzej mowa w rozdziale III pkt 2.2.1 niniejszej monografii.

⁵⁸ Tak uważa się np. we Włoszech; zob. G.L. Zampa, *Italy [w:] Merger Control 2010*, s. 203.

⁵⁹ Art. 6 ust. 1 włoskiej ustawy o konkurencji z 1990 r.; zob. także G.L. Zampa, *Italy [w:] Merger Control 2010*, s. 203; L. Vasques, Ch. Marciasini, *Italy [w:] ICGL to: Merger Control 2011*, s. 171.

⁶⁰ Test ten został ostatecznie zmieniony ustawą z 22.03.2012 r. (nowa ustawa o konkurencji nr 19/2012). Na temat PD na gruncie ustawy o konkurencji z 2003 r.; zob. także M. Marques Mendes, P. Vilarino Pires, *Portugal [w:] Merger Control 2010*, s. 292; C. Botelho Moniz, P. de Gouveia e Melo, *Portugal [w:] ICGL to: Merger Control 2011*, s. 240 i 246.

⁶¹ Zob. art. 7 tureckiej ustawy o ochronie konkurencji z 1994 r.; zob. także G. Gurkaynak, *Turkey [w:] Merger Control 2010*, s. 367;

dwa kraje – Słowacja i Bułgaria. O ile jednak na Słowacji test konkurencji jednoznacznie dominuje, gdyż Urząd Antymonopolowy bada koncentracje ograniczając się ściśle (*strictly*) do spraw konkurencji (także warunki zgody warunkowej muszą być związane z konkurencją)⁶², o tyle w Bułgarii podstawowy test konkurencji nie jest jedynym kryterium oceny koncentracji; ustawa tworzy bowiem bardzo szeroko sformułowany test bilansujący, daleko wykraczający poza kryteria związane z konkurencją⁶³.

W większości państw członkowskich UE – zarówno w „starych”, jak i w „nowych” – obowiązuje więc dzisiaj podstawowy ekonomiczny test konkurencji wyrażany normatywnie identycznie jak w art. 2 rozp. 139/2004, czyli test istotnego ograniczenia (utrudnienia) skutecznej konkurencji, w szczególności przez tworzenie lub umacnianie pozycji dominującej. W „starych” państwach członkowskich UE jest tak we Francji⁶⁴, Belgii⁶⁵, Danii⁶⁶, Finlandii⁶⁷, Grecji⁶⁸, Holandii⁶⁹ i Szwecji⁷⁰. Jest charakterystyczne, że doszło do tego często w rezultacie zmiany krajowych reguł kontroli koncentracji,

⁶² Zob. art. 12 ust 1 słowackiej ustawy o ochronie konkurencji gospodarczej z 2001 r.; zob. także A. Cernejová, *Slovakia* [w:] *Merger Control 2008*, s. 298; P. Oravec, *Slovakia* [w:] *Merger Control 2010*, s. 323; M. Nedelka, M. Vogl, *Slovakia* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 266; ci ostatni autorzy uważają jednak, że test ten „zasadniczo koresponduje z testem SIEC” ustanowionym rozp. 139/2004 (tamże).

⁶³ Zob. art. 26 ust. 1 bułgarskiej ustawy o ochronie konkurencji z 1998 r.; zob także F. Urlesberger, I. Stoyanov, *Bulgaria* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, 59; N. Gouginski, M. Ivanova, *Bulgaria* [w:] *Merger Control 2010*, s. 74.

⁶⁴ Art. L430-6 francuskiego Kodeksu Handlowego; zob. także J. Philippe, J.-N. Maillard, *France* [w:] *Merger Control 2010*, s. 140; L. Vogel, J. Vogel, *France* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 116.

⁶⁵ Zob. art. 56, 59 i 60 belgijskiej ustawy o konkurencji z 2006 r.; zob. także L. Garzaniti, Th. Janssens, V. Mussche, *Belgium* [w:] *Merger Control 2010*, s. 54; J. Stuyck, I. Buelens, *Belgium* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 39.

⁶⁶ Art. 12c ust. 2 duńskiej ustawy o konkurencji z 2010 r.; zob. także M. Kofmann, J. Munk, E. Bertelsen, *Denmark* [w:] *Merger Control 2010*, GCR, s. 112; H. Peytz, B. Schiønning, *Denmark* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 91.

⁶⁷ Art. 25 ust. 1 i 2 fińskiej ustawy o konkurencji z 2011 r.; zob. także Ch. Wik, N. Hukkinen, *Finland* [w:] *Merger Control 2010*, s. 135.

⁶⁸ Art. 4c ust. 1 i 3 greckiej ustawy o konkurencji; zob. także A. Economou, *Greece* [w:] *Merger Control 2010*, s. 157; E. Boutzalas, *Greece* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 132; L. Alexandridou, *Das neue griechische Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, GRUR Int. 1978, 6.

⁶⁹ Art. 47 holenderskiej ustawy o konkurencji z 1997 r.; zob. także W. Knibbeler, P. Kreijger, P. Schnepens, *Netherlands* [w:] *Merger Control 2010*, GCR, s. 263; S. Beeston, F. van der Jagt, *Netherlands* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 213.

⁷⁰ Art. 1 szwedzkiej ustawy z 2008 r.; zob. także T. Pettersson, J. Carle, S.P. Lindeborg, *Sweden* [w:] *Merger Control 2010*, s. 348; U. Djurberg, M. Lehmann-Horn, *Sweden* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 301.

dokonanej po wejściu w życie rozp. 139/2004 (np. w Danii – w 2005 r., w Belgii – w 2006 r., w Szwecji – w 2008 r., we Francji w – w 2009 r. i w Finlandii – w 2011 r.). Organy ochrony konkurencji w tych krajach badają przede wszystkim, czy transakcja istotnie ogranicza konkurencję. Mogą to stwierdzić i najczęściej stwierdzają przez powstanie lub wzmocnienie indywidualnej lub kolektywnej pozycji dominującej. W ramach testu konkurencji brany jest pod uwagę, podobnie jak w postępowaniach przed KE, postęp techniczny i ekonomiczny korzystny dla konsumentów i nie szkodzący konkurencji. W większości z tych krajów możliwe jest jednak zastosowanie do oceny koncentracji także innych kryteriów interesu publicznego i wydanie zgody nadzwyczajnej na jej dokonanie, jednak uprawnienie w tym zakresie nie należy do organu ochrony konkurencji, lecz do innego organu władzy publicznej. Tak jest np. we Francji, w Belgii, Holandii, Szwecji i Grecji⁷¹.

Podwójny test konkurencji, zgodnie z którym koncentrację ocenia się z punktu widzenia tego, czy może ona istotnie ograniczyć konkurencję lub skuteczną konkurencję, w szczególności poprzez utworzenie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku, identyczny jak w art. 2 rozp. 139/2004, istnieje także w sześciu „nowych” państwach członkowskich – w Czechach, Estonii (od 2008 r.)⁷², Rumunii, Słowenii (od 2009 r.)⁷³ i na Węgrzech (od 2009 r.) oraz w Polsce, przy czym w naszym kraju test taki został wprowadzony równoległe z rozp. 139/2004 w dniu wejścia Polski do UE (1.05.2004 r.); w niektórych z tych krajów ustawodawcy przejęli unijny test SIEC łącznie z szczegółowymi kryteriami ekonomicznymi, które służą badaniu ich spełnienia. Tylko w Czechach ustawa przewiduje obalalne domniemanie, że jeżeli łączny udział w rynku uczestników koncentracji nie przekracza 25%, koncentracja nie ogranicza istotnie konkurencji⁷⁴. We wszystkich tych

⁷¹ Będzie o tym szeroko mowa w rozdziale III niniejszej monografii.

⁷² Art. 22 ust. 1 i 3 estońskiej ustawy o konkurencji z 2001 r.; co do zasady, ocena koncentracji w Estonii bazuje „na potrzebie zapewnienia i rozwoju konkurencji”; zob. także K. Paas, M. Simovart, *Estonia* [w:] *Merger Control 2010*, s. 117; E. Blumfeldt, T. Tamme, *Estonia* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 97; J. Malinauskaitė, *Development of merger control in the Baltic countries: over 10 years of experience: Part 1*, ECLR 2011, 32(3), s. 109 i d.

⁷³ Art. 11 ust. 1 ustawy o zapobieganiu ograniczeniom konkurencji z 2008 r.; zob. także P. Pensa, *Slovenia* [w:] *Merger Control 2010*, s. 328; V. Kobe, Ch. Haid, *Slovenia* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 274. W sprawie rozwoju prawa konkurencji w pozostałych państwach bałkańskich zob. I. Dajkovic, *Competition law and policy in the Western Balkans*, ECLR 2011, 32(3), s. 391 i d.

⁷⁴ Art. 17 ust. 3 czeskiej ustawy o ochronie konkurencji z 2001 r.; zob. także P. Dejl, P. Nosek, Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 11: March 2006, s. 14–23; M. Nedelka,

krajach jest to wyłączny lub podstawowy test ekonomiczny, chociaż w ocenie zamierzonych koncentracji na Węgrzech ustawa wymaga rozważenia zarówno korzyści (*advantages*), jak i strat (*disadvantages*) dla konkurencji, wymieniając ich długą listę⁷⁵. Formalnie rzecz biorąc, także w Rumunii dominuje ekonomiczny test konkurencji; potwierdza to ustawowy wymóg analizy zgodności koncentracji z „normalnym otoczeniem konkurencyjnym” (*normal competitive environment*) przez pryzmat kryteriów szczegółowych, zbliżonych do kryteriów wskazanych w art. 2 pkt 1 rozp. 4064/89 czy rozp. 139/2004. Charakter testu konkurencji w Rumunii budzi jednak pewną wątpliwość; obowiązująca aktualnie ustawa stanowi bowiem, że „nielegalne są koncentracje, które, powodując powstanie lub wzmocnienie pozycji dominującej, prowadzą do znacznego ograniczenia, zapobiegania lub zakłócenia konkurencji na rynku rumuńskim lub jego części”. Nie można zatem z całą pewnością stwierdzić, czy jest to test zbliżony do obecnego (art. 2 rozp. 139/2004) czy poprzedniego (art. 2 rozp. 4064/89) testu unijnego, chociaż inny przepis ustawy stanowi, że „koncentracje gospodarcze, które prowadzą do znacznego ograniczenia, zapobiegania lub zakłócenia konkurencji” mogą być dopuszczone, jeżeli ich uczestnicy spełniają określone kryteria⁷⁶.

W Brazylii oraz w dwóch „nowych” państwach członkowskich UE (na Litwie i Łotwie) oba wskazane wyżej testy („istotne ograniczenie konkurencji” oraz „tworzenie lub umacnianie pozycji dominującej”) mają normatywnie charakter alternatywny. Nowa ustawa o systemie ochrony konkurencji w Brazylii przewiduje bowiem, że „zakazana jest koncentracja przedsiębiorstw, która doprowadzi do wykluczenia konkurencji w znaczącej części rynku właściwego lub [podkr. T.S.] która spowoduje stworzenie lub wzmocnienie pozycji dominującej przedsiębiorstwa na właściwym rynku towarów i usług”; trudno przewidzieć, czy, jak dotychczas, w praktyce najczęściej stosowany będzie drugi z tych testów (test pozycji dominującej)⁷⁷. Także

R. Kubáč, *Czech Republic* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 81 i 84; L. Bányaiová, A. Bányaiová, *Czech Republic* [w:] *Merger Control 2010*, s. 107.

⁷⁵ Art. 30 ust. 1 i 2 węgierskiej ustawy o konkurencji z 1996 r.; zob. także F. Urlesberger, A. Turi, *Hungary* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 138; Z. Marosi, G. Fejes, *Hungary* [w:] *Merger Control 2010*, s. 168 i 169. Art. 30 ust. 1 węgierskiej ustawy o konkurencji.

⁷⁶ Art. 13 i art. 14 ust. 2 rumuńskiej ustawy o konkurencji z 1996 r. Za podobieństwem do aktualnego testu zdają się optować M. Radulescu, F. Urlesberger, *Romania* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 254, do poprzedniego natomiast A.I. Ioachimesu, *Romania* [w:] *Merger Control 2010*, s. 298, jeszcze inaczej (w różnych miejscach różnie) R. Vasilache, *Romania* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 18: August 2009, s. 50-3 oraz 50-9.

⁷⁷ Art. 88 ust. 5 brazylijskiej ustawy o systemie ochrony konkurencji z 2001 r.; zob. także M. Nesterowicz, *Nowa brazylijska ustawa o systemie ochrony konkurencji*, s. 135. Kwestie

łotewska ustawa o konkurencji stanowi, że koncentracja może być zakazana, jeżeli jej skutkiem jest „stworzenie lub wzmocnienie pozycji dominującej lub [podkr. T.S.] znaczące zredukowanie konkurencji na rynku właściwym”; w ocenie koncentracji Rada Konkurencji uwzględnia jednak zawsze wyłącznie kryteria związane z konkurencją, wzorowane na prawie unijnym, określone w rozporządzeniu wykonawczym⁷⁸. Również na Litwie Rada Konkurencji odmawia wydania zgody na dokonanie koncentracji, jeżeli „koncentracja ustanowi lub wzmocni pozycję dominującą lub [podkr. T.S.] znacząco ograniczy konkurencję”; także tu, formalnie rzecz biorąc, Rada Konkurencji stosuje wyłącznie test konkurencji⁷⁹.

Jak już wskazano wyżej, Polska należy do grupy państw członkowskich UE, w których przyjęto podwójny test konkurencji⁸⁰. Podstawowym celem postępowania antymonopolowego w sprawach koncentracji w Polsce jest bowiem ustalenie, czy w wyniku zrealizowania zamierzonej transakcji dojdzie do „istotnego ograniczenia konkurencji” (test istotnego ograniczenia konkurencji, test IOK) „w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej”⁸¹. Jednakże nie można powiedzieć, że polski porządek prawny przeciwdziałania nadmiernej koncentracji jest zbudowany wyłącznie na aksjologii konkurencji. Z jednej strony bowiem *ratio legis* art. 18 uokik z 2007 r., przyznającego Prezesowi UOKiK kompetencję do wydania zgody na dokonanie koncentracji, **wyraża się w ustawowym zdefiniowaniu interesu publicznego „w ochronie konkurencji”** (art. 1 ust. 1), którego speł-

te były regulowane w art. 54 poprzedniej brazylijskiej ustawy o systemie ochrony konkurencji z 1994 r.; zob. także S.A. Singham C. Derraik, F. Crespo, *Brazil* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 21: March 2011, s. 7-4; J. Regazzini, M. Calliari, *Brazil* [w:] *Merger Control 2010*, s. 67.

⁷⁸ Art. 16 ust. 3 ustawy o konkurencji w Republice Łotwy z 2002 r.; zob. także L. Hartmane, M. Gailis, *Latvia* [w:] *Merger Control 2008*, s. 217; M. Gailis, L. Hartmane, *Latvia* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 12: July 2006, s. 36-5.

⁷⁹ Art. 14 ust. 2 pkt 3 litewskiej ustawy o konkurencji z 1999 r.; zob. także Š. Keserauskas, *Lithuania* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 12: July 2006, s. 38-23; L. Juonys, L. Šlepaitė, *Lithuania* [w:] *Merger Control 2010*, s. 238-239; S. Keserauskas, M. Joinys, *Lithuania* [w:] *Merger Control 2008*, s. 224.

⁸⁰ Zob. szerzej K. Kohutek, *Kryteria oceny koncentracji przedsiębiorstw w prawie antymonopolowym UE*, PPH 2005, Nr 2; J. Sroczyński, *Kiedy koncentracje mogą zagrozić konkurencji* [w:] *Zmiany w polityce konkurencji na przestrzeni ostatnich dwóch dekad*, pod red. M. Krasnodębskiej-Tomkiel, UOKiK, Warszawa 2010, s. 213 i d.

⁸¹ Art. 18 i art. 20 ust. 1 uokik z 2007 r.; zob. także T. Skoczny [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod red. naukową T. Skoczego, s. 831 i d.; *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod red. C. Banasińskiego, E. Pionka. Wydanie 1, LexisNexis, Warszawa 2009, s. 357 i d.; E. Stawicki [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod red. A. Stawickiego, E. Stawickiego, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2011, s. 443 i d.

nienie nakazuje Prezesowi UOKiK uznać, że zgłoszona mu (zamierzona) koncentracja nie jest „koncentracją antykonkurencyjną”, której musiałby przeciwdziałać (art. 1 ust. 2). W przypadku wydawania zgody na dokonanie zgłoszonej koncentracji, Prezes UOKiK nie musi więc odwoływać się do ogólnej kategorii „interesu publicznego”, stanowiącej – w świetle praktyki stosowania uokik – orzeczniczną przesłankę interwencji wobec zachowań przedsiębiorców (w tym przypadku strukturalnych). Ustawodawca przesądził, że dla wyrażenia zgody na dokonanie koncentracji wystarczy udowodnić, że w wyniku danej koncentracji konkurencja na rynku „nie zostanie istotnie ograniczona, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku”. Z drugiej strony jednak ta sama **ustawa przewiduje możliwość „odstąpienia od zakazu”** dokonania koncentracji **ze względu na inne okoliczności usprawiedliwiające** jej dokonanie („interes publiczny”, o którym mowa w art. 1 ust. 1), wśród których są okoliczności wykraczające poza interes publiczny w ochronie konkurencji; jest wszakże znamienne, że także taką decyzję wydaje Prezes UOKiK⁸².

Ani uokik z 2007 r., ani przepisy wykonawcze do niej, nie zawierają wskazań, jakie znaczenie mają ww. kryteria oceny wpływu koncentracji na konkurencję na rynku w przypadku oceny koncentracji horyzontalnych, wertykalnych i konglomeratowych. Inaczej niż wspólnotowe rozp. 139/2004 komentowana ustawa nie formułuje nawet – choćby przykładowego – katalogu czynników (kryteriów), które powinny być brane pod uwagę przy ocenie, czy ograniczenie konkurencji ma charakter „istotny” czy „nieistotny”. Nie ma jednak przeszkód, żeby Prezes UOKiK uwzględniał te czynniki także w przypadku oceny koncentracji do niego zgłoszonych; tak zresztą robi w coraz szerszym zakresie. Słusznie podkreśla się w doktrynie, że jest to postawa zasadna „ze względu na wymóg uwzględnienia przy interpretacji prawa krajowego, rozwiązań zawartych w prawie wspólnotowym”⁸³. Zawsze jednak stanowią one jedynie „pomocnicze” narzędzia analityczne⁸⁴. Nawet w prawie UE nie stanowią one tzw. listy kontrolnej (*check-list*), czyli nie wszystkie dadzą się zastosować w przypadku każdej kontrolowanej koncentracji. Pomocą, której znaczenia nie można przecenić, są także wytyczne i rekomendacje KE w sprawach oceny koncentracji, mające charakter aktów typu *soft law*; stanowią one coraz częściej podstawę analiz Prezesa UOKiK. Komisja Europejska, w celu podwyższenia pewności prawnej w tym zakresie (poza wcześniejszym Obwieszczeniem w sprawie definicji rynku właściwego

⁸² Niezależnie od oceny tego faktu; zob. niżej rozdział III pkt 3.2.

⁸³ Zob. K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, s. 525.

⁸⁴ Podobnie tamże, s. 532.

dla potrzeb wspólnotowego prawa konkurencji⁸⁵), określiła kryteria oceny koncentracji horyzontalnych oraz niehoryzontalnych (wertykalnych i konglomeratowych) w dwóch odrębnych dokumentach polityki konkurencji⁸⁶.

Z zaprezentowanego przeglądu charakteru i miejsca podstawowego testu konkurencji w zbadanych porządkach prawnych kontroli koncentracji wynikają dwa podstawowe wnioski, które stanowią punkt wyjścia rozważań niniejszej monografii. Po pierwsze, **podstawowy (ekonomiczny) test konkurencji** lub kombinacja takich testów (zwłaszcza w prawie UE i w wewnętrznych porządkach prawnych jej państw członkowskich) są **albo wyłącznymi, albo dominującymi testami** (kryteriami), na podstawie których organy ochrony konkurencji oceniają zgłoszone do nich koncentracje. Po drugie, **bardzo rzadko** (zwłaszcza w państwach europejskich) podstawowy (ekonomiczny) **test konkurencji jest podwójnie samoistny**, czyli nie występuje w powiązaniu z innymi testami (ekonomicznymi i/lub innymi) oraz nie może być uzupełniony lub wręcz zastąpiony innym testem (zwłaszcza generalnym lub szczegółowym testem interesu publicznego innego niż ochrona konkurencji). W badanych porządkach prawnych istnieją – **obok pojedynczych i podwójnych testów ekonomicznych** (kombinacji „istotnego ograniczenia konkurencji” i „pozycji dominującej”) – **także testy bilansujące** o różnym charakterze. Mogą to być testy mające również **charakter ekonomiczny** (oceniające antykonkurencyjne, jak i prokonkurencyjne skutki cenowe i pozacenowe zgłoszonych koncentracji na różnych rynkach), a także **testy mające mieszany, ekonomiczno-społeczny charakter**. Oznacza to, że już w wymiarze normatywnym ustawodawcy uznają, że wprowadzić ekonomiczny test konkurencji jest najbardziej właściwy dla oceny transakcji koncentracyjnych, ale ich ewaluacja tylko na podstawie ekonomicznego(-ych) testu(-ów)

⁸⁵ Dz. Urz. WE z 1997 r. C 372/5.

⁸⁶ Są to: (1) Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw; wytyczne te zawierają stanowisko Komisji Europejskiej w sprawie roli, jaką w ocenie koncentracji horyzontalnych pełnią udziały w rynku oraz poziomy koncentracji (I), formułują podstawowe kryteria oceny możliwych antykonkurencyjnych skutków koncentracji horyzontalnych, w tym ich (1) **skutków jednostronnych** (nieskoordynowanych) i/lub (2) **skutków skoordynowanych**, a także określają cztery sytuacje, w których mimo zaistnienia ww. okoliczności, badana koncentracja mogłaby zostać uznana za zgodną z rynkiem wewnętrznym (pkt 10 Wytycznych); (2) Wytyczne w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw; wytyczne te określają typowe **skutki nieskoordynowane** (głównie wykluczenie) i **skoordynowane** koncentracji przedsiębiorstw nie działających na wspólnych rynkach, lecz na różnych szczeblach łańcucha dostaw (**koncentracji wertykalnych**) lub na rynkach niepowiązanych choćby więziami wertykalnymi (**koncentracji konglomeratowych**).

konkurencji nie jest wystarczająca; koncentracje takie mogą bowiem naruszać jeszcze inne wartości chronione, czyli obniżać poziom tzw. dobrobytu społecznego (*social welfare*) lub zagrażać ogólnemu interesowi bezpieczeństwa państwa w skali międzynarodowej. Niektórzy ustawodawcy idą nawet tak daleko, że już na gruncie ustawy o ochronie konkurencji dopuszczają możliwość uchylecia lub odstąpienia od zakazu antykonkurencyjnej koncentracji ze względu na interes publiczny inny niż ochrona konkurencji⁸⁷. Jak to zostanie wykazane w rozdziale III niniejszej monografii, ustawodawcy mogą jednak także przyznać pierwszeństwo takiemu interesowi publicznemu przed interesem publicznym ochrony konkurencji na podstawie innych ustaw publicznego prawa gospodarczego (głównie tzw. ustaw regulacyjnych), tworząc **całkowicie odrębne** testy interesu publicznego innego niż ochrona konkurencji⁸⁸.

2. Zgody szczególne w systemie prawa kontroli koncentracji

W modelu prewencyjnej kontroli koncentracji każde zgłoszenie zamiaru dokonania koncentracji uruchamia postępowanie przed organem ochrony konkurencji⁸⁹. Celem tego postępowania jest ocena zamierzonej i zgłoszonej koncentracji przede wszystkim **na podstawie testu konkurencji (najczęściej testu istotnego ograniczenia konkurencji)**⁹⁰. Jak wskazano wyżej ocena skutków koncentracji dla konkurencji jest rezultatem koniecznego **porównania sytuacji konkurencyjnej występującej przed dokonaniem** (w momencie dokonania) koncentracji (*premerger scenario*), która powinna być zachowana (*prevailing*), **z sytuacją konkurencyjną**, jaka najprawdopodobniej będzie miała miejsce **po dokonaniu koncentracji** (*post merger scenario*).

Zastosowanie podstawowego testu konkurencji (przeprowadzenie analizy strukturalnej i funkcjonalnej rynków, na które koncentracja wywiera wpływ) może przynieść jednoznaczny rezultat w postaci stwierdzenia przez organ ochrony konkurencji, że w wyniku tej koncentracji **nie nastąpi istotne ograniczenie konkurencji**. Organ ochrony konkurencji jest wtedy **zobowiązany do udzielenia zgody** na jej dokonanie, przybierającej formę decyzji administracyjnej lub innego działania prawnego lub faktycznego⁹¹, wywołu-

⁸⁷ Zob. szerzej rozdział III pkt 3.1 niniejszej monografii.

⁸⁸ Będzie o tym mowa głównie w rozdziale III niniejszej monografii.

⁸⁹ Zob. wyżej rozdział I pkt 2.

⁹⁰ Zob. wyżej rozdział I pkt 3.

⁹¹ Najczęściej są to decyzje administracyjne (np. w UE i w większości jej państw członkowskich), chociaż nie zawsze przysługuje od nich odwołanie (np. w Polsce). Może to

jącego ten sam skutek materialny⁹². W każdym systemie prawnym ochrony konkurencji przed koncentracjami antykonkurencyjnymi **zgody** takie (zwane niekiedy zgodami bezwarunkowymi) **zdecydowanie przeważają**.

Zastosowanie podstawowego testu konkurencji może jednak także doprowadzić organ ochrony konkurencji do przekonania, że **najbardziej prawdopodobne** (*most likely liked*)⁹³ jest, iż zamierzona i zgłoszona koncentracja stanowić będzie zagrożenie dla konkurencji na jednym lub wielu rynkach właściwych. Jest on wtedy zobowiązany do podjęcia działań, które tego rodzaju **zagrożenia dla konkurencji** (*competition concerns*) usuną. Organ ochrony konkurencji nie musi podejmować żadnych działań tylko wtedy, gdy strony transakcji koncentracyjnej wycofają zgłoszenie zamiaru jej dokonania, np. po tym, jak zostaną poinformowane przez organ ochrony konkurencji o takich zastrzeżeniach⁹⁴. Najczęściej, zagrożenia dla konkurencji zostaną usunięte całkowicie, gdy organ ochrony konkurencji⁹⁵ zakaze dokonania zamierzonej i zgłoszonej koncentracji. **Zakaz dokonania koncentracji** jest więc – obok decyzji o przywróceniu warunków konkurencji naruszonych w wyniku niezgłoszenia zamiaru koncentracji lub dokonania koncentrac-

być jednak także działanie polegające na złożeniu przez organ swoistego oświadczenia publicznego (np. zawiadomienie o braku zastrzeżeń wobec koncentracji pod rządami polskiej ustawy antymonopolowej z 1990 r.); zob. szerzej S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa. Komentarz*, wydanie 2, C.H. Beck, Warszawa 1999 r., s. 377 i d.

⁹² Skutkiem materialnym każdego takiego działania organu ochrony konkurencji jest uprawnienie do dokonania koncentracji z dniem, w którym działanie to stało się prawnie skuteczne. Działania organu mogą natomiast wywoływać różne skutki formalne; np. działania faktyczne nie pozwalają uruchomić drogi kontroli sądowej.

⁹³ „Największe prawdopodobieństwo” jest podstawowym, ugruntowanym empirycznie, standardem dowodzenia w prawie UE, a także w większości krajowych porządków prawnych. Piszę o tym szerzej w głosie do wyroku ETS w sprawie C-413/06 P *Bertelsmann/Sony v. KE*; zob. T. Skoczny, *Bertelsmann AG i Sony Corporation of America przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich* [w:] *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 2004–2009*, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2010, s. 126 i d.; zob. także cyt. tam literaturę przedmiotu i orzecznictwo.

⁹⁴ Poinformowanie stron koncentracji o stwierdzonych zagrożeniach dla konkurencji jest najczęstszym przypadkiem wycofania zgłoszenia w postępowaniach w sprawach koncentracji prowadzonych przed Komisją Europejską.

⁹⁵ Organem takim jest najczęściej organ administracji publicznej. Tak jest w większości instytucjonalnych systemów ochrony konkurencji w świecie, w tym w UE i w większości jej państw członkowskich; w niektórych z nich uprawnienia dochodzeniowe i orzecznicze są rozdzielone między różne instytucje administracji publicznej. Organem wydającym decyzje w sprawach koncentracji może jednak być także sąd, do którego organ administracyjny kieruje sprawę w trybie prawnokarnym, prawnocywilnym lub prawnoadministracyjnym; zob. szerzej T. Skoczny, *Instytucjonalne modele wdrażania reguł konkurencji na świecie – wnioski dla Polski*, RPEiS 2011, Nr 73(2), s. 77 i d.

cji przed uzyskaniem na nią zgody – **najsilniejszym środkiem** prawnym interwencji publicznej w sferę własności i wolności gospodarczej w celu przeciwdziałania antykonkurencyjnym koncentracjom. Jest też **środkiem ostatecznym**, czyli może on zostać zastosowany tylko wtedy, gdy organ ochrony konkurencji nie dysponuje żadnym innym środkiem interwencji publicznej, który eliminuje zagrożenia dla konkurencji i który jednocześnie pozwala stronom transakcji zrealizować (nawet jeśli niekiedy ograniczone) cele biznesowe, jakie z nią wiążą. U podstaw tego twierdzenia leży zasada rządów (państwa) prawa (*rule of law*), a w szczególności **wymóg proporcjonalności** interwencji publicznej w sferę własności i wolności gospodarczej przedsiębiorców (przedsiębiorstw). Właśnie dlatego, zakaz koncentracji jest w praktyce wdrażania reguł konkurencji niezmiernie rzadki.

Powyższa zasada wiąże oczywiście zarówno twórców reguł konkurencji (w tym prawa kontroli koncentracji), jak i organy wdrażające te reguły. Prawodawca winien zatem przyznawać organom ochrony konkurencji uprawnienia lub zobowiązać je do rozważenia, w przypadku każdorazowego stwierdzenia zagrożeń dla konkurencji, **czy nie jest jednak zasadne wyrażenie zgody na dokonanie koncentracji z powodów lub na warunkach szczególnych**⁹⁶. Dwie takie możliwości występują dosyć powszechnie we współczesnych porządkach prawnych ochrony konkurencji przed antykonkurencyjnymi koncentracjami. Należą do nich: **zgody warunkowe**, udzielane wtedy, gdy strony transakcji koncentracyjnej zobowiążą się do takiej modyfikacji ich pierwotnego zamiaru koncentracji w drodze określonych środków zaradczych (*remedies*), która skutecznie i wiarygodnie wyeliminuje zagrożenia dla konkurencji, stwierdzone w toku badania zgłoszonego zamiaru, oraz **zgody nadzwyczajne**⁹⁷, udzielane na podstawie innego interesu publicznego niż ochrona konkurencji, czyli pomimo powodowania przez zamierzone transakcje istotnego ograniczenia konkurencji⁹⁸. Rzadziej *explicit*, częściej w drodze materialnoprawnych interpretacji testów ewaluacji

⁹⁶ W polskiej literaturze podkreśla się wyraźnie, że przed podjęciem decyzji zakazującej Prezes UOKiK powinien przeanalizować, czy nie zachodzą przesłanki zastosowania innych, mniej surowych dla przedsiębiorców rozwiązań – w pierwszej kolejności wydania decyzji nadzwyczajnej, w drugiej – zgody warunkowej; zob. np. A. Madała [w:] A. Bolecki, S. Drozd, S. Famirska, M. Kozak, M. Kulesza, A. Madała, T. Wardyński, *Prawo konkurencji*, LexisNexis, Warszawa 2011, s. 483.

⁹⁷ Na gruncie prawa polskiego pojęcie zgody nadzwyczajnej akceptuje także M. Błachucki – zob. M. Błachucki, *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców*, UOKiK, Warszawa 2012, s. 303.

⁹⁸ Tak nazywa je w polskiej literaturze A. Madała – zob. A. Madała [w:] A. Bolecki, S. Drozd, S. Famirska, M. Kozak, M. Kulesza, A. Madała, T. Wardyński, *Prawo konkurencji*, s. 489.

zamierzonych i zgłoszonych koncentracji, w najbardziej rozwiniętych porządkach prawnych możliwe są także **zgody wyjątkowe**, do udzielania których organy ochrony konkurencji są zobowiązane dlatego że – przy spełnieniu określonych warunków (przesłanek) – **wydanie zakazu** dokonania koncentracji antykonkurencyjnej **jest niedopuszczalne**.

W przypadku udzielenia zgody warunkowej, zgody nadzwyczajnej oraz zgody wyjątkowej organ ochrony konkurencji jest zobowiązany dopuścić do dokonania koncentracji, mimo że zgłoszony zamiar koncentracji rodzi zagrożenia dla konkurencji. *Sensu largo* są one wszystkie sposobem obrony przed zakazem czy sposobem uniknięcia (odstąpienia od) zakazu⁹⁹. Ciężar dowodu na okoliczności usprawiedliwiające legalne dokonanie zamierzonej koncentracji leży bowiem – formalnie (normatywnie) lub faktycznie (orzeczniczo) – na stronach danej transakcji. *Sensu stricto* o zgodzie będącej instrumentem czy rezultatem zastosowanej przez strony transakcji koncentracyjnej obrony (*defence*) przed zakazem jej dokonania, mówi się tylko w przypadku doktryny orzeczniczej (*defence doctrine*), czyli praktyki ugruntowanej w orzecznictwie sądowym lub – szerzej – także administracyjnym. Wszystkie one materializują się w procesie wdrażania reguł ochrony konkurencji¹⁰⁰. Oznaczają dla stron transakcji zgodę na jej dokonanie, chociaż jest to **zgoda szczególna**, bo wynikająca nie lub nie tylko z zastosowania podstawowego testu konkurencji (braku istotnego ograniczenia konkurencji) lecz z innych przesłanek określonych normatywnie lub mających swoje źródło w orzecznictwie. Tak rozumianym zgodom szczególnym w prawie kontroli koncentracji jest poświęcona niniejsza monografia.

Struktura niniejszego opracowania, w tym kolejność analizy trzech zgód szczególnych, wynika z charakteru każdej z nich, a także z relacji między nimi oraz między nimi a zgodami i zakazami bezwarunkowymi. Pracę rozpoczynają rozważania na temat **zgód wyjątkowych**, będących konsekwencją niedopuszczalności zakazu. Szczególny charakter tego rodzaju zgody polega na tym, że jest ona koniecznym rezultatem **porównania** najbardziej prawdopodobnej **sytuacji konkurencyjnej** na jednym lub wielu rynkach **po dokonaniu koncentracji** (*post merger scenerio*) **z sytuacją konkurencyjną**,

⁹⁹ W prawie polskim tylko w przypadku zgody nadzwyczajnej ustawodawca użył (np. w art. 20 ust. 2 uokik z 2007 r.), nieznanego w innych porządkach prawnych, sformułowania „odstąpienie od zakazu” (w oryginalnym tłumaczeniu angielskim „*desistance from prohibition*”; zob. www.uokik.gov.pl).

¹⁰⁰ Żaden z nich nie ma zatem charakteru wyjątku legalnego (*legal exeption*), z jakim mamy np. do czynienia w przypadku nieobjęcia zakazem porozumień ograniczających konkurencję – tych antykonkurencyjnych, które spełniają normatywne przesłanki wyłączenia spod tego zakazu, określone np. w art. 101 ust. 3 TFUE czy w art. 8 ust. 2 uokik z 2007 r.

jaka miałyby miejsce **bez dokonania koncentracji**, w szczególności na skutek zakazania jej dokonania (*without merger scenerio*). Konieczność przeprowadzenia takiego porównania, a w konsekwencji obowiązek wydania zgody na dokonanie koncentracji antykonkurencyjnej, ma swoje uzasadnienie w dwóch genetycznie różnych, lecz przedmiotowo tożsamych koncepcjach – wymogu udowodnienia **związku przyczynowego** (*causal link, causality; Kausalität*) **między** zamierzoną i zgłoszoną koncentracją a jej potencjalnymi **skutkami dla konkurencji** oraz możliwością wykazania sytuacji zwanej w orzecznictwie i literaturze niektórych krajów *counterfactual*. Sprowadza się ona do niewątpliwego wystąpienia szkody dla konkurencji na określonym rynku także wtedy, gdyby dana koncentracja nie doszła do skutku, bo została zakazana. Najczęstszym i doktrynalnie najbardziej ugruntowanym przypadkiem takiej sytuacji jest **koncentracja z udziałem upadającej** (bankrutującej) firmy (*merger involving failing firm*), zwana też koncentracją (fuzją) ratunkową (*rescue merger*) lub sanacyjną (*Sanierungsfusion*), jako że jej sens ekonomiczny polega na uratowaniu zasobów upadającej firmy. W tym przypadku, organ ochrony konkurencji wyjątkowo wydaje zgodę na dokonanie koncentracji albowiem uznaje, że zgoda taka leży w ogólnym interesie publicznym (*total welfare*), ale nie dlatego, że spowodowane przez nią ograniczenie konkurencji nie rodzi szkody dla interesu (dobrobytu) konsumentów (*consumer welfare*), lecz – pomimo tego, że szkody takie rodzi – wystąpiłyby one także wtedy, gdyby dokonania takiej koncentracji zakazał. Analiza związku przyczynowego czy sytuacji *counterfactual*, w tym koncentracji z udziałem upadającej firmy (koncentracji ratunkowej czy sanacyjnej), mieści się w szeroko rozumianej (kompleksowej) analizie skutków koncentracji dla konkurencji rynkowej. Stąd zapewne, i to w większości porządków prawnych wdrażania reguł prewencyjnej kontroli koncentracji, test upadającego przedsiębiorstwa jest przeprowadzany **w ramach testu konkurencji**; tylko niekiedy mogą służyć temu inne testy (np. test bilansujący). Ponadto, większość tych porządków prawnych nie zna instytucji zgody nadzwyczajnej – takiej jaka jest przewidziana np. w art. 20 ust. 2 polskiej uokik z 2007 r. Osobiście przychyliam się do poglądu, że stwierdzenie sytuacji *counterfactual* czy skuteczne zastosowanie doktryny upadającego przedsiębiorstwa (obrony argumentem upadającego przedsiębiorstwa) całkowicie **uniemożliwia wydanie zakazu**. Zgoda na dokonanie koncentracji w takich sytuacjach jest więc wyjątkiem spod zakazu (niekiedy zwanym „wyjątkiem absolutnym”), czyli stanem, w którym nie mają zastosowania przepisy uprawniające do zakazowej interwencji publicznej w sferę własności i wolności gospodarczej. W tych przypadkach zakaz koncentracji w ogóle nie może być (nie jest) wydawany. Jak to zostanie wykazane poniżej, polskie organy

ochrony konkurencji zdają się stosować argument upadającego przedsiębiorcy jako okoliczność usprawiedliwiająca wydanie zgody nadzwyczajnej, co jest o tyle zasadne, że art. 20 ust. 2 uokik z 2007 r. nie przesądza, czy zgoda nadzwyczajna bazuje wyłącznie na przesłankach społecznych i ogólnogospodarczych, czy też może być także prowadzona w ramach ekonomicznego testu konkurencji. „Zgody szczególne” wynikające z niedopuszczalności wydania zakazu dokonania koncentracji (zgody wyjątkowe) występują w praktyce dosyć rzadko; mogą też być trudne do zidentyfikowania, zwłaszcza jeżeli nie są spełnione rygorystyczne przesłanki obrony argumentem upadającej firmy (*failing firm defence*, FFD).

Zgody nadzwyczajne są następnym obszarem analizy niniejszej monografii. Zgody te nie występują we wszystkich porządkach prawnych służących przeciwdziałaniu antykonkurencyjnym koncentracjom. Tam, gdzie występują, są często wydawane przez organy administracji publicznej inne niż te, których zadaniem jest stosowanie testu konkurencji i wydawanie na jego podstawie zgód lub zakazów dokonania koncentracji. Dotyczą one sytuacji, w których **ogólny interes publiczny** (najczęściej interes ogólnogospodarczy) jest **ważniejszy niż interes publiczny w ochronie konkurencji** (zapewnienie skutecznej konkurencji w gospodarce rynkowej). W przypadkach tych jednak zakaz dokonania koncentracji, często wydany najpierw formalnie przez organ ochrony konkurencji, jest bezskuteczny wobec późniejszej decyzji wyrażającej na nią zgodę; tam gdzie zgodę tę wydaje ten sam organ, który stwierdza naruszenie testu konkurencji, konieczne jest następcze wykazanie spełnienia przesłanek usprawiedliwiających „odstąpienie od zakazu” (zgodnie z terminologią art. 20 ust. 2 uokik z 2007 r.). Zgody nadzwyczajne w ogóle nie występują w prawie UE (aczkolwiek sam problem innych niż ochrona konkurencji interesów publicznych jest przez to prawo dostrzegany¹⁰¹), a tam, gdzie prawo krajowe je przewiduje, są – słusznie – bardzo rzadkie.

Przewidziana w ustawodawstwie ochrony konkurencji niemal wszystkich rozwiniętych krajów świata **zgoda warunkowa** jest instrumentem, przy pomocy którego organy ochrony konkurencji realizują aksjologię antykonkurencyjną, ale też umożliwiają stronom transakcji antykonkurencyjnych dokonanie koncentracji, jednakże nie w kształcie zamierzonym i zgłoszonym. W tym przypadku nie jest najpierw wydawana decyzja zakazująca dokonania koncentracji, czy przynajmniej stwierdzająca wysokie prawdopodobieństwo

¹⁰¹ Jest to widoczne w dosyć szerokim rozumieniu aksjologii rozp. 139/2004 oraz w postaci tzw. uprawnionych interesów państw członkowskich. zob. niżej rozdział III podrozdział 2.

zagrożeń dla konkurencji¹⁰². Pierwsza (formalnie lub faktycznie) faza postępowania prowadzonego na podstawie testu konkurencji musi wykazać istnienie tych zagrożeń, żeby można było rozważać zastosowanie środków zaradczych, które mogą wyeliminować te zagrożenia i – ostatecznie – umożliwić wydanie zgody na dokonanie koncentracji, która pierwotnie miała antykonkurencyjny charakter. Inaczej niż w przypadku wyjątkowego nie wydania (niedopuszczalności wydania) zakazu lub wydania zgody nadzwyczajnej, ostateczna zgoda warunkowa (jako zgoda szczególna) jest najbliższa zgodzie bezwarunkowej. Po zrealizowaniu warunków (środków zaradczych) zgoda ta oznacza bowiem, że zamierzona koncentracja w zmodyfikowanym kształcie nie rodzi już niebezpieczeństwa istotnego ograniczenia konkurencji. Zgody warunkowe w niektórych krajach zawierają również środki zaradcze służące także realizacji innych celów publicznych. Z tych powodów zgoda warunkowa jest instytucją nie tylko szczególną, ale też stosunkowo często stosowaną. W UE np. od 1990 r. wydano ponad sto zgód warunkowych na dokonanie zamierzonych i zgłoszonych koncentracji, przy tylko ok. dwudziestu zakazach (relacja 5:1). W Polsce relacja ta jest prawie dwukrotnie niższa (osiemnaście zgód warunkowych przy pięciu zakazach wydanych na podstawie uokik z 2000 r. i 2007 r.). Relacja zgód warunkowych do zakazów w innych państwach jest bliższa raczej relacji występującej w UE niż w Polsce.

Zgody szczególne (wyjątkowe, nadzwyczajne i warunkowe) pełnią ważną rolę w systemach ochrony konkurencji przed antykonkurencyjnymi koncentracjami. Co więcej, można stwierdzić, iż mają one w praktyce **znaczenie dominujące** w przypadkach koncentracji rodzących zagrożenia dla konkurencji. Mniej lub bardziej jasno i wyraźnie wynika to z samego ustawodawstwa. Znajduje to swoje odzwierciedlenie także w praktyce decyzyjnej organów ochrony konkurencji, które z arsenału środków publicznej interwencji w sferę własności i wolności w sprawach koncentracji, stosunkowo najrzadziej wybierają instytucję zakazu (bezwzględne). Również w literaturze uważa się je za priorytetowe jako rozwiązania „mniej surowe dla przedsiębiorców”¹⁰³. Wśród analizowanych w niniejszej monografii zgód

¹⁰² Tylko w modelu sądowym i niekiedy w mieszanym modelu wdrażania reguł konkurencji w sprawach koncentracji można mówić o formalnym stwierdzeniu przez organ administracji publicznej istotnego ograniczenia konkurencji po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego, a następnie skierowaniu sprawy do organu orzekającego (sądu) w celu nałożenia na strony transakcji stosownych warunków (środków zaradczych); zob. niżej rozdział IV niniejszej monografii.

¹⁰³ A. Madała [w:] A. Bolecki, S. Drozd, S. Famirska, M. Kozak, M. Kulesza, A. Madała, T. Wardyński, *Prawo konkurencji*, s. 482.

szczególnych **zdecydowany priorytet** zdaje się mieć **zgoda warunkowa**. W tych porządkach prawnych, w których jest najszerszej stosowana, cieszy się też najwyższym stopniem akceptacji przez przedsiębiorców¹⁰⁴. Dzieje się tak, słusznie, tam i wtedy, gdy przedsiębiorcy są informowani przez organ ochrony konkurencji o zagrożeniach dla konkurencji na stosunkowo wczesnym etapie postępowania w sprawie zamierzonej i zgłoszonej koncentracji i mają zagwarantowaną pełną możliwość wypowiedzenia się na temat założeń i rezultatów analiz przesłanek decyzji, do wydania których zmierzają prowadzący postępowanie organ, w tym w szczególności negocjowania ich własnych zobowiązań (środków zaradczych), które umożliwią organowi wydanie zgody warunkowej. Nie ulega wątpliwości, że realizacja tych oczekiwań jest zdecydowanie łatwiejsza w przypadku dwufazowego postępowania w sprawie koncentracji (jak w UE i w większości jej państw członkowskich), a trudniejsza w przypadku postępowania jednofazowego (jak wciąż jeszcze w Polsce i tylko kilku innych państwach). Przedmiotem niniejszej monografii jest przede wszystkim **weryfikacja obu tych hipotez badawczych** (dominującego znaczenia zgód szczególnych, a w tym priorytetu zgody warunkowej).

Prezentowane poniżej ustalenia i poglądy mają swoje podstawy w rezultatach indywidualnego projektu badań statutowych pt. „Prewencyjna kontrola koncentracji – podstawy materialnoprawne i reguły ich wdrażania”, realizowanego przez autora w ciągu kilku ostatnich lat na Wydziale Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego. Głównym obszarem i punktem odniesienia tych badań jest polskie prawo (głównie uokik z 2000 r. i 2007 r.) i praktyka jego stosowania – liczne (32¹⁰⁵) decyzje Prezesa UOKiK oraz nieliczne (4¹⁰⁶) wyroki sądów (głównie SOKiK) w sprawach koncentracji. Badania te obejmują także materialnoprawne reguły ochrony konkurencji przed koncentracjami antykonkurencyjnymi oraz dorobek decyzyjny i orzecznicy w zakresie wdrażania tych reguł w ok. sześćdziesięciu państwach

¹⁰⁴ Także w Polsce mieliśmy ostatnio do czynienia z taką jednoznaczną akceptacją wyrażoną wprost przez przedstawicieli dwóch przedsiębiorców, którzy uzyskali zgody warunkowe; zob. transmisję *on line* z konferencji zorganizowanej przez UOKiK, na www.uokik.gov.pl/.

¹⁰⁵ Mam tu na myśli osiemnaście decyzji warunkowych (zob. rozdział IV) oraz dziewięć decyzji nadzwyczajnych (zob. rozdział III) i pięć zakazów (zob. rozdziały III i IV).

¹⁰⁶ Mam tu na myśli trzy wyroki SOKiK w sprawie odwołań od decyzji zakazujących koncentracji – wyrok SOKiK z 5.04.2011 r. w sprawie XVII AmA 213/09 *Koltram*, wyrok SOKiK z 13.04.2011 r. w sprawie XVII AmA 78/09 *Orzeł Biały* oraz wyrok SOKiK z 14.05.2012 r. w sprawie XVII AmA 41/11 *PGE*, a także wyrok SOKiK w sprawie odwołania od decyzji nakładającej karę pieniężną za opóźnienie wykonania warunku (wyrok SOKiK z 3.10.2011 r. w sprawie XVII AmA 8/10 *Carrefour*).

świata, w tym we wszystkich państwach członkowskich UE, oraz w samej Unii. Z argumentów porównawczo-prawnych będę w niniejszym opracowaniu korzystał szczególnie często, jako że dorobek ten, m.in. w zakresie zgód szczególnych, jest w Polsce wciąż raczej skromny. Polskie prawo i orzecznictwo z zakresu ochrony konkurencji, w tym prewencyjnej kontroli koncentracji, podlegają bowiem silnemu oddziaływaniu aktów prawa międzynarodowego oraz ustawodawstwa i dorobku orzeczniczego na poziomie regionalnym, w tym głównie UE, jak i jej państw członkowskich, a także niektórych państw pozaeuropejskich, w tym USA. Dla oceny polskiego dorobku w świetle rozwiązań i orzecznictwa z innych porządków prawnych, sięgać będę często – acz niewyłącznie – do prawa i orzecznictwa USA, UE oraz trzech jej największych państw członkowskich – Wielkiej Brytanii, Niemiec i Francji.

Z uwagi na to, że niniejsza praca ma charakter monograficzny, także wybór omawianych zagadnień i cytowanej literatury jest podporządkowany weryfikacji przyjętych założeń i hipotez badawczych. Co do zasady, praca jest oparta na stanie prawnym na dzień 1 lipca 2012 r. (w przypadku prawa i orzecznictwa polskiego) i 1 stycznia 2012 r. (w przypadku prawa i orzecznictwa obcego); w miarę dostępności wykorzystuję także najbardziej aktualną literaturę polską i zagraniczną (w szczególności najnowsze wydania standardów prawa kontroli koncentracji w UE).

Zgody wyjątkowe (niedopuszczalność zakazu)

1. Niedopuszczalność zakazu koncentracji z udziałem upadającej firmy

Jednym z najbardziej oczywistych skutków funkcjonowania mechanizmu konkurencji rynkowej jest **upadanie firm** (przedsiębiorstw, przedsiębiorców). Uczestnik rynku, który z powodów gospodarczych nie jest w stanie na nim przetrwać, powinien z tego rynku wyjść (*market exit*), a posiadane przez niego aktywa (*assets*) powinny albo całkowicie z niego zniknąć, albo zostać zbyte innym uczestnikom rynku, którzy je alokują w taki sposób, że zwiększą one swoją wartość rynkową. Takie przypadki nie powodują najczęściej żadnych negatywnych skutków dla konkurencji. Przeciwnie, często przynoszą tzw. **korzyści efektywnościowe** (*efficiencies*) i powodują tzw. **nowe wejścia** (*new entries*), przez co „wychodzą na dobre” konkurencji, a w konsekwencji interesom konsumentów (*consumer welfare*)¹. Na rynkach konkurencyjnych koncentracje z udziałem upadających firm często zwiększają ogólny poziom dobrobytu (*total welfare*) albo przez podwyższenie efektywności wykorzystywania istniejących zdolności produkcyjnych lub ich użycie do socjalnie bardziej wartościowych celów, albo przez zachowanie miejsc pracy lub wywoływanie innych korzyści socjalnych².

¹ Efektywnościowe korzyści koncentracji z udziałem upadających firm są jednak rzadko przedmiotem badań ekonomicznych (empirycznych). Jedno z nielicznych takich badań jest prezentowane [w:] R. Mason, H. Weeds, *The Failing Firm Defence*, Merger Policy and Entry, www.cepr.org/meets/wkcn/6/6600/papers/weeds.pdf (18.11.2007).

² Zob. Background note (by the Secretariat) [w:] *The Failing Firm Defence. OECD Policy Roundtables*, 1995, s. 18, www.oecd.org/dataoecd/35/6/1920253.pdf; G. Hewitt, *Failing Firm Defence*, *OECD Journal of Competition Law and Policy*, 1999, 1(2), s. 115.

Dokonywane transakcje sprzedaży aktywów firmy upadającej, jeśli nie spełniają tzw. przesłanek jurysdykcyjnych prewencyjnej kontroli koncentracji³, pozostają poza obszarem zainteresowania organów ochrony konkurencji. Jeżeli natomiast spełniają te przesłanki, czyli stanowią „koncentracje” w rozumieniu prawa, oraz podlegają obowiązkowi zgłoszenia zamiaru ich dokonania, albowiem przekraczają określone przez prawo „progi” zgłoszeń, albo mogą być badane *ex post* będą poddane kompleksowej kontroli organu ochrony konkurencji. Zasadniczym celem tej kontroli jest stwierdzenie, czy w rezultacie transakcji sprzedaży aktywów firmy upadającej nastąpi **spełnienie** tzw. **przesłanek ewaluacyjnych**, czyli **podstawowego** (ekonomicznego) **testu konkurencji**, sprowadzającego się najczęściej do badania, czy istotnie ograniczają (skuteczną) konkurencję na jednym lub wielu rynkach właściwych; tak jest w szczególności wtedy, gdy w wyniku tej transakcji powstaje sytuacja monopolistyczna (*from duopoly to monopoly*) lub duopol (z trzech na dwóch uczestników rynku), a niekiedy także wąski oligopol, co – w każdej z tych sytuacji – najczęściej oznacza podwyższenie władzy rynkowej (*market power*), a w konsekwencji może podlegać zakazowi.

Rodzi się jednak pytanie, czy samo ustalenie na podstawie ekonomicznego testu konkurencji (analiz strukturalnych i funkcjonalnych), że konkurencja na rynku po dokonaniu koncentracji będzie istotnie ograniczona, wystarczy dla jej zakazania. Zasadniczym warunkiem obowiązku wydania zakazu dokonania koncentracji przez organ ochrony konkurencji jest **stwierdzenie** w postępowaniu w sprawie zamierzonej i zgłoszonej koncentracji, że **ograniczenie** (osłabienie intensywności) **konkurencji** w okresie po dokonaniu koncentracji będzie **bezpośrednim skutkiem danej** (badanej) **transakcji** koncentracyjnej. Jeżeli okaże się, że **konkurencja** na rynkach, których dotyczy, **byłaby ograniczona niezależnie od tego, czy koncentracja ta doszłaby do skutku czy nie** (w wyniku jej zakazania), organ ochrony konkurencji nie ma prawa wydać decyzji zakazującej jej dokonania (**zakaz** dokonania koncentracji jest **niedopuszczalny**). Prawo kontroli konkurencji ma bowiem chronić konkurencję tylko przed negatywnymi skutkami zindywidualizowanych operacji koncentracyjnych firm, które bezpośrednio powodują ograniczenie konkurencji, a pośrednio (finalnie) szkodzą interesom (dobrobytowi) konsumentów; nie ma natomiast na celu ochrony konkurencji zagrożonej działaniami władz publicznych lub okolicznościami obiektywnie niezależnymi.

³ Oczywiście wyłączenie spod obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji dokonywanej w toku postępowania upadłościowego (art. 14 pkt 4 uokik; zob. też „Wyjaśnienia w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK”, pkt 3.5) jest zupełnie inną instytucją prawną.

Obrona przed zakazem dokonania koncentracji powinna więc być możliwa już **na gruncie** podstawowego (ekonomicznego) **testu konkurencji** (testu istotnego ograniczenia konkurencji). Ewaluacja zamierzonej koncentracji nie może bowiem ograniczać się tylko do porównania i oceny stanu konkurencji na rynkach właściwych przed jej dokonaniem (*pre-merger*) ze stanem konkurencji na tych rynkach po jej dokonaniu (*post/after-merger*). Do standardów ewaluacji koncentracji dokonywanej w ramach prewencyjnej kontroli koncentracji należy również **porównanie stanu konkurencji** rynkowej **przed dokonaniem koncentracji** (*pre-merger scenario*) **ze stanem konkurencji** rynkowej, jaka będzie miała miejsce wtedy, **gdy zgłoszona koncentracja nie dojdzie do skutku w wyniku jej zakazania** (*without/no merger scenerio*). Organ ochrony konkurencji nie tylko więc musi przewidzieć *ex ante*, jakie będą skutki koncentracji, która zostałaby dokonana, ale też rozważyć, co stałoby się w przypadku braku jej dokonania⁴. Nie można bowiem wykluczyć, że z powodu bardzo złej sytuacji finansowej jednego z uczestników koncentracji, jej dokonanie nie wpłynie istotnie na poziom konkurencji na rynku.

W każdym prawidłowo skonstruowanym i funkcjonującym porządku prawnym musi więc być miejsce na taką analizę. Jest ona przewidywana (wymagana) w ustawodawstwie niezmiernie rzadko, dlatego **doktryny (standards) i testy (przesłanki)** jej stosowania musiały zostać wypracowane przez sądy i organy administracji publicznej zobowiązane do wdrażania reguł kontroli koncentracji. Charakterystyczne jest to, że doktryny i testy te są **różne genetycznie** i są stosowane w różnym zakresie w różnych porządkach prawnych. Nie ulega jednak wątpliwości, że najważniejszymi i najczęstszymi przypadkami, w których nie można stwierdzić, że negatywny stan konkurencji na rynku jest (będzie) bezpośrednim skutkiem danej transakcji koncentracyjnej są **koncentracje z udziałem upadającej firmy** (*merger involving failing firm*⁵), zwane też **koncentracjami ratunkowymi** (*merger rescuing a failing firm*⁶, *rescue mergers*⁷) lub **sanującymi** (*Sanierungsfusionen*⁸), czyli koncentracje, których uczestnikiem (z reguły pasywnym) jest **firma (spółka) upadająca** (*failing firm, failing company*)⁹; koncentracje takie polegają najczęściej na

⁴ Zob. V. Baccaro, *Failing Firm Defence and Lack of Causality: Doctrine and Practice in Europe of Two Closely Related Concepts*, ECLR 2004, 25(1), s. 13 i 17.

⁵ Zob. S. Bishop, M. Walker, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, University Edition, Sweet & Maxwell, 3. ed., 2010, s. 307.

⁶ Zob. G. Monti, *EC Competition Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2007, s. 336.

⁷ Zob. U. Schwalbe, D. Zimmer, *Law and Economics in European Merger Control*, Oxford University Press, Oxford 2009, s. 317.

⁸ Zob. V. Emmerich, *Kartellrecht*, 11. Auflage, C.H. Beck, München 2008, s. 219 i 457.

⁹ G. Monti, *EC Competition Law*, s. 296.

przejęciu (*acquisition*) firmy (spółki) upadającej w celu uratowania jej przed bankrutem. Zdają się to potwierdzać procesy koncentracyjne, dokonujące się nie tylko w okresach restrukturyzacji gospodarek, ale także w dobie kryzysów gospodarczych (i finansowych) o zasięgu lokalnym, regionalnym lub globalnym.

Wprawdzie każda koncentracja, nawet prowadząca do poważnego pogorszenia struktury rynku, może zostać ostatecznie dopuszczona, to jednak koncentracja prowadząca z duopolu do monopolu ma na to szanse niewielkie. Są one znacznie większe w przypadku, gdy w koncentracji takiej uczestniczy upadający przedsiębiorca. Dzieje się tak dlatego że organy ochrony konkurencji (najpierw amerykańskie sądy, potem inne władze publiczne w USA i w Europie) uznały, że zgoda na dokonanie koncentracji z udziałem rynkowego dominanta (*purchaser*) i upadającego przedsiębiorstwa (*target*) jest ekonomicznie (a czasem też społecznie) uzasadniona, a niewyrażenie na nią zgody, czyli – w konsekwencji – dopuszczenie do upadku przejmowanego przedsiębiorstwa, niczego nie zmienia w strukturze konkurencji na rynkach właściwych.

Z przypadkami przejęć upadających firm zetknęły się, jako pierwsze, amerykańskie organy antytrustowe. W USA już na początku lat 30-tych XX w. powstała orzecznicza doktryna **obrony przed zakazem na podstawie argumentu upadającej firmy** (*failing firm defence*, FFD), która przez dziesięciolecia stanowiła źródło i punkt odniesienia stosowania testu konkurencji z uwzględnieniem analizy konkurencji na rynkach właściwych w sytuacji, gdyby koncentracja nie doszła do skutku. **Trzy orzeczenia** Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych (SN USA) są najważniejsze dla określenia granic stosowania FFD na gruncie głównie art. 7 Ustawy Claytona (czasami także art. 1 i 2 Ustawy Shermana). Obrona przy pomocy argumentu upadającej firmy została po raz pierwszy zastosowana – i to skutecznie – w wyroku w sprawie *International Shoe Co. v. FTC* z 1930 r.¹⁰, zmieniającym wyrok Pierwszego Sądu Okręgowego podtrzymujący zakaz fuzji wydany przez Federalną Komisję Handlu. Sąd Najwyższy USA oparł ten wyrok na dwóch przesłankach FFD – konieczności ogłoszenia upadłości oraz braku alternatywnego nabywcy spółki. Kilkadziesiąt lat później, w wyroku w sprawie *Citizen Publishing v. United States*¹¹, SN USA istotnie ograniczył możliwość posłużenia się obroną argumentem upadającej firmy, odmawiając zastosowania FFD do silnie antykonkurencyjnej koncentracji z udziałem firmy

¹⁰ 280 U.S. 291, 302-303 (1930).

¹¹ 394 U.S. 131 (1969). Podobnie orzekł w sprawie *United States v. Geater Buffalo Press*, 402 U.S. 549 (1971).

z sektora prasowego mającej – po prostu – kłopoty finansowe¹². Sąd ustanowił rygorystyczny, **trzyczęściowy test upadającej firmy** (*three-part failing firm test*), zgodnie z którym, żeby skorzystać z takiej obrony: (1) firma musi stać przed „poważnym prawdopodobieństwem gospodarczego upadku” („*the grave probability of business failure*”), (2) przejmujący musi być „jedynym dostępnym nabywcą” („*only available purchaser*”) i (3) widoki na reorganizację firmy muszą być „małe lub nieistniejące” („*dim or non existent*”) ¹³. Wreszcie, w wyroku w sprawie *United States v. General Dynamic Corp*¹⁴ SN uznał, że nabycie spółki węglowej jest dopuszczalne, mimo że prowadziło do powstania firmy dominującej w mocno skoncentrowanym przemyśle. Spółka nie była wprawdzie zagrożona nieuchronnym upadkiem, ale jej rentowność istotnie spadła, co stworzyło możliwość obrony przed zakazem na podstawie argumentu firmy mającej kłopoty finansowe (*flailing firm defence*)¹⁵. Charakterystyczne jest, że w żadnym z tych orzeczeń nie formułuje się przesłanki „utruty aktywów”. Znalazło to swoje potwierdzenie w przedłożonym przez delegację amerykańską w OECD w 2009 r. raporcie nt. obrony argumentem upadającej firmy¹⁶, gdzie wprost stwierdzono, że sądy amerykańskie uznają, iż obrona ta znajduje zastosowanie, gdy spełnione są (tylko) **dwa warunki**. Po pierwsze, przejmowana firma musi być upadająca, czyli musi stać przed „poważnym prawdopodobieństwem gospodarczego upadku”¹⁷ – np. bankructwem¹⁸; nie wystarczające jest to, że firma ta ma po prostu „trudności finansowe” czy „przynosi straty”¹⁹. Po drugie, przejmowana spółka musi nie mieć żadnej rozsądnej alternatywy wobec danej koncentracji, która byłaby mniej szkodliwa dla konkurencji²⁰.

¹² Zob. R. Mason, H. Weeds, *The Failing Firm Defence: Merger Policy and Entry*, s. 2, www.cepr.org/meets/wkcn/6/6600/papers/weeds.pdf (18.11.2007).

¹³ 394 U.S. 131 (1969); zob. także W.T. Miller, D.I. Baker, *United States of America* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 14: September 2007, s. 64-5.

¹⁴ 415 U.S. 486 (Sup Ct U.S.); zob. także I. Knable Gotts, D. Theophile, *The impact of financial distress on M&A review – a comparative analysis*, Business Law Insight 2003, 2(ay), s. 129–136; J.L. McDavid, *Antitrust issues involving acquisitions of financially distressed companies*, Competition Law International 2010, 6(1), s. 18–27.

¹⁵ Zob. R. Mason, H. Weeds, *The Failing Firm Defence...*, s. 2; zob. także M.N. Sohn, *Failing and Flailing Firms: Merger Analysis in a time of Recession, Changing Technology, and International Competition*, Antitrust Law Journal 1999, s. 155.

¹⁶ Zob. *The Failing Firm Defence*, OECD Policy Roundtables, 2009, s. 175–176.

¹⁷ *Citizen Publishing v. United States*, 394 US 131, 137 (1969) cyt. wyrok w sprawie *International Shoe Co. v. FTC*, 280 U.S. 302 (1930).

¹⁸ Tamże; zob. także *United States v. GeaterBuffalo Press*, 402 U.S. 549, 555 (1971).

¹⁹ Zob. *The Failing Firm Defence*, OECD Policy Roundtables, 2009, s. 176 i cyt. tam stanowiska.

²⁰ *Citizen Publishing v. United States*, 394 U.S. 137 (1969).

Zasadnicze, lecz częściowo zmienione elementy tej genetycznie orzeczniczej (*jude-made*) doktryny zostały następnie przejęte przez pozasądowe organy ochrony konkurencji w USA (Departament Sprawiedliwości oraz Federalną Komisję Handlu) w Wytycznych w sprawie fuzji horyzontalnych najpierw z 1992 r.²¹, potem z 2010 r.²² a także przez pozasądowe organy wielu innych państw, w tym państw członkowskich UE i samej UE, jako **element** dokonywanych przez nie **kompleksowych (zintegrowanych) ocen koncentracji**. Aktualne Wytyczne w sprawie fuzji horyzontalnych Federalnej Komisji Handlu i Departamentu Sprawiedliwości USA stwierdzają, że fuzja horyzontalna nie naruszy art. 7 Ustawy Claytona, czyli nie spowoduje wzrostu siły rynkowej, jeśli rychła upadłość jednego z jej uczestników sprawi, że aktywa tego uczestnika opuszczą rynek właściwy. W świetle tych Wytycznych²³ zastosowanie testu FFD wymaga spełnienia trzech przesłanek: (1) firma zagrożona upadkiem (*allegedly failing firm*) nie będzie w stanie sprostać swoim zobowiązaniom finansowym w bliskiej przyszłości; (2) firma nie będzie w stanie dokonać udanej restrukturyzacji (*to reorganize successfully*) pod rządami przepisów rozdz. 11 Ustawy o Upadłości²⁴; (3) firma podjęła w dobrej wierze wysiłki zakończone ostatecznie niepowodzeniem (*unsuccessful good-faith efforts*) w celu zdobycia rozsądnych alternatywnych ofert przejęcia aktywów, które by zarówno zatrzymały jej aktywa materialne i niematerialne na rynku właściwym, jak też stanowiły mniejsze zagrożenie dla konkurencji niż proponowana fuzja²⁵.

W samych Stanach Zjednoczonych uważa się, że **zakres** obrony argumentem upadającej firmy jest **wąski**²⁶, bo **warunki** jej stosowania są „**surowe**” (*stringent*)²⁷. Dlatego też jest ona rzadko stosowana przed sądami niższych instancji²⁸. Natomiast jeśli jest stosowana, to uczestnikom fuzji rzadko udaje się z niej skorzystać²⁹. Co więcej, od 1930 r. SN USA ani razu nie potwierdził

²¹ Zob. amerykańskie Wytyczne w sprawie fuzji horyzontalnych z 1992 r.; zob. szerzej J.L. McDavid, *Failing Companies and the Antitrust Laws*, 14 Michigan Journal of Law Reform, Ref. 230, 1980–1981, s. 229 i d.

²² Zob. amerykańskie Wytyczne w sprawie fuzji horyzontalnych z 2010 r.

²³ Ale także amerykańskie Wytyczne w sprawie fuzji niehoryzontalnych, <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/2614.htm>.

²⁴ Bankruptcy Act. 11 U.S.C. §§ 1101-1174 (1988).

²⁵ Przesłanka ta nie jest nigdzie sformułowana w prawie UE; tak R. Mason, H. Weeds, *The Failing Firm Defence...*, s. 2.

²⁶ Zob. *The Failing Firm Defence*, OECD Policy Roundtables, 2009, s. 175.

²⁷ D.F. Broder, E.D. Hassi, *Report by the Federal Trade Commission*, ECLR 1996, 17(6) s. 2.

²⁸ Zob. FTC Report 1996, rozdz. 3.

²⁹ Tamże; poza cyt. wyżej sprawą *International Shoe Co. v. FTC*, 280 U.S. 291 (1930), sądy amerykańskie zaakceptowały stosowanie obrony argumentem upadającej firmy,

jej zastosowania, utrzymując w mocy wyroki sądów niższych instancji odmawiające jej zastosowania³⁰. W konsekwencji doktryna ta jest też rzadko podnoszona przed organami antytrustowymi, a jeżeli już to jest przez nie z reguły odrzucana³¹. W raporcie Federalnej Komisji Handlu z 1996 r. podano, że odmówiła ona udzielenia pozytywnych opinii w trzynastu postępowaniach toczących się przed sądami³². Obrona ta jest jednakże dosyć wyraźnym standardem prawnym (*strict legal standard*), dlatego wystąpiły przypadki, w których uczestnicy fuzji przedstawili dowody na zasadność jej zastosowania i w których organy antytrustowe zaakceptowały zgłoszoną koncentrację na bazie tych dowodów³³. Jednak w raporcie Federalnej Komisji Handlu z 1996 r. nie rekomendowano rozszerzania zakresu stosowania obrony argumentem upadającego przedsiębiorstwa. Stwierdzono w nim powszechny brak akceptacji stosowania w ramach tej doktryny obrony opartej na argumentach socjalnych. Jedynie w wyroku w sprawie *International Shoe Co. v. FTC* z 1930 r., wydanym w okresie wielkiego kryzysu gospodarczego, SN USA zdawał się akceptować tę obronę w celu uniknięcia społecznych kosztów (*social costs*) likwidacji, w szczególności przeciwdziałania szkodom dla zatrudnionych i akcjonariuszy upadającej firmy oraz

np. w sprawach: *United States v. Maryland & Va. Milk Producers Ass'n*, 167 F. Supp. 799 (D.D.C. 1958), *aff'd in part, rev'd& remanded in part*, 362 U.S. 458 (1960); *Union Leader Corp. v. Newspapers of New England Inc.*, 284 F.2d 582 (1st Cir. 1960), *cert. denied*, 365 U.S. 833 (1961); *Granader v. Public Bank*, 281 F. Supp. 120 (E.D. Mich. 1967), *aff'd*, 417 F.2d 75 (6th Cir. 1969), *cert. denied*, 397 U.S. 1065(1970); *United States v. M.P.M. Inc.*, 397 F. Supp. 78 (D. Colo. 1975); *FTC v. Great Lakes Chem. Corp.*, 528 F. Supp. 84 (N.D. Ill. 1981); *Reiley v. Hearst Corp.*, 107 F. Supp. 2d 1192 (N.D. 2000). Sądy odmówiły natomiast zastosowania obrony argumentem upadającej firmy w sprawach: *United States v. Diebold, Inc.*, 369 U.S. 654 (1962); *United States v. Philadelphia Nat'l Bank*, 374 U.S. 321 (1963); *United States v. El Paso Natural Gas Co.*, 376 U.S. 651 (1964); *United States v. Von's Grocery Co.*, 384 U.S. 270 (1966); *United States v. Third Nat'l Bank in Nashville*, 390 U.S. 171 (1968); *Citizen Publishing v. US*, 394 U.S. 131 (1969); *United States v. Geater Buffalo Press*, 402 U.S. 549, 555 (1971); *FTC v. Bass Bros. Enters.*, 1984-1 Trade Cas. (CCH) 66,041 (N.D. Ohio 1984); *FTC v. Harbour Group Investments, L.P.*, 1990-2 Trade Cas. (CCH) 69, 247 (D.D.C. 1990).

³⁰ Zob. FTC Report 1996, rozdz. 3; zob. np. wyroki SN w sprawach: *United States v. Philadelphia Nat'l Bank*, 374 U.S. 321 (1963); *Schlitz Brewing Co. v. United States*, 385 U.S. 37 (1966); *Continental Oil Co. v. United States*, 393 U.S. 79 (1968); *Citizen Publishing v. United States*, 394 U.S. 131 (1969); *United States v. Greater Buffalo Press Inc.*, 402 U.S. 549 (1971).

³¹ Zob. T. Fina, V. Mehta, *The Failing Firm Defence. Alive and Well*, The Antitrust Source, August 2011 http://www.bakerbotts.com/file_upload/documents/Aug11_Fina.pdf

³² Zostały one wymienione w rozdz. 6 Raportu (przypis 24).

³³ Zob. *Failing Firm Defence*, OECD Policy Roundtables, 2009, s. 175.

wspólnot lokalnych, na terenie których ona działała³⁴. Nacisk na koszty społeczne nie został jednak powtórzony już w wyroku w sprawie *Citizen Publishing v. United States* z 1969 r., a przez wielu przedstawicieli literatury został uznany za błędny, jako wykraczający poza ramy ekonomicznej analizy skutków fuzji dla „konkurencji gospodarczej” (*economic competition*), do czego organy antytrustowe USA są wyłącznie uprawnione na gruncie art. 7 Ustawy Claytona³⁵; ich zdaniem obrona argumentem upadającej firmy jest więc instrumentem polityki konkurencji, mającej służyć przede wszystkim zapewnieniu dobrobytu konsumentom³⁶, a nie jakiegokolwiek innej polityki publicznej. Raczej powszechnie uważa się, że obrona argumentem upadającej firmy jest współcześnie elementem analizy ekonomicznej dokonywanej na gruncie podstawowego testu konkurencji – w USA testu istotnego osłabienia konkurencji (*significant lessening of competition/CLT*) przez stworzenie lub wzmocnienie władzy rynkowej lub ułatwienie jej wykorzystywania³⁷, czyli jest pokrewna czy pozostaje w ścisłym związku z inną doktryną obrony argumentem korzyści efektywnościowych³⁸. Ekonomiści są bowiem zdania, że FFD ma z reguły ten skutek, bo zachęca do nowych wejść na rynek³⁹. Największym adwersarzem efektywności FFD jest prof. McChesney, który kategorycznie twierdzi, że „nabycie upadającej firmy jest zawsze efektywne”⁴⁰. Związek z ekonomiczną analizą wejść (*entries analysis*) i korzyści efektywnościowych jest wyraźnie widoczny także wtedy, gdy przedmiotem analizy jest przejęcie firmy, która ma trudności finansowe, traci pieniądze itp., ale nie jest „firmą upadającą” w sensie ww. doktryny obronnej. Nawet

³⁴ Zob. szerzej G. Monti, E. Rousseva, *Failing Firms in the Framework of the E.C. Merger Control Regulation*, ELRev 1999, 24, s. 38, 51 i d.

³⁵ Zob. np. P.E. Areeda & D.F. Turner, *Antitrust Law*, 1980, s. 105–106; H. Hovenkamp, *Economics and Federal Antitrust Law*, 1985, s. 314; 2009, s. 278; zob. także *Failing Firm Defence*, OECD Policy Roundtables, 2009, s. 175–176.

³⁶ R.A. Posner, F.H. Easterbrook, *Antitrust: Cases, Economic Notes and other Materials*, 3rd ed., 1981, s. 472.

³⁷ Art. 7 Ustawy Claytona; zob. także amerykańskie Wytyczne w sprawie fuzji horyzontalnych, pkt 1.

³⁸ Zob. FTC Report 1996, rozdz. 3; zob. także R.P. Harty, *United States [w:] Merger Control 2008*, s. 366; M. Wolf (*Effizienzen und europäische Zusammenschlusskontrolle. Die wettbewerbsrechtliche Integrationsfähigkeit einer „efficiency defence” am Beispiel horizontaler Zusammenschlüsse. Zugleich Beitrag zur kritischen Präzisierung eines „more economic approach”*), Nomos, Berlin 2009, s. 50 i 410) wyraźnie stwierdza, że doktryna upadającej firmy jest rozsądna (*sinnfähig*) tylko na podłożu doktryny efektywności (*efficiency doctrine*).

³⁹ R. Mason, H. Weeds, *The Failing Firm Defence...*, s. 2.

⁴⁰ F.S. McChesney, *Defending the failing firm defence*, 65 *Nebraska Law Review*, 1(1986); cyt. za G. Monti, E. Rousseva, *Failing Firms...*, s. 48; tamże szerzej, s. 51.

wtedy organy antytrustowe USA mogą wziąć pod uwagę te okoliczności w ich całościowej ocenie efektów zgłoszonej fuzji, w tym uznać np. że firma taka nie będzie stanowiła efektywnej konkurencji w przyszłości, a więc jej przejście nie stworzy lub nie wzmocni siły rynkowej nabywcy, skutkiem czego nie musi być ona zablokowana⁴¹. Panuje też powszechne przekonanie, że stosowanie tej doktryny nie może być także rozciągnięte na sprawy koncentracji w sektorach dotkniętych kryzysem (*distressed industries*)⁴².

Charakterystyczne jest, że w innych państwach pozaeuropejskich badanie możliwości upadku firmy przejmowanej w ramach podstawowego testu konkurencji (jako jednego z wielu jego czynników) jest przewidziane w ustawach (np. w Korei, Kanadzie, Meksyku⁴³, Indiach⁴⁴ i w RPA⁴⁵) lub/i w wytycznych w sprawach oceny koncentracji (np. w Kanadzie i Japonii). Najdalej idącą w tym zakresie jest koreańska ustawa antymonopolowa, która nie tylko zakazuje antykonkurencyjnych fuzji, ale – jako jedyna – *explicite* uznaje FFD za jeden z dwóch (obok korzyści efektywnościowych) sposobów wyłączenia spod tego zakazu⁴⁶. Stanowi ona mianowicie, że nabycie firmy upadającej (niezdolnej do działania/*non-viable*) jest wyjątkowo dopuszczalne, jeżeli w danym okresie jej kapitał jest mniejszy niż wartość aktywów, przez co jej rewitalizacja nie jest możliwa bez danej fuzji, a ponadto zasoby produkcyjne firmy nie mogą być użyte inaczej niż w drodze danej fuzji, a żadna inna mniej antykonkurencyjna fuzja nie jest możliwa⁴⁷. W Kanadzie organy ochrony konkurencji, badając spełnienie testu SLC, winny wziąć pod uwagę, czy „firma lub część firmy, albo strona fuzji lub fuzji proponowanej upadła lub prawdopodobnie upadnie”⁴⁸. Podejście Komisarza ds. Konkurencji do oceny tych argumentów jest określone w jego Wytycznych z 2004 r.⁴⁹ Stwierdzono w nich, że utrata przez upadającą firmę jej aktualnego lub przyszłego wpływu na konkurencję nie jest wystarczającą podstawą uznania,

⁴¹ Tamże; zob. także D.F. Broder, E.D. Hassi, *Report by the Federal Trade Commission*, s. 2.

⁴² Zob. FTC Report 1996, rozdz. 3.

⁴³ Zob. G. Castaneda, *Mexico* [w:] *Merger Control 2010*, s. 258.

⁴⁴ Zob. S. Chitale, A. Sinha, *India* [w:] *Merger Control 2010*, s. 181.

⁴⁵ Zob. R. Legh, T. Dini, *South Africa* [w:] *Merger Control 2010*, s. 335.

⁴⁶ Zob. art. 7 ust. 1 i 2 koreańskiej ustawy antymonopolowej; zob. także K. Seok Oh, S. Un Yun, *Korea* [w:] *Merger Control 2010*, s. 223–224; J.S. Hur, Sai Ree Yun, *Korea* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 20: August 2010, s. 35–6–35–8.

⁴⁷ Zob. koreański raport krajowy [w:] *The Failing Firm Defence*, OECD Policy Roundtables, 2009, s. 151; w raporcie tym stwierdzono, że standard ten powinien być stosowany także w okresie aktualnego kryzysu gospodarczego.

⁴⁸ Zob. art. 92 i 93 kanadyjskiej ustawy o konkurencji z 1985 r.

⁴⁹ Zob. kanadyjskie Wytyczne w sprawie fuzji horyzontalnych z 2009 r., pkt 13, s. 46 i d.

że jest ona zagrożona bezpośrednim upadkiem, a w wypadku braku fuzji aktywa tej firmy opuszczają rynek. Przeciwnie, Komisarz ds. Konkurencji bada jeszcze szczegółowo jej sytuację finansową, przebieg i szanse postępowania upadłościowego oraz istnienie alternatywnej fuzji lub restrukturyzacji wobec badanej fuzji. Jak się podkreśla, w żadnym wypadku czynnik upadającej firmy (*failing firm factor*) nie jest w Kanadzie mechanizmem równoważenia szeroko rozumianych interesów społecznych z ograniczeniami konkurencji powodowanymi przez proponowaną koncentrację, i nie służy osłabieniu stosowania testu konkurencji w okresie kryzysu gospodarczego i finansowego⁵⁰. Również japońskie Wytyczne uznają „słabe wyniki gospodarcze” grupy spółek za jeden z czynników, jakie muszą być brane pod uwagę w ramach oceny, czy fuzja lub akwizycja może „istotnie ograniczyć konkurencję”⁵¹. Nawet w krajach, w których ustawa nie przewiduje uwzględniania tego czynnika w ramach podstawowego testu konkurencji, argument upadającej firmy brany jest pod uwagę w praktyce ochrony konkurencji przed antykonkurencyjnymi koncentracjami. Australijska Komisja Konkurencji i Konsumentów akceptuje argument upadającej firmy w sytuacji, „gdy jest ona w oczywistym niebezpieczeństwie upadku, jej restrukturyzacja nie jest prawdopodobna, w razie niedojścia koncentracji do skutku aktywa opuszczają przemysł, a prawdopodobny stan konkurencji po koncentracji nie będzie gorszy niż po wyjściu firmy przejmowanej z rynku”⁵². Mimo braku pojęcia „firmy upadającej”, czy jej legalnego testu także w Nowej Zelandii, gdy jest taka potrzeba, obrona argumentem upadającej firmy stanowi część badania prawdopodobnych skutków fuzji lub akwizycji prowadzonej w ramach analiz *counterfactual*, obejmujących porównanie faktów (*factual*) z prawdopodobną „sytuacją przeciwną” (*counterfactual*), przy czym w analizach tych nacisk kładziony jest na *counterfactual* o najbardziej konkurencyjnej istocie; w ramach tych analiz, nowozelandzka Komisja Konkurencji bada przede wszystkim przepływy finansowe, szanse na restrukturyzację oraz możliwe próby ratowania firm zakończone porażką⁵³. Reguły te zostały zasadniczo

⁵⁰ Zob. kanadyjski raport krajowy [w:] *The Failing Firm Defence*, OECD Policy Roundtables, 2009, s. 83–84, 85 i 88; zob. także I. KnabeGotts, D. Theophile, *The impact of financial distress on M&A review – a comparative analysis*, Bus. L.I. 2003, 2 (May), s. 126–136; B.A. Facey, G. Hilton-Sullivan, M. Graham, *The reinvigoration of Canadian antitrust law – Canada’s new approach to merger review*, Competition Law International 2010, 6(19), s. 28–36.

⁵¹ Wytyczne w sprawie oceny koncentracji z 2004 r.; zob. japoński raport krajowy [w:] *The Failing Firm Defence*, OECD Policy Roundtables, 2009, s. 119.

⁵² W. Peter, J. Downes, *Australia* [w:] *Merger Control 2010*, s. 41.

⁵³ Zob. nowozelandzki raport krajowy [w:] *The Failing Firm Defence*, OECD Policy Roundtables, 2009, s. 129; *Summary of discussion* [w:] *The Failing Firm Defence*, OECD Policy Roundtables, 2009, s. 209.

potwierdzone w dokumencie dyskusyjnym przyjętym w 1993 r. wspólnie z australijską Komisją ds. Praktyk Handlowych w związku z kryzysem światowym⁵⁴. Także organy australijskie i nowozelandzkie opowiadają się jednoznacznie przeciwko ewentualnej praktyce obniżania standardów stosowania testów FFD w okresie kryzysu gospodarczego, a zwłaszcza w odniesieniu do koncentracji w sektorze finansowym⁵⁵.

Koncepcja (doktryna) obrony przed zakazem antykonkurencyjnej koncentracji przy pomocy argumentu upadającej firmy nie została *explicite* przewidziana w rozp. 4064/89⁵⁶, ale Komisja Europejska⁵⁷ została stosunkowo szybko z nią skonfrontowana⁵⁸. W 1993 r. dokonała oceny zgłoszonego jej koncentracyjnego wspólnego przedsiębiorstwa, utworzonego przez spółki Kali und Salz i MdK oraz Treuhand, w wyniku którego dochodziło do *de facto* monopolu na rynku nawozów potasowych w Niemczech i do dominacji na pozostałym rynku wspólnotowym (60%), co powinno skutkować zakazaniem dokonania tej transakcji na podstawie art. 2 ust. 2 rozp. 4064/89. Dążąc do uzyskania zgody, strony argumentowały, że w przypadku braku transakcji MdK będzie po prostu wyparta z rynku i jej udziały i tak przypadną firmie Kali und Salz. W decyzji w sprawie **Kali und Salz**⁵⁹ KE po

⁵⁴ Zob. nowozelandzki raport krajowy [w:] *The Failing Firm Defence*, OECD Policy Roundtables, 2009, s. 132–133.

⁵⁵ Zob. *Summary of discussion* [w:] *Failing Firm Defence*, OECD Policy Roundtables, 2009, s. 212 oraz 214–215.

⁵⁶ Zob. szerzej V. Baccaro, *Failing Firm Defence...*, s. 13–14; I. Kokkoris, *Failing firm defence in the European Union. A Panacea for Mergers?*, ECLR 2006, 27(9), s. 495; S. Bishop, M. Walker, *The Economics of EC Competition Law...*, s. 307.

⁵⁷ Już w sprawie koncentracji *Aerospaciale/Alenia de Havilland* podniesiono, że de Havilland (spółka zależna Boeinga) może stanąć przed koniecznością likwidacji, jeżeli nie zostanie przejęta, ale KE nie zaakceptowała tego poglądu; zob. decyzję KE w sprawie IV/M.053 *Aerospaciale/Alenia de Havilland* (Dz. Urz. WE 1991 L 334/42); zob. szerzej C.J. Cook, C.S. Kerse, *EC Merger Control*, Fifth Edition, Sweet & Maxwell, London 2009, s. 274; I. Kokkoris, *Failing Firm Defence...*, s. 498–499.

⁵⁸ Szczegółową analizę dorobku KE w zakresie koncentracji z udziałem upadającej firmy (sanującej) prezentuje F.M. Weber, *Sanierungsfusionen in der Konzeption von SIEC- und Marktbeherrschungstestunter der Fusionskontrollverordnung*, Nomos, Baden-Baden 2006, s. 130 i d.

⁵⁹ Decyzja KE w sprawie IV/M.308 *Kali und Salz/MDK Treuhand* [dalej: *Kali und Salz*] (Dz. Urz. WE 1998 C 275/3). Szeroką prezentację i analizę tej sprawy zob. m.in. [w:] V. Baccaro, *Failing Firm Defence...*, s. 13–14; I. Kokkoris, *Failing Firm Defence...*, s. 498–499; A. Jones, B. Sufrin, *EC Competition Law. Text, Cases, and Materials*, Third Edition, Oxford University Press, Oxford 2008, s. 1048–1050; zob. także C.J. Cook, C.S. Kerse, *EC Merger Control*, 2009, s. 275; L. Ritter, W.D. Brown, *European Competition Law, A Practitioner's Guide*, Third Edition, Kluwer Law International, The Hague 2005, s. 595–596; E. Navarro Varona, A. Font Galarza, J. Folguera Crespo, J. Briones

raz pierwszy formalnie uznała, że „obrona argumentem upadającej spółki” może być wzięta pod uwagę bezpośrednio na gruncie art. 2 ust. 2 rozp. 4064/89⁶⁰, stanowiącego, że „połączenie, które stwarza lub umacnia pozycję dominującą, w rezultacie czego konkurencja na Wspólnym Rynku zostałaby znacząco utrudniona, uznaje się za niezgodne ze Wspólnym Rynkiem”. Z przepisu tego można, w sposób oczywisty, wyinterpretować wymóg ustalenia związku przyczynowego (*causation requirement*)⁶¹ między koncentracją a jej skutkami. Komisja Europejska uznała, że w badanej sprawie taki związek przyczynowy nie istnieje; stwierdziła że „koncentracja nie spowoduje powstania pozycji dominującej, albowiem nabywca nieuchronnie osiągnie pozycję dominującą nawet wtedy, gdy koncentracja zostanie zakazana”⁶². Koncentracja nie jest więc przyczyną odtworzenia pozycji dominującej na rynku niemieckim. W ten sposób doszło, po raz pierwszy w Europie, do zastosowania wprost (pod tym „szyldem”) „obrony argumentem upadającej firmy”⁶³. Generalnie KE przyjęła, że koncentracja nie jest przyczyną pogorszenia struktury konkurencji na rynku, gdy spełnione są kumulatywnie **trzy przesłanki** (kryteria)⁶⁴: (1) przejmowane przedsiębiorstwo zostanie w bliskiej przyszłości wyparte z rynku, jeżeli nie zostanie przejęte przez inne przedsiębiorstwo, (2) nabywca przejmie udział w rynku przejmowanego przedsiębiorstwa, gdy zostanie ono wyparte z rynku oraz (3) nie ma alternatywnego przejęcia, które byłoby mniej antykonkurencyjne⁶⁵. Zdaniem Komisji Europejskiej wszystkie te trzy przesłanki zostały w sprawie *Kali*

Alonso, *Merger Control in the EU. Law, Economics and Practice*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford 2005, s. 336–337; J. Faull and A. Nickpay, *The EC Law of Competition*. Second Edition, Oxford University Press, Oxford 2007, s. 511; A. Lindsay, *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*, Second Edition, Thomson & Sweet and Maxwell, London 2006, s. 501–502.

⁶⁰ E. Navarro Varona, A. Font Galarza, J. Folguera Crespo, J. Briones Alonso, *Merger Control in the EU*, s. 337; G. Monti, E. Rouseva, *Failing Firms...*, s. 41.

⁶¹ Decyzja w sprawie *Kali und Salz*, pkt 87. Pogląd ten uzyskał także poparcie Komitetu Doradczego ds. Koncentracji (Dz. Urz. WE 1994 C 199/4).

⁶² Decyzja w sprawie *Kali und Salz*, pkt 71.

⁶³ Tak V. Baccaro, *Failing Firm Defence...*, s. 13.

⁶⁴ Niekiedy przesłanki te określa się jako trzystopniowy test (*three step test*); zob. G. Monti, E. Rouseva, *Failing Firms...*, s. 41.

⁶⁵ Decyzja w sprawie *Kali und Salz*, pkt 71. Tylko raz w literaturze europejskiej wskazano, że decyzja w sprawie *Kali und Salz* zawiera cztery (kumulatywne) przesłanki stosowania FFD, zaliczając do nich ww. brak związku przyczynowego między pogorszeniem struktury konkurencji a koncentracją; zob. *The Oxford Encyclopedia of European Community Law*, Volume III Competition Law and Policy, A.G. Toth (ed.), Oxford University Press, Oxford 2008, s. 454.

und Salz spełnione⁶⁶. Decyzja w sprawie *Kali und Salz* była przedmiotem kontroli sądowej z odwołania rządu francuskiego i francuskiego konkurenta (SCPA) stron koncentracji⁶⁷. Jak się podkreśla w literaturze, w sprawie *Francja v. Komisja* ETS postąpił prawidłowo, odrzucając stanowisko rządu francuskiego, który uważał że decyzja KE była błędna, bo nie uwzględniała wszystkich elementów uznanych w amerykańskim prawie antytrustowym za konieczne dla zastosowania obrony „upadającym przedsiębiorstwem”, a zastosowała arbitralnie (2.) przesłankę „absorpcji udziałów rynku”⁶⁸. Europejski Trybunał Sprawiedliwości uznał, że test zastosowany przez KE nie jest tożsamy z testem amerykańskim, ale jest spójny z art. 2 ust. 2 rozp. 4064/89⁶⁹ i że doktryna „upadającego przedsiębiorstwa” w unijnym prawie kontroli koncentracji może być zaakceptowana na gruncie tego przepisu, a zatem nie musi uzyskać specjalnego statusu. Jednocześnie ETS stwierdził, że „kryterium absorpcji udziałów rynku, nawet jeśli nie uznawane (...) za wystarczające samo w sobie dla wykluczenia negatywnych skutków koncentracji dla konkurencji, to jednak pomaga ukazać neutralne skutki koncentracji w kontekście pogorszenia struktury konkurencji na rynku. Jest to spójne z koncepcją związku przyczynowego zawartą w art. 2 ust. 2 Rozporządzenia”⁷⁰. Zdaniem niektórych autorów, ETS „przyjął szersze podejście niż to z decyzji [w sprawie *Kali und Salz*]”⁷¹, otwierając drogę do stosowania argumentu upadającej firmy także w przypadkach, w których nie dochodzi do przejścia przez nabywcę całości akcji przejmowanego bankruta.

Obrona argumentem upadającego przedsiębiorstwa nie była jednak często stosowana pod rządami rozp. 4064/89. Trudności finansowe przedsiębiorstw uczestniczących w koncentracji KE brała jednak pod uwagę w swych normalnych analizach rynku, kończących się wydaniem zgody warunkowej

⁶⁶ M. Furse, *The Law of Merger Control in the EC and the UK*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2007, s. 134.

⁶⁷ Zob. wyrok ETS w połączonych sprawach C-68/94 i C-30/94 *French Republic and SCPA & ENC v. KE* [dalej: *Francja v. Komisja*] (Zb. Orz. 1998, s. I-1375), w którym ETS uchylił decyzję KE, ale z całkiem innych powodów; zob. także I. KnableGotts, D. Theophile, *The impact of financial distress on M&A review...*, s. 129–136; A. Jones, B. Surfin, *EC Competition Law*, s. 1049–1050;

⁶⁸ C.J. Cook, C.S. Kerse, *E.C. Merger Control*, Third Edition, Sweet & Maxwell, London 2000, s. 179. E. Navarro Varona, A. Font Galarza, J. Folguera Crespo, J. Briones Alonso, *Merger Control in the EU*, s. 336–337.

⁶⁹ G. Monti, E. Rouseva, *Failing Firms...*, s. 41.

⁷⁰ Wyrok ETS w sprawie C-68/94 i C-30/94 *Francja v. KE* (Zb. Orz. 1998, s. I-1375), s. 116.

⁷¹ E. Navarro Varona, A. Font Galarza, J. Folguera Crespo, J. Briones Alonso, *Merger Control in the EU*, s. 33; V. Baccaro, *Failing Firm Defence...*, s. 14; zob. także N. Levy, *The Control of Concentrations Between Undertakings* [w:] V. Korah, *Cases and Materials on EC Competition Law*, 2nd ed., Hart Publishing, s. 614.

lub bezwarunkowej (ale nie na podstawie FFD). Nawet jeśli odwoływała się do koncepcji obrony, analizując poszczególne jej przesłanki (kryteria), to decyzje podejmowała raczej na gruncie generalnej zasady **braku związku przyczynowego** między pogorszeniem struktury konkurencji na rynkach a daną transakcją koncentracyjną⁷². Pierwszą po sprawie *Kali und Salz* okazją do rozważenia zastosowania obrony argumentem upadającej firmy była **sprawa *Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM***⁷³, dotycząca koncentracyjnego przedsiębiorstwa wspólnego, które dwóm jego stronom (Saint-Gobain oraz Wacker-Chemie) dawałaby 60% udział na dwóch rynkach właściwych karbidu krzemowego. Komisja Europejska odmówiła w tym przypadku zastosowania obrony argumentem upadającego przedsiębiorstwa, gdyż stwierdziła, że nie jest spełniona żadna z trzech przesłanek testu FFD, sformułowanych w sprawie *Kali und Salz*, a w konsekwencji **zakazała** dokonania tej koncentracji. W latach 90-tych KE jeszcze dwukrotnie rozważała zastosowanie doktryny obrony argumentem upadającego oddziały. **W sprawie *Bertelsmann/Kirch/Premiere***⁷⁴, dotyczącej koncentracji dwóch niemieckich platform telewizji płatnej, wydano zakaz dokonania koncentracji ponieważ prowadziłaby ona do prawie monopolistycznej struktury tego rynku. Komisja Europejska uznała, że zamiar rozwiązania jednej ze spółek zależnych grupy Kirch (a nie „upadek” całej grupy) nie spełnia w wystarczającym stopniu przesłanek FFD w rozumieniu testu *Kali und Salz*. Co więcej stwierdziła, że „gdy w grę wchodzi ‘obrona argumentem upadającego oddziały’ [*failing division*] a nie ‘obrona argumentem upadającej spółki’, musi być postawiony szczególnie wysoki standard spełnienia warunków obrony na podstawie braku związku przyczynowego. Gdyby tak nie było, każda koncentracja obejmująca sprzedaż zagrożonego obszaru nierentownej działalności gospodarczej mogłaby być usprawiedliwiana dla celów kontroli koncentracji oświadczeniem strony, że, w razie braku zgody na koncentrację, konieczne będzie jej zamknięcie”⁷⁵. **W sprawie *REWE/Meinl***⁷⁶, niemiecka spółka REWE zamierzała przejąć wszystkie akcje austriackiej spółki Julius Meinl i wszystkie jej aktywa, co doprowadziłoby do powstania lub wzmocnienia pozycji dominującej REWE na niektórych rynkach. Strony oczekiwały bezwarunkowej zgody na dokona-

⁷² V. Baccaro, *Failing Firm Defence...*, s. 11

⁷³ Decyzja KE w sprawie IV/M.774 *Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM* (Dz. Urz. WE 1997 L 247/1), głównie pkt 47; zob. szerzej I. Kokkoris, *Failing Firm Defence...*, s. 499–500.

⁷⁴ Decyzja KE w sprawie IV/M. 993 *Bertelsmann/Kirch/Premiere* (Dz. Urz. WE 1999 L 53/1), głównie pkt 71; zob. także I. Kokkoris, *Failing Firm Defence...*, s. 499–500.

⁷⁵ Decyzja w sprawie *Bertelsmann/Kirch/Premiere*, pkt 71.

⁷⁶ Decyzja KE w sprawie IV/M.1221 *Rewe/Meinl* (Dz. Urz. WE 1999 L 274/1); zob. także I. Kokkoris, *Failing Firm Defence...*, s. 499–501; V. Baccaro, *Failing Firm Defence...*, s. 1–16.

nie tej koncentracji na gruncie obrony argumentem „upadającego oddziału” (części spółki Meinel). Komisja Europejska stwierdziła jednak, że nie jest spełnione żadne z kryterium FFD w wersji testu *Kali und Salz*. Podstawą koncentracji jest bowiem raczej decyzja biznesowa kierownictwa spółki niż „quasi-niewypłacalność” jednego z jej oddziałów. Komisja Europejska wyraziła jednak **zgody warunkową** na dokonanie tej koncentracji. Jak się podkreśla w literaturze, w obu powyższych sprawach KE próbowała zarysować „łagodniejszy” standard obrony argumentem upadającego oddziału niż obrony argumentem upadającej firmy⁷⁷. W latach 90-tych, obronę argumentem upadającej firmy KE rozważała także w sprawie koncentracji *Boeing/McDonnell Douglas*, ale odrzuciła ją uznając (inaczej niż władze amerykańskie), że nie są spełnione warunki do jej zastosowania⁷⁸; ostatecznie jednak wydała warunkową zgodę na dokonanie koncentracji. W sprawie *Blokker/Toys 'R' Us*⁷⁹ wydała decyzję zakazującą dokonania koncentracji.

W sprawie *Kali und Salz*, pierwszym unijnym standardzie (teście) FCD⁸⁰, warunki (kryteria) korzystania z obrony argumentem upadającej firmy zostały więc zakreślone wąsko⁸¹. Stosowanie tego testu było utrudnione, jako że większość fuzji z upadającym przedsiębiorstwem nie spełniałaby warunku „absorpcji udziałów w rynku”. Ten warunek mógł zostać spełniony jedynie wtedy, gdy nabywca był jedynym pozostałym na rynku przedsiębiorstwem (fuzja prowadząca do monopolu)⁸². Z tego powodu oraz pod wpływem wyroku ETS w sprawie *Francja v. Komisja*, KE zmodyfikowała test FCD wypracowany w decyzji w sprawie *Kali und Salz*⁸³ w ten sposób, że „zaniechała” wymagania warunku „absorpcji udziałów w rynku”⁸⁴ lub ją

⁷⁷ I. Kokkoris, *Failing Firm Defence...*, s. 501.

⁷⁸ Decyzja KE w sprawie IV/M.807 *Boeing/McDonnell Douglas* (Dz. Urz. WE 1997 L 336/16), pkt 57–61; zob. także S. Bishop, M. Walker, *The Economics of EC Competition Law...*, s. 308; S. Bishop, *The Boeing/McDonnell Douglas Merger*, ECLR 1997, s. 417; E. Navarro Varona, A. Font Galarza, J. Folguera Crespo, J. Briones Alonso, *Merger Control in the EU*, s. 340.

⁷⁹ Decyzja KE w sprawie IV/M.890 *Blokker/Toys 'R' Us* (II) (Dz. Urz. WE 1998 L 136/1); zob. także C.J. Cook, C.S. Kerse, *EC Merger Control*, 2009, s. 275.

⁸⁰ W. Rowley & D. Baker (ed.), *International Mergers. The Antitrust Process*, Sweet & Maxwell, s. 595–596.

⁸¹ V. Emmerich, *Kartellrecht*, s. 219; Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, Sixth Edition, Edited by P. Roth QC, V. Rose, Oxford University Press, Oxford 2008, s. 773.

⁸² Zob. V. Emmerich, *Kartellrecht*, s. 219; V. Korah, *Cases and Materials on EC Competition Law*, Third Edition, Hart Publishing, Oxford–Portland Oregon 2006, s. 658.

⁸³ S. Bishop, M. Walker, *The Economics of EC Competition Law...*, s. 308.

⁸⁴ A. Strohm, *BASF/Pantochim/Eurodiol: Richtungswechsel in der europäischen Fusionskontrolle?*, WuW 2001, 12, s. 1203 i d.

„przeformułowała istotnie”⁸⁵ czy „zdefiniowała szerzej”⁸⁶, przez to „czyniąc ją bliższą doktrynie amerykańskiej”⁸⁷. Okazję ku temu stworzyło zgłoszenie zamiaru przejścia przez holenderską spółkę BASF dwóch belgijskich spółek zależnych Eurodiol i Pantochin, znajdujących się w trakcie formalnej likwidacji, od również bankrutującej włoskiej spółki SISAS. Koncentracja tworzyłaby pozycję dominującą BASF na kilku rynkach właściwych Europejskiego Obszaru Gospodarczego (EOG). W decyzji w sprawie *BASF*⁸⁸, będącej – jak się niekiedy uważa – drugim „fundamentalnym krokiem”⁸⁹ na drodze rozwoju stosowania przez KE koncepcji (doktryny) upadającej firmy, KE udzieliła zgody na dokonanie tej koncentracji w trybie obrony argumentem upadającej firmy, aczkolwiek na podstawie nowego testu. Uznała bowiem, że dla zastosowania tej koncepcji konieczne jest kumulatywne **spełnienie trzech** następujących **przesłanek** (kryteriów): (1) przejmowane przedsiębiorstwo zostanie w bliskiej przyszłości wyparte z rynku, jeżeli nie zostanie przejęte przez inne przedsiębiorstwo, (2) nie ma mniej antykonkurencyjnego alternatywnego nabywcy i (3) przejmowane aktywa nieuchronnie opuściłyby rynek, gdyby nie zostały przejęte przez inne przedsiębiorstwo. W uzasadnieniu decyzji wydanej w sprawie *BASF* KE stwierdziła, że w badanym przypadku także trzecia przesłanka jest spełniona, chociaż łączące się przedsiębiorstwa nie stanowiły duopolu (jak w sprawie *Kali und Salz*), bo na rynku właściwym był inny konkurent, który mógł przejąć przynajmniej część udziałów w rynku zbankrutowanych spółek Eurodiol i Pantochin. Co więcej, badanie KE wykazało, że istnieje wysokie prawdopodobieństwo (*high likelihood*), że aktywa tych spółek (całe zakłady chemiczne) definitywnie opuściłyby rynki właściwe, gdyby do koncentracji nie doszło (także w wyniku jej zakazania)⁹⁰. Tym samym zdolności produkcyjne zostałyby zredukowane,

⁸⁵ L. Ritter, W.D. Brown (*European Competition Law*, s. 596) twierdzą, że jest to „nieistotnie różne podejście”.

⁸⁶ S. Bishop, M. Walker, *The Economics of EC Competition Law...*, s. 309.

⁸⁷ E. Navarro Varona, A. Font Galarza, J. Folguera Crespo, J. Briones Alonso, *Merger Control in the EU*, s. 33.

⁸⁸ Decyzja KE w sprawie COMP/M.2314 *BASF/Eurodiol/Pantochim* (Dz. Urz. WE 2002 L 132/45); zob. A. Strohm, *BASF/Pantochim/Eurodiol: Change of direction in European merger control*, EC CPN 2001, 3(Oct), s. 22–24; zob. także C.J. Cook, C.S. Kerse, *EC Merger Control*, 2009, s. 276; M. Wolf, *Effizienzen und europäische Zusammenschlusskontrollen...*, s. 49; A. Lindsay, *The EC Merger Regulation...*, s. 502–503; C. Caffara, A. Coscelli, *Merger to Monopoly: NewsCorp/Telepiù*, *European Competition Law Review* 2003, 24; A. Jones, B. Surfin, *EC Competition Law*, s. 1051–1052; L. Ritter, W.D. Brown, *European Competition Law*, s. 596–597.

⁸⁹ V. Baccaro, *Failing Firm Defence...*, s. 16; I. Kokkoris, *Failing Firm Defence...*, s. 501.

⁹⁰ Decyzja KE w sprawie COMP/M.2314 *BASF/Eurodiol/Pantochim*, s. 151.

mogłoby nawet dojść do tzw. wąskich gardeł („*sharp shortfall of capacity*”)⁹¹, a w konsekwencji do pogorszenia warunków rynkowych i strat dla konsumentów (podwyżek cen)⁹² w większej skali niż w przypadku dopuszczenia do koncentracji i utrzymania aktywów przejmowanych spółek. Zastosowanie koncepcji „fuzji ratunkowej”⁹³ jest więc uzasadnione zawsze wtedy, gdy „powodowana przez koncentrację szkoda dla struktury konkurencji jest przynajmniej nie gorsza [„*no worse*”] niż w przypadku braku koncentracji”⁹⁴. Jest to ewidentne zastosowanie „scenariusza upadającej firmy” („*failed-firm scenario*”), jako *counterfactual*, bazującego na porównaniu poziomu konkurencji w przypadku upadku spółek Eurodiol i Pantochem z sytuacją konkurencji w przypadku zgody na koncentrację, a więc nie z sytuacją *status quo*⁹⁵.

Obrona argumentem upadającej firmy nie była jednak często stosowana także na gruncie standardu FCD wypracowanego w decyzji w sprawie *BASF*. W dalszym ciągu bowiem trudno było spełnić kumulatywnie wszystkie trzy warunki zastosowania tej doktryny. Komisja Europejska w dalszym ciągu wolała korzystać z możliwości wydania zgody warunkowej niż bezwarunkowej zgody na podstawie standardu *BASF*. Po 2000 r. zgody takie wydała np. w sprawach *BLU* i *Newscorp/Telepiù*, w których rozważała także przesłanki obrony argumentem upadającej firmy, ale swe decyzje oparła ostatecznie na kryterium braku związku przyczynowego między sytuacją konkurencyjną na rynku a daną koncentracją. W sprawie *BLU*⁹⁶ KE wyraziła warunkową zgodę na dokonanie koncentracji, która rodziła zagrożenia dla konkurencji na włoskim rynku telefonii mobilnej. W trakcie badania zgłoszonej koncentracji KE rozważała możliwość zastosowania obrony argumentem upadającej firmy lub upadającego oddziały, jako że należąca do grupy Benetton spółka *BLU* była poważnie zagrożona, nie znalazła alternatywnego nabywcy, a więc miała być rozwiązana; jej aktywa nie pozostałyby na rynku (byłyby przejęte przez strony koncentracji). W rezultacie KE uznała, że zastosowanie „czystej” obrony argumentem upadającej firmy spowodowałoby większe szkody dla konkurencji na rynku niż „kontrolowana” upadłość *BLU*, do jakiej doszło

⁹¹ Decyzja KE w sprawie COMP/M.2314 *BASF/Eurodiol/Pantochim*; V. Emmerich, *Kartellrecht*, s. 220.

⁹² Zob. szerzej *Failing Firm Defence*, OECD Policy Roundtables, 1996, s. 19.

⁹³ Decyzja KE w sprawie COMP/M.2314 *BASF/Eurodiol/Pantochim*, s. 151.

⁹⁴ Decyzja KE w sprawie COMP/M.2314 *BASF/Eurodiol/Pantochim*, s. 143.

⁹⁵ Zob. S. Bishop, M. Walker, *The Economics of EC Competition Law...*, s. 422; I. Kokkoris, *Failing Firm Defence...*, s. 503; V. Baccaro, *Failing Firm Defence...*, s. 17.

⁹⁶ Decyzja KE w sprawie COMP/M.2574 *Pirelli/Telekom Italia/BLU*; zob. także A. Lindsay, *The EC Merger Regulation...*, s. 507; V. Baccaro, *Failing Firm Defence...*, s. 18–19.

na podstawie zgody warunkowej. Także w sprawie *NewsCorp/Telepiù*⁹⁷ KE wydała warunkową zgodę na fuzję między włoskimi platformami telewizji płatnej, w której NewsCorp próbował (choć późno w procedurze) zastosować FCD twierdząc, że jej warunki są spełnione, bo gdyby koncentracja została zablokowana, Stream i tak wypadłby z rynku i Telepiù uzyskałaby podobną pozycję jak w sytuacji przejęcia; zdaniem zgłaszającego, nie ma zatem związku przyczynowego między koncentracją a szkodą dla struktury rynku spowodowaną tą transakcją. Komisja Europejska przeprowadziła analizę testu obrony argumentem upadającego oddziały i stwierdziła, że dwie pierwsze przesłanki testu przeformułowanego w sprawie *BASF* nie są spełnione (trzecią pozostawiła otwartą). Potwierdziła natomiast brak związku przyczynowego między koncentracją a strukturą konkurencji na rynku. Także w literaturze uważa się, że w szczególności w przypadku stosowania obrony argumentem upadającego oddziały, musi być spełnione kryterium braku związku przyczynowego⁹⁸. Komisja Europejska uznała jednak, że lepiej wydać zgodę warunkową niż zakaz (wtedy Stream przestałby istnieć).

Wymóg braku związku przyczynowego odegrał zasadniczą rolę także w sprawach, które trafiły do KE w 2002 r.; były to trzy zgłoszenia zamiaru koncentracji z udziałem spółek należących do grupy Arthur Andersen⁹⁹, która uległa dezintegracji na skutek utraty zaufania klientów do tej grupy w związku ze skandalem wokół Enrona. Komisja Europejska wyraziła zgody na dwie z tych koncentracji¹⁰⁰, mimo że niosły one ze sobą ryzyko powstania kolektywnej pozycji dominującej. Komisja Europejska nie stwierdziła jednak pogorszenia konkurencyjnej struktury rynków usług audytowych i rachunkowych w Wielkiej Brytanii i Francji, albowiem (1) redukcja liczby wiel-

⁹⁷ Decyzja KE w sprawie COMP/M.2876 *NewsCorp/Telepiù* (Dz. Urz. WE 2004 L 11/73); zob. także: W. Rowley & D. Baker (ed.), *International Mergers. The Antitrust Process*, Swee & Maxwell, s. 597; V. Emmerich, *Kartellrecht*, s. 220; V. Baccaro, *The Commission closes probe into pay-TV industry in Italy approving NewsCorp/Telepiù*, EC CPN Summer 2003, 2, s. 8 i d.; V. Baccaro, *Failing Firm Defence...*, s. 21–22; I. Kokkoris, *Failing Firm Defence...*, s. 504–505; A. Lindsay, *The EC Merger Regulation...*, s. 504–506.

⁹⁸ V. Baccaro, *The Commission closes probe into pay-TV industry in Italy...*, s. 16.

⁹⁹ Decyzje KE w sprawach: COMP/M. 2810 *Dolloite & Touche/Andersen (UK)* (Dz. Urz. WE 2002 C 200/8), pkt 44, 45, 47; COMP/M.2816 *Ernst & Young France/Andersen France* (Brussels, 5.09.2002, SG(2002) D231498-231499); COMP/M.2825 *Ernst & Young/Andersen Germany* (Brussels, 27.08.2002 SG(2002) D231406/407/409); zob. także I. Kokkoris, *Failing Firm Defence...*, s. 503–504; K. Joergens, *Andersen and the 'Failing Firm'*, World Competition 2003, 26(3); A. Lindsay, *The EC Merger Regulation...*, s. 506; D. Jackson, *Failing Firm Defence. The Andersen mergers – a new approach to the failing firm principle*, Competition Law Insight, 11(2002).

¹⁰⁰ Zob. decyzje w sprawach: *Dolloite & Touche/Andersen (UK)* oraz *Ernst & Young France/Andersen France*.

kich uczestników tych rynków z pięciu do czterech (Big Five to Big Four) była nieunikniona, niezależna od zamierzonych koncentracji oraz (2) nie było mniej antykonkurencyjnego scenariusza niż te koncentracje. Sytuacja po tych koncentracjach była więc przynajmniej „nie gorsza” niż, gdyby się nie dokonały wskutek zakazu. Jak się mocno podkreśla w piśmiennictwie, KE wyraziła w tych sprawach zgody (bezwarunkowe) na dokonanie koncentracji, aczkolwiek nie na bazie „czystej” („*pure*”) obrony argumentem upadającej firmy (choć chociaż szczegółowo analizowała jej przesłanki); stosując bardzo podobne kryteria oceny w rzeczywistości zastosowała jednak jej wersję „okrojona” („*truncated*”) ¹⁰¹. Niektórzy uważają, że zbyt wąskie zakreślenie granic obrony argumentem upadającej firmy sprawiło w tym przypadku, że KE zastosowała tu analizę *counterfactual*, a nie analizę argumentu upadającej firmy ¹⁰². Nie ulega jednak wątpliwości, że KE świadomie wydawała zgody na te koncentracje na podstawie argumentu braku związku przyczynowego, wywodzącego się z art. 2 rozp. 4064/89. Niekiedy uważa się, że KE czyniła tak, gdyż działała w dużym stopniu *ex officio* ¹⁰³. Tak było też w kolejnych decyzjach wydanych po 2002 r. – np. w sprawach *EB/Moulinex* ¹⁰⁴ i *Sogecable/Canalsatélite/Vía Digital* ¹⁰⁵. W powyższych sprawach KE wydała jednak decyzję odsyłającą odpowiednio do władz francuskich i hiszpańskich, które – odpowiednio – zaakceptowały obronę argumentem upadającej firmy lub wydały decyzję warunkową bez odwoływania się do argumentu upadającej firmy.

Także rozp. 139/2004 nie zawiera odniesienia do FFD. Pojawia się ono dopiero w Wytycznych w sprawie oceny fuzji horyzontalnych z 2004 r., w których KE określiła kryteria, jakie będzie stosować na gruncie rozp. 139/2004, czyli w sytuacjach gdy będzie oceniać, czy zgłoszona koncentracja powoduje lub może spowodować istotne utrudnienie skutecznej konkurencji (SIEC). Wytyczne te wyraźnie już formułują wymóg przeprowadzania w postępowaniach w sprawach koncentracji porównania sytuacji konkurencyjnych po koncentracji z sytuacjami, gdyby do takiej koncentracji nie doszło ¹⁰⁶.

¹⁰¹ Tak K. Joergens, *Andersen and the 'Failing Firm'*, s. 379.

¹⁰² A. Lindsay, *He EC Merger Regulation...*, s. 509.

¹⁰³ Tak V. Baccaro, *Failing Firm Defence...*, s. 21.

¹⁰⁴ Zob. wyrok SPI w sprawie T-119/02 *Royal Philips Electronics NV v. KE* (Zb. Orz. 2003, s. II-1433), pkt 346.

¹⁰⁵ Decyzja KE z 16.08.2002 r. w sprawie COMP/M.2845 *Sogecable/Canalsatélite/Vía Digital*; dostępna na http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/m2845_es.pdf; zob. także M. Mendes Perriera, *Recent consolidation in the European pay-TV sector*, Competition Policy Newsletter, Numer 2 – Summer 2003, s. 29 i d.

¹⁰⁶ Zob. także V. Baccaro, *Failing Firm Defence...*, s. 11 i d.; A. Bavasso, A. Lindsay, *Causation in the EC Merger Control*, JCLE 2007, 4(2), s. 181 i d.

W pkt 9 Wytycznych w sprawie oceny fuzji horyzontalnych stwierdza się mianowicie, że „oceniając skutki połączeń związane z konkurencją, Komisja porównuje warunki konkurencji, które byłyby wynikiem zgłoszonego połączenia, z warunkami, które dominowałyby, gdyby do połączenia nie doszło [...]. [w] pewnych okolicznościach, Komisja może wziąć pod uwagę przyszłe zmiany rynku, które można racjonalnie przewidzieć”¹⁰⁷. Ma ona akceptację ETS, że może w szczególności wziąć pod uwagę „prawdopodobne wejście na rynek przedsiębiorstw lub opuszczenie rynku przez przedsiębiorstwa, jeśli nie doszłoby do połączenia”¹⁰⁸. Przede wszystkim jednak Wytyczne wyraźnie już odnoszą się do obrony argumentem „upadającej firmy” (tytuł ich pkt VIII brzmi „*Failing firm*”). W ten sposób tworzą one – w drodze aktu typu *soft law* – „normatywne” podstawy wyjątkowego dopuszczenia koncentracji antykonkurencyjnych (aktualny test FFD¹⁰⁹). Wytyczne stwierdzają mianowicie wprost, że „Komisja może zdecydować, iż połączenie, które w innym przypadku byłoby problematyczne, jest jednak zgodne ze wspólnym rynkiem, jeśli jedną z łączących się stron jest upadające przedsiębiorstwo”¹¹⁰. Oddając aktualny stan dorobku decyzyjnego i orzeczniczego (skorygowany przez ETS test *Kali und Salz* oraz test FFD zawarty w decyzji w sprawie *BASF*)¹¹¹, KE sformułowała najpierw podstawowy wymóg stosowania koncepcji (obrony) bazującej na argumencie upadającej firmy, powiązany z wyrażoną w pkt 9 Wytycznych „główną zasadą” oceny skutków koncentracji dla konkurencji poprzez „porównanie warunków konkurencji, które byłyby wynikiem zgłoszonego połączenia z warunkami, które dominowałyby, gdyby do połączenia nie doszło”. Dla zastosowania FFD konieczne jest wykazanie, „aby pogorszenie struktury konkurencji, które następuje po połączeniu nie zostało uznane za wynik połączenia (...). Stałoby się tak, jeżeli struktura konkurencji rynku pogorszyłaby się co najmniej w tym samym stopniu co w przypadku braku połączenia”¹¹². Komisja Europejska

¹⁰⁷ Wytyczne KE w sprawie oceny koncentracji horyzontalnych, pkt 9; Komisja Europejska przywołuje w tym miejscu swoje decyzje w sprawach: IV/M.950 *Hoffmann La Roche/Boehringer Mannheim*, p. 13; IV/M.1846 *GlaxoWellcome/SmithKline Beecham*, pkt 70–72; COMP/M.2547 – *Bayer/Aventis Crop Science*, p. 324 i d.

¹⁰⁸ Wytyczne KE w sprawie oceny koncentracji horyzontalnych, pkt 9 *in fine*; zob. także przywołany tam wyrok SPI w sprawie T-102/96 *Gencor v. KE* (Zb. Orz. 1999, s. II-753), pkt 247–263.

¹⁰⁹ A. Lindsay, *The EC Merger Regulation...*, s. 500

¹¹⁰ Wytyczne KE w sprawie oceny koncentracji horyzontalnych, pkt 89 zdanie pierwsze.

¹¹¹ E. Navarro Varona, A. Font Galarza, J. Folguera Crespo, J. Briones Alonso, *Merger Control in the EU*, s. 338; M. Furse, *The Law of Merger Control...*, s. 135; V. Emmerich, *Kartellrecht*, s. 220.

¹¹² Wytyczne KE w sprawie oceny koncentracji horyzontalnych, pkt 89 zdanie drugie i trzecie.

określiła następnie, że szczególnie ważne dla zastosowania „obrony argumentem upadającej firmy”¹¹³ są następujące, zbieżne z testem BASF i stosunkowo ściśle (*stricte*), **trzy kryteria**¹¹⁴. „Po pierwsze, przedsiębiorstwo, które podobno ma upaść, zostałoby w najbliższej przyszłości wyparte z rynku ze względu na trudności finansowe, jeżeli nie zostałoby przejęte przez inne przedsiębiorstwo. Po drugie, nie istnieje żadna inna mniej antykonkurencyjna alternatywa zakupu niż owo połączenie. Po trzecie, gdyby nie doszło do połączenia aktywa upadającego przedsiębiorstwa nieuchronnie opuściłyby rynek”¹¹⁵. Wytyczne przesadzają też, że ciężar dowodu na okoliczność, że „pogorszenie struktury konkurencji, które następuje po połączeniu nie jest spowodowane tym połączeniem” leży na stronach koncentracji¹¹⁶. Należy wszakże dodać, że KE nie zaakceptowała rozszerzenia FCD do upadających oddziałów lub do spółek, które weszły w tzw. spiralę śmierci (*having entered a so-called 'death spiral'*)¹¹⁷. Unijna koncepcja upadającej firmy nie jest więc całkowicie zbieżna [*coincide*] z amerykańską¹¹⁸. Jest ona raczej blisko powiązana z zasadami związku przyczynowego oraz z *counterfactual*. Jeżeli bowiem KE stwierdzi, że w wyniku koncentracji dobrobyt konsumentów zostanie osłabiony, nigdy nie wyrazi ona zgody na transakcję na podstawie argumentu (*on the grounds*), że jedna ze stron jest upadającą firmą i pogorszenie struktury konkurencyjnej nie będzie spowodowane przez koncentrację¹¹⁹. Po 2004 r. KE wielokrotnie oceniała koncentracje w świetle zasady związku przyczynowego, zasady *counterfactual* oraz testu obrony argumentem upadającego przedsiębiorstwa stworzonego w Wytycznych w sprawie fuzji horyzontalnych. W sprawie *FLAMM* np. rozważała zastosowanie obrony argumentem upadającej firmy, nie stwierdziła jednak spełnienia jednej przesłanki¹²⁰. Wyrażając zgodę na dokonanie koncentracji *Delta Airlines/Northwest Airlines* KE stwierdziła na bazie analizy *counterfactual*, że koncentracja nie doprowadzi do istotnego utrudnienia skutecznej konkurencji

¹¹³ Także w oryginalnym tekście Wytycznych pojęcie „obrona upadającej firmy” ujęte jest w cudzysłów.

¹¹⁴ J. Faull and A. Nickpay, *The EC Law of Competition*, s. 511.

¹¹⁵ Wytyczne KE w sprawie oceny koncentracji horyzontalnych, pkt 90; zob. też przypis 111 [w:] J. Faull and A. Nickpay, *The EC Law of Competition*, s. 511.

¹¹⁶ Wytyczne KE w sprawie oceny koncentracji horyzontalnych, pkt 91.

¹¹⁷ J. Faull and A. Nickpay, *The EC Law of Competition*, s. 511.

¹¹⁸ W. Rowley & D. Baker (ed.), *International Mergers. The Antitrust Process*, Sweet & Maxwell, s. 594; odwołanie do opinii Adwokata generalnego Tesouro w sprawie *SCPA/Kali und Salz-MdK* z 31.03.1998 r. (Zb. Orz. 1998, s. I-1375), pkt 49–60.

¹¹⁹ A. Lindsay, *The EC Merger Regulation...*, s. 500.

¹²⁰ Decyzja KE z 10.05.2007 r. w sprawie COMP/M.4381 *JCI/VB/FLAMM* (C(2007)1863 final).

(SIEC), jako że obaj przewoźnicy lotniczy i tak już bardzo ściśle ze sobą współpracowali w ramach Sky Team Alliance¹²¹. Natomiast w sprawie *LAG/bmi* KE uznała, że strony nie wykazały, że struktura konkurencji wynikająca z transakcji nie będzie przez nią spowodowana i że nie jest możliwe zastosowanie składającego się z trzech kryteriów testu obrony argumentem upadającego przedsiębiorstwa ustanowionego w Wytycznych¹²²; w obu sprawach ostatecznie wydała zgodę warunkową.

Obrona przed zakazem antykonkurencyjnej koncentracji nigdzie w Europie nie ma podstawy normatywnej; bardzo rzadko też jest przewidywana w wytycznych w sprawach oceny koncentracji. W „starych” państwach członkowskich UE pozytywnymi wyjątkami są tylko Francja i Irlandia. Francuskie Wytyczne w sprawie kontroli fuzji przewidują – w ramach ich oceny merytorycznej (*review on the merits*) – analizę możliwości zastosowania FFD. Wychodzą one z założenia, że w szczególnych przypadkach nabycia przez konkurenta firmy, która w niedługim czasie opuści rynek, jeżeli koncentracja nie zostanie dokonana, Urząd ds. Konkurencji może ewentualnie wydać zgodę na tę koncentrację mimo jej antykonkurencyjnych skutków¹²³; zgoda (bezwarunkowa) na przejęcie upadającej firmy przez konkurenta jest wydawana wtedy, gdy powodowane przez nią szkody dla konkurencji są mniejsze niż w przypadku wyjścia przejmowanej firmy z rynku. Praktyka decyzyjna Urzędu ds. Konkurencji bazuje na orzecznictwie ETS, w szczególności na wyroku w sprawie *Kali und Salz*¹²⁴. Trzy kumulatywne kryteria unijnego testu *Kali und Salz* były wielokrotnie powtórzone w orzecznictwie francuskim, np. w wyroku francuskiej Rady Stanu w sprawie fuzji *SEB/Moulinet*¹²⁵. W świetle tego wyroku¹²⁶ można przyjąć, że koncentracja nie będzie bardziej szkodliwa

¹²¹ Ph.-E. Partsch, V. Wellens, *The Delta Airlines and Northwest Airlines Merger: Potentially anti-competitive co-operation as a counterfactual to assess a significant impediment to effective competition under the EC Merger Regulations?* ECLR 2009, 30(10), s. 491.

¹²² Decyzja KE z 30.03.2012 r. w sprawie COMP/M.6447 *LAG/bmi*.

¹²³ Zob. francuskie Wytyczne w sprawie fuzji horyzontalnych z 2010 r., s. 312.

¹²⁴ Zob. wyrok ETS z 31.03.1998 r. w połączonych sprawach 69/94 i 30/95 (Zb. Orz. 1998, s. I-1375).

¹²⁵ Zob. wyrok Francuskiej Rady Stanu z 6.02.2004 r. w sprawie *Royal Philips Electronic company and others v. Minister for the Economy*, n° 249267; zob. wcześniejszą (zaskarżoną i uchyloną przez Radę Stanu) decyzję Ministra (C 2002-2 z 6.07.2002 r.) oraz opinię Rady Konkurencji (02-A-07 z 15.05.2002 r.); zob. także późniejszą decyzję Ministra (C 2004-40 z 7.06.2004 r.) oraz opinię Rady Konkurencji (04-A-16 z 28.07.2004 r.), od której złożona została przez firmę De Longhi apelacja, którą jednak Rada Stanu odrzuciła – wyrok z 13.02.2006 r., n° 278796; cyt. za francuskimi Wytycznymi w sprawie fuzji foryzontalnych z 2010 r., s. 131–132.

¹²⁶ Niekiedy kontestowanego, czy to przejęcie powinno być dopuszczone na podstawie FFD; zob. C. Hampton, Case Comment. *View of failing firm defence faulted in France*, Comp.

dla konkurencji niż wyjście z rynku upadającej firmy wtedy, gdy: (1) spółka przejmująca jest zagrożona wyjściem z rynku, (2) brak innych ofert przejęcia, które byłyby mniej szkodliwe dla konkurencji oraz (3) wyjście z rynku danej firmy byłoby bardziej szkodliwe lub przynajmniej neutralne dla konsumentów. Pod rządami tego testu FFD była jednak przedmiotem postępowania tylko w niewielu sprawach koncentracji¹²⁷. W przypadku Irlandii, jeszcze we wczesnych latach 90-tych jej Urząd ds. Konkurencji odrzucał możliwość zastosowania doktryny *failing firm defence* w rozumieniu Wytycznych amerykańskiego Departamentu Sprawiedliwości¹²⁸. Sytuacja uległa zmianie po 2000 r. Aktualnie „obowiązujące” Wytyczne w sprawie analizy koncentracji wśród „innych skutków konkurencyjnych” wyróżniają *explicite* skutki koncentracji z „upadającymi firmami”. W świetle tych Wytycznych koncentracja nie może istotnie osłabić konkurencji na rynku, jeśli część lub całość łączonych aktywów z pewnością opuści rynek w sytuacji, gdy koncentracja nie dojdzie do skutku. Zastosowanie obrony argumentem upadającej firmy jest jednak uzależnione od jednoznacznego zademonstrowania spełnienia **czterech** ścisłych kryteriów (*strict criteria*): (1) upadająca firma nie może być w stanie w bliskiej perspektywie czasowej (*in near future*), wypełniać swoich zobowiązań finansowych; (2) nie istnieje możliwość skutecznego uzdrowienia firmy w procesie naprawczym; (3) firma podjęła w dobrej wierze i możliwie do zweryfikowania wysiłki celem znalezienia racjonalnych ofert przejęcia, które zapewniłyby utrzymanie jej aktywów materialnych i niematerialnych na rynku i byłyby mniejszym zagrożeniem dla konkurencji niż proponowana fuzja; (4) bez dokonania tej fuzji, aktywa upadającej firmy ostatecznie opuściłyby rynek właściwy¹²⁹. Jak łatwo zauważyć, irlandzki test FFD jest prawie identyczny z testem amerykańskim w wersji Wytycznych Departamentu Sprawiedliwości i Federalnej Komisji Handlu z 1992 r. Charakterystyczne jest, że doktrynę tę stosuje się w Irlandii raczej „w ramach dokonywanych

L.I. 2004, 14 (Mar), s. 15; I. KnableGotts, D. Theophile, *The impact of financial distress on M&A review...*, s. 129–136.

¹²⁷ Zob. wskazane tam sprawy koncentracji: *ASD/ORP* (decyzja Ministra C 2002-21 z 20.01.2003 r. i opinia Rady Konkurencji 02-A-15 z 23.12.2002 r.); *EBSCO/Rowecom France* (decyzja Ministra C 2003-45 z 25.04.2003 r.); *Boiron/Dolisos* (decyzja Ministra C 2004-114 of XXX oraz opinia Rady Konkurencji 05-A-01 z 7.01.2005 r.).

¹²⁸ Tak było np. w przypadku badania koncentracji polegającej na nabyciu przez Iris Distillers Group całego kapitału akcyjnego Cooley Distillery (konkurenta na rynku dostaw irlandzkiej whiskey); zob. Case Comment. Ireland Competition Authority: *takeover of whiskey distillery – failing firm defence rejected – exemption refused* (T. O'Connor), ECLR 1994, 15(3), R81–83.

¹²⁹ Zob. Notice in Respect of Guidelines for Merger Analysis. The Competition Authority. Decision N. N/02/004, 16 December 2002, pkt 5.17.

analiz korzyści efektywnościowych”¹³⁰. W zdecydowanej większości państw członkowskich EOG, w tym UE, obrona argumentem upadającej firmy jest przynajmniej dopuszczalna w praktyce. W pozostałych „starych” państwach członkowskich UE przypadki zastosowania FFD stwierdzono np. w Belgii i w Danii; nie zanotowano ich natomiast, mimo kryzysu, np. we Włoszech¹³¹. Belgijski organ ochrony konkurencji np., odwołując się *explicite* do testu FFD ze sprawy *Kali und Salz*¹³², wyraził zgodę na przejęcie City Bird (przewoźnik lotniczy) przez Belgium Thomas Cook (*tour operator* i agent turystyczny) na podstawie FCD (koncentracja wertykalna). Stwierdził bowiem, że w sprawie tej spełnione są trzy istotne warunki stosowania FCD (tj. strona przejmowana w bliskiej przyszłości będzie wyparta z rynku, jeżeli nie zostanie przejęta przez inne przedsiębiorstwo; nie ma mniej antykonkurencyjnej alternatywy i strona przejmująca przejmie udziały przejmowanej, jeżeli wypadnie z rynku). Także w Danii ograniczenie konkurencji może być zaakceptowane w ramach stosowania testu SIEC w oparciu o zasadę obrony argumentem upadającej spółki odzwierciedlającą praktykę Komisji Europejskiej¹³³. W pozostałych państwach Europy Zachodniej stosowanie FFD stwierdzono w Norwegii (np. jej Urząd. ds. Konkurencji uznał norweskie linie lotnicze Braathens ASA za firmę upadającą, której potencjalne bankructwo nie stanowiło lepszej alternatywy dla promocji konkurencji niż ich przejęcie przez SAS)¹³⁴, w Szwajcarii (jednym z najsłynniejszych przypadków zastosowania obrony upadającym przedsiębiorstwem były przejęcia kontroli nad upadającymi spółkami grupy Andersen¹³⁵) i w Turcji (FFD stosowana w praktyce)¹³⁶. Nie stwierdzono natomiast praktycznego zastosowania FFD w żadnym z „nowych” państw członkowskich UE, aczkolwiek jest to formalnie możliwe np. na Malcie (udział upadającej firmy jest jednym z czynników uwzględnianych w generalnej ocenie

¹³⁰ H. Kelly, *Ireland* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 155.

¹³¹ Zob. G.L. Zampa, *Italy* [w:] *Merger Control 2010*, s. 23.

¹³² Zob. G. Zonnekyn, *Case Comment. Belgium, Merger – Aviation – Vertical merger*, ECLR 2002, 23(8), N 111.

¹³³ Zob. The GFK Competition Group, *Denmark* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 11: March 2006, s. 15-8; autorzy odwołują się tu do uzasadnienia projektu ustawy.

¹³⁴ Zob. J.W. Myhre, *Case Comment. Norway, „Failing firm” defence finally accepted in domestic airline market*, GCR. 2002, Febr/Mar, s. 47-48.

¹³⁵ Zob. K. Joergens, *Andersen and the „failing firm”: the application of the „failing firm defence” in merger proceedings involving firms providing professional services*, *World Competition* 2003, 26(3), s. 363-380.

¹³⁶ Zob. trzy przypadki omówione w raporcie krajowym przedstawionym w ramach *Failing Firm Defence*, OECD Policy Roundtables, 2009, s. 151.

koncentracji)¹³⁷, w Chorwacji¹³⁸ czy w Czechach¹³⁹. Charakterystyczne jest, że Czechy są jedynym państwem w UE, w którym wydane zostały specjalne Wytyczne w sprawie stosowania koncepcji obrony argumentem upadającej firmy¹⁴⁰. Żeby zapewnić pomoc przedsiębiorstwom, a także wyższą pewność prawną (przejrzystość i przewidywalność) swego działania w sferze stosowania koncepcji obrony argumentem upadającej firmy, czeski Urząd Ochrony Konkurencji zdefiniował tę koncepcję i określił warunki jej stosowania, bazując wprost – z braku własnych doświadczeń – na dorobku Komisji Europejskiej oraz organów ochrony konkurencji Wielkiej Brytanii, Kanady i USA. Zapowiedział też otwartość na dalsze wyjaśnienia w ramach postępowania przednotyfikacyjnego¹⁴¹. Koncepcję FFD zdefiniował jako „obronę przedsiębiorstwa znajdującego się w poważnych trudnościach gospodarczych uczestniczącego w koncentracji, po dokonaniu której nastąpiłoby poważne ograniczenie konkurencji. W rezultacie zastosowania tej obrony koncentracja, która w innej sytuacji (w „normalnych” okolicznościach) byłaby zakazana, zostaje dopuszczona”¹⁴². Wytyczne precyzują, że koncepcja ta nie może być stosowana: na rynkach silnie konkurencyjnych; gdy bankructwo spowodowane złym zarządzaniem jest rozwiązaniem mniej szkodliwym dla konkurencji; gdy na rynku istnieją wystarczające nadwyżki zdolności produkcyjnych. W oparciu o praktykę unijną (głównie decyzję w sprawie BASF), czeski Urząd Ochrony Konkurencji wyróżnia trzy kumulatywnie spełniane warunki stosowania koncepcji obrony argumentem upadającej firmy: (1) firma upadająca zostanie w bliskim czasie zmuszona do opuszczenia rynku z powodu trudności finansowych, jeżeli nie zostanie przejęta; (2) nie ma mniej antykonkurencyjnej alternatywy niż dana koncentracja; (3) w razie niedojścia koncentracji do skutku, aktywa upadającej

¹³⁷ Zob. I. Gauci, C. Van Der Weerdan, *Malta* [w:] *Merger Control 2010*, s. 252; autorzy ci nie znaleźli jednak ani jednego przypadku podniesienia tego argumentu w postępowaniu w sprawie koncentracji.

¹³⁸ Zob. J. Pecotić, Case Comment. Croatia, *Merger approved*, ECLR 2004, 25(12), N191–192.

¹³⁹ Czy obrona taka może być zastosowana w Czechach nie zostało przesadzone w decyzji czeskiego organu ochrony konkurencji z 2004 r. w sprawie przejęcia przez holding K&K Capital Group kontroli nad spółką touroperatorską Fischer, chociaż spółka przejmowana została w ten sposób uratowana przed upadkiem; zob. także Case Comment. Czech Republic, *Mergers – decision to clear an acquisition of a tour operator – failing firm defence* (does it exist?), ECLR 2004, 25(4), N56.

¹⁴⁰ Zob. Notice on the Application of the Failing Firm Defence Concept [podkr. oryginalne] in the Assessment of Concentrations of Undertakings, www.compet.cz/en/competition/guidelines-and-documents/.

¹⁴¹ Tamże, pkt 7–10.

¹⁴² Tamże, pkt 11.

firmy nieuchronnie opuszczą rynek¹⁴³. W sytuacji, gdy wszystkie te trzy warunki są spełnione przyjmuje się, że „nie ma związku przyczynowego między koncentracją a poważnym zakłóceniem konkurencji po dokonaniu koncentracji”¹⁴⁴. Bez bliższego wyjaśnienia, Wytyczne wskazują też, że „ciążar dowodu dotyczący spełnienia warunków obrony leży po stronie przedsiębiorstw uczestniczących w koncentracji”¹⁴⁵.

Już z powyższych rozważań dotyczących możliwości stosowania obrony przed zakazem antykonkurencyjnej koncentracji przy pomocy argumentu upadającej firmy na gruncie prawa UE wynika, że **zasada związku przyczynowego** może być uznana za **drugie istotne źródło genetyczne** współczesnej polityki stosowania w samej UE i w wielu jej państwach członkowskich szczególnych reguł oceny koncentracji z udziałem upadającego przedsiębiorstwa. Jest ona szczególnie mocno akcentowana nie tylko w UE od momentu wejścia w życie rozp. 4064/89, ale także w Niemczech¹⁴⁶. Niemieckie prawo ochrony konkurencji nie zawiera szczególnych przepisów odnoszących się do obrony przed zakazem przy pomocy argumentu upadającej firmy (FFD). Zgodnie z art. 36 ust. 1 niemieckiej ustawy kartelowej Federalny Urząd Kartelowy musi zakazać fuzji, która tworzy lub umacnia pozycję dominującą na rynku. Jednakże ww. przesłanki zakazu mogą być uznane za spełnione tylko wtedy, gdy są wyłącznie spowodowane przez daną fuzję; zakaz koncentracji jest więc możliwy wtedy, gdy z porównania z hipotetycznym rozwojem sytuacji bez jej dokonania wynikałoby, że do takiego samego pogorszenia warunków konkurencji i tak by doszło¹⁴⁷. Inaczej mówiąc, **musi istnieć związek przyczynowy (Kausalität) między fuzją a stworzeniem lub wzmocnieniem pozycji dominującej**¹⁴⁸. Znajduje to swoje odzwierciedlenie także w „starych” wytycznych Federalnego Urzędu Kartelowego w sprawie badania pozycji dominującej w niemieckiej kontroli

¹⁴³ Tamże, pkt 17; zob. też szczegółowe wyjaśnienie tych warunków w punktach: 19–22 (1); 23–28 (2); 29–32 (3).

¹⁴⁴ Tamże, pkt 17 *in fine* oraz 18.

¹⁴⁵ Tamże, pkt 16.

¹⁴⁶ Zob. szerzej M. Warler, *Failing Company Defence, Sanierungsfusion und Rescue Merger, passim*; F.M. Weber, *Sanierungsfusionen in der Konzeption von SIEC- und Marktbeherrschungstestunter der Fusionskontrollverordnung, passim*.

¹⁴⁷ V. Emmerich, *Kartellrecht*, s. 457; zob. wyrok Wyższego Sądu Krajowego w sprawie *Flensburger Zeitungsverlag/SH Landeszeitung* (KG WuW/E OLG 4379 = AG 1990, 163, 166).

¹⁴⁸ Zdaniem U. Schwalbe, D. Zimmera (*Law and Economics in European Merger Control*, s. 317) praktyka niemiecka jest w tej sprawie stabilna; zob. np. decyzje: BKA z 11.04.2006 r. w sprawie *RTL/n-tv* (WuW/EDE-V 1226, 1234) i z 6.06.2007 r. w sprawie *LBK Hamburg/Mariahilf* (W/E DE-V 1407, 1421).

koncentracji¹⁴⁹. Na dokonanie fuzji z udziałem upadającej firmy może być mianowicie udzielona zgoda, jeżeli kumulatywnie spełnione są **trzy kryteria**: (1) w razie braku fuzji, jeden z jej uczestników upadłby w najbliższej przyszłości; (2) nie ma fuzji alternatywnej w stosunku do zamierzonej fuzji między upadającą firmą a nabywcą; (3) można oczekiwać, że udziały w rynku firmy upadającej w pełni przypadną firmie przejmującej nawet wtedy, gdy zamierzona fuzja nie dojdzie do skutku (tj. w przypadku wyjścia z rynku firmy upadającej). Także w praktyce Federalnego Urzędu Kartelowego, w której dominuje „kryterium związku przyczynowego” (*causal link criterion*)¹⁵⁰, można odnotować istnienie przypadków zastosowania FFD do tzw. fuzji sanujących, aczkolwiek głównie w okresach kryzysów. Większość tych przypadków miała miejsce w okresie po zjednoczeniu Niemiec w 1990 r.; od tego czasu jest już mniej obecna a jej zastosowanie rzadko kończy się sukcesem¹⁵¹. W rezultacie restrykcyjnego stosowania tych przesłanek¹⁵², FCD była w Niemczech skuteczna tylko w sytuacjach, gdy łączyło się dwóch jedynych uczestników rynku, z których jeden w bliskiej przyszłości stałby się niewypłacalny (*insolvent*) i wyparty z rynku, gdyby nie został przejęty przez innego. W każdym razie, Federalny Urząd Kartelowy zajmuje ostrzejsze stanowisko niż np. KE w sprawie *BASF*. Urząd potwierdził taką pozycję w sprawie FFD w decyzji wyrażającej zgodę (bezwartunkową) na przejęcie przez ImationCorp kontroli nad EMTEC Magnetics GmbH, prowadzącej do powstania pozycji dominującej, mimo że obie firmy były jedynymi dostawcami na rynku *high-end data tape cartridges*, gdyż stwierdził, że nie ma związku przyczynowego między koncentracją a powstaniem pozycji dominującej, bo EMTEC nie mógł przetrwać bez pomocy zewnętrznej, nie było też innej oferty (innej alternatywy). Gdyby więc został wyparty z rynku, jego cały udział w rynku przypadł by spółce Imation¹⁵³. Ponadto warto podkreślić, że FFD może

¹⁴⁹ Zob. „stare” Auslägungsgrundsätze zur Prüfung von Marktbeherrschung in der deutschen Fusionskontrolle; zob. także „nowe” niemieckie Wytyczne w sprawie dominacji rynkowej w kontroli koncentracji z 2012 r., s. 73–76.

¹⁵⁰ Zob. np. BKartAWuW/E DE-V 695 (704/705) – *Tagesspiegel/Berliner Zeitung* (2002); BKartAWuW/E DE-V 848(852) – *Imation/EMTEC* (2003); BKartAWuW/E DE-V1087 (1102/1103) – *Rhön/Grabfeld* (2005); BKartAWuW/E DE-V 1226 (1233) – *RTL/n-tv* (2006); BKartAWuW/E DE-V 1407 (1421/1422) – *LBK Hamburg/Mariahilf* (2007); cyt. za niemieckim raportem krajowym przedstawionym w ramach *The Failing Firm Defence*, OECD Policy Roundtables, 2009, s. 106.

¹⁵¹ Zob. niemiecki raport krajowy przedstawiony w ramach *The Failing Firm Defence*, OECD Policy Roundtables, 2009, s. 106.

¹⁵² Zob. szerzej V. Emmerich, *Kartellrecht*, s. 480; U. Schwalbe, D. Zimmer, *Law and Economics in European Merger Control*, s. 318; D. Seelinger, S. Altham, Case Comment. Germany, *Mergers – data tape cartridges*, ECLR 2004, 25(3), N 42.

¹⁵³ BKartAWuW/E DE-V 848 – *Imation/EMTEC* (2003).

teoretycznie być stosowana w Niemczech także na gruncie testu równoważności (testu bilansującego) (*balancing test; Abwägungsklausel*), o którym mowa w art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy kartelowej¹⁵⁴, a także na podstawie przepisów art. 42 ustawy kartelowej, które uprawniają do wydania ministerialnej zgody nadzwyczajnej (*ministerial authorisation; Ministererlaubnis*); w praktyce jednak przez ostatnie dwadzieścia lat nie zastosowano FFD na podstawie tych przepisów¹⁵⁵.

W UE i w Niemczech zasada związku przyczynowego jest uznawana wręcz za „serce analizy” („*heart of analysis*”)¹⁵⁶ konkurencyjnej stanów faktycznych koncentracji. Koncentracje z udziałem upadającego przedsiębiorstwa (upadającej spółki) były tam traktowane przez organy ochrony konkurencji jako dopuszczalne przede wszystkim z uwagi na **brak związku przyczynowego** (*lack of causality; Kausalitätsfehlen*) między taką koncentracją a jej antykonkurencyjnymi skutkami. Tego rodzaju formalne (formalistyczne) podejście nie przeszkodziło jednak organom ochrony konkurencji w **wypracowywaniu standardów prawnych** (np. w formie wytycznych), które stanowiły następnie podstawę ich własnych ewaluacji koncentracji ratujących upadające przedsiębiorstwo¹⁵⁷ w postępowaniach w sprawach koncentracji. Zgodnie z nimi, koncentracja może być zakazana tylko wtedy, gdy istnieje związek przyczynowy między nią a szkodami (stratami) dla konkurencji, a w ostatecznym rachunku obniżeniem poziomu dobrobytu konsumentów¹⁵⁸; jak się podkreśla zwłaszcza w literaturze niemieckiej, współprzyczynienie się (*Mitursächlichkeit*) do tych strat wystarczy do zakazania danej koncentracji¹⁵⁹. *Ergo*: nie można zakazać dokonania zamierzonej koncentracji, jeżeli pogorszenie sytuacji na rynkach, na których dochodzi ona do skutku, nie będzie rezultatem tej koncentracji lecz innych – niezależnych od niej, choćby częściowo – czynników; z taką sytuacją możemy mieć do czynienia przede wszystkim, lecz nie wyłącznie, w przypadku koncentracji z udziałem upadającego przedsiębiorstwa.

Trzecim istotnym źródłem i punktem odniesienia **sytuacji konkurencji** rynkowej **bez zamierzonej koncentracji** jest koncepcja tzw. (*the*) **counterfactual**¹⁶⁰. Jest ona znana i stosowana szczególnie szeroko w Wielkiej Brytanii

¹⁵⁴ Zob. wyż. rozdział I podrozdział 1 niniejszej monografii.

¹⁵⁵ Zob. szerzej rozdział III pkt 3.1 niniejszej monografii.

¹⁵⁶ Zob. V. Baccaro, *Failing Firm Defence...*, s. 13.

¹⁵⁷ Zob. G. Monti, *EC Competition Law*, s. 296.

¹⁵⁸ Zob. A. Lindsay, *The EC Merger Regulation...*, s. 230.

¹⁵⁹ Zob. V. Emmerich, *Kartellrecht*, s. 219.

¹⁶⁰ Pojęcie to nie ma swego odpowiednika w większości języków (a nie tylko w języku polskim). W sensie językowym, musiałby być tłumaczony na język polski jako „przeciwny

(i w krajach brytyjskiej Wspólnoty Narodów)¹⁶¹, a także przez Komisję Europejską¹⁶². W orzecznictwie i w doktrynie¹⁶³ panuje mianowicie zgodne przekonanie, że jeżeli przeprowadzone badanie wykazuje, że sytuacja konkurencyjna bez (dokonania) danej koncentracji w wyniku jej zakazania jest taka sama, a przynajmniej nie gorsza niż sytuacja konkurencji po jej ewentualnym zakazaniu, koncentracja taka nie może (nie powinna) być w ogóle zakazana. Tak jest najczęściej w przypadku koncentracji z udziałem „firmy upadającej”, ale także np. **w przypadku koncentracji powiązanych – równoległych** (*parallel mergers*) i **nakładających się na siebie** (*overlapping mergers*)¹⁶⁴.

Zarówno w „starych”¹⁶⁵, jak i w „nowych” Wytycznych w sprawie oceny fuzji w Wielkiej Brytanii¹⁶⁶ znajdowała i znajduje się specjalna sekcja zwana „*The Counterfactual*”. Stwierdza się w niej wprost, że kontrola koncentracji (stosowanie testu SLC) obejmuje także porównanie szans konkurencji w sytuacji, gdyby koncentracja została dokonana z szansami konkurencji w sytuacji przeciwnej, czyli wtedy, gdyby dana koncentracja nie została dokonana, w szczególności dlatego, że jej dokonanie zostałoby zakazane przez organ ochrony konkurencji. Sytuacja taka zwana jest właśnie „*the counterfactual*”. „*The counterfactual*” jest narzędziem analitycznym, służącym odpowiedzi na pytanie, czy koncentracja rodzi zagrożenie dla SLC¹⁶⁷. Także w przypadku brytyjskich wytycznych skuteczność zakresu, w jakim przyszłe zdarzenia i okoliczności są przewidywalne czy wystarczająco pewne, decyduje

[do sytuacji na rynku] stan faktyczny”. Pojęcia tego nie tłumaczy się m.in. w doktrynie niemieckiej i francuskiej.

¹⁶¹ W sprawie istoty *counterfactual* zob. np. M. Furse, *The Law of Merger Control...*, s. 42–43; zob. także C. Veljanovski, *Counterfactual tests in competition law*, *Competition Law Journal* 2010, 9(4), s. 436–450; J. Parker, *Recent trends and developments in Competition Council merger inquiries: a focus on the counterfactual*, *Competition Law Journal* 2010, 9(4), s. 419–435.

¹⁶² Jedną z najnowszych analiz *counterfactual* była analiza przeprowadzona przez Komisję Europejską w sprawie, w której wyraziła ona zgodę na przejęcie przez Microsoft wyszukiwarki Yahoo Search Business, http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_5727; zob. także T. Vecchi, J. Vidal, V. Fallenius, *The Microsoft/Yahoo! Business case*, EC CPN 2010, 2, s. 46.

¹⁶³ Analiza *counterfactual* może znaleźć zastosowanie także w sprawach z art. 101 i 102 TFUE; zob. D. Sinclair, *Counterfactuals in anti-competitive contracts and abuse of dominance cases under articles 101 and 102 TFUE*, ECLR 2010, 31(12), s. 508.

¹⁶⁴ Zob. szerzej A. Lindsay, *The EC Merger Regulation...*, s. 23–31 i d.

¹⁶⁵ *Substantive Merger Guidelines*, OFT, May 2003, sp. 4.3.

¹⁶⁶ Zob. brytyjskie Wytyczne w sprawie fuzji horyzontalnych z 2010 r.; zob. także P. Davis, A. Cooper, *On the Use of Counterfactual in Merger Inquiries*, Competition Commission, 28 April 2010, www.competition-commission.org.uk/our_role/analysis/10_05_20_counterfactual_long_paper_v2_1.pdf.

¹⁶⁷ Zob. brytyjskie Wytyczne w sprawie fuzji horyzontalnych z 2010 r., pkt 4.3.1.

o ich uwzględnieniu w analizie koncentracyjnej skutków koncentracji¹⁶⁸; często uwzględniane w niej są zatem przyszłe, lecz pewne zmiany warunków rynkowych, wynikające z regulacji i liberalizacji rynków¹⁶⁹. Brytyjskie organy ochrony konkurencji – Urząd ds. Uczciwego Handlu oraz Komisja Konkurencji w swych badaniach koncentracji zarówno tych już dokonanych, jak i dopiero zamierzonych i dobrowolnie zgłoszonych, mogą uznać za *counterfactual* (jako przeciwieństwo dominujących warunków konkurencji po koncentracji) **trzy sytuacje**, w których: (1) firma wychodzi z rynku (*the exiting firm scenerio*), (2) firma nie wchodzi na rynek (*the loss of potential entrant scenerio*) lub (3) istnieją konkurencyjne oferty lub transakcje równoległe¹⁷⁰.

Podejście Urzędu ds. Uczciwego Handlu oraz Komisji Konkurencji do stosowania FFD (czyli pierwszego z tych scenariuszy) jest – zdaniem tych organów¹⁷¹ – spójne i **opiera się na spełnieniu dwóch zasadniczych warunków**: (1) w przypadku braku fuzji firma przejmowana nieuchronnie wyjdzie z rynku (przy braku szans na restrukturyzację) oraz (2) dla fuzji tej powinno nie być żadnej istotnie mniej antykonkurencyjnej alternatywy. Jednakże zgodnie z aktualnymi (wspólnymi) Wytycznymi w sprawie oceny fuzji¹⁷², dla zajęcia stanowiska, czy możliwe jest zastosowanie scenariusza wychodzącej firmy (FFD), Urząd ds. Uczciwego Handlu i Komisja Konkurencji **analizują trzy kryteria**: (1) czy firma wyszłaby z rynku z powodu upadku lub z innych przyczyn (*through failure or otherwise*)¹⁷³, a jeśli tak, to (2) czy istniałby nabywca tej firmy lub jej aktywów alternatywny w stosunku do nabywcy zamierzającego dokonać fuzji oraz (3) co stałoby się ze sprzedaną przejmowanej firmy w razie jej wyjścia z rynku¹⁷⁴. Kryteria te stanowiły podstawę badania możliwości zastosowania FFD w wielu sprawach koncentracji, np. badając fuzję *Air Canada/Canadian Airlines Corporation*¹⁷⁵, Komisja Konkurencji stwierdziła, że Canadian Airlines prędzej czy później starci płynność finansową (*sooner or later run out of money*), jeżeli nie zostanie uratowana przez fuzję. Chociaż Komisja Konkurencji obawiała się,

¹⁶⁸ Takie podejście Komisji Konkurencji (CC) znalazło uznanie w przywołanym tamże (pkt 4.3.2) wyroku Sądu Apelacyjnego w sprawie *BSkyB and Virgin Media v. CC and BERR* (2010), EWCA CIV 2, p. 55.

¹⁶⁹ Zob. brytyjskie Wytyczne w sprawie fuzji horyzontalnych z 2010 r., pkt 4.3.2.

¹⁷⁰ Tamże, pkt 4.3.7 i dalsze szczegółowe wytyczne badania tych scenariuszy.

¹⁷¹ Tak w obszernym brytyjskim raporcie krajowym [w:] *The Failing Firm Defence*, OECD Policy Roundtables, 2009, s. 156.

¹⁷² Zob. brytyjskie Wytyczne w sprawie fuzji horyzontalnych z 2010 r., pkt 4.3.1 i d.

¹⁷³ Tamże, pkt 4.3.8.

¹⁷⁴ Tamże, pkt 4.3.9–4.3.13 i 4.3.14–18.

¹⁷⁵ Cm. 4838, August 2000; cyt. za: M. Furse, *The Law of Merger Control...*, s. 213.

że zamierzona koncentracja zmniejszy konkurencję na trasach transatlantycznych między Wielką Brytanią a Kanadą, uznała jednak, że nie będzie to bezpośrednim rezultatem fuzji lecz skutkiem tego, że jedna ze stron zaprzestałaby działalności; zastosowała więc FFD. Wszystkie trzy kryteria zostały uznane za spełnione także w sprawie *First West Yorkshire Ltd and Black Prince Buses Ltd*.¹⁷⁶ Komisja Konkurencji nie zastosowała natomiast FFD w sprawie kilku fuzji na wrażliwym rynku sprzedaży detalicznej produktów podstawowych, gdyż uznała, że Safeway wciąż konkurował efektywnie, acz na bazie ekonomii skali osiągananej przez jego rywali¹⁷⁷. Komisja Konkurencji odmówiła także zastosowania FFD w sprawach fuzji *Holland and Barrett/Julian Graves*¹⁷⁸ oraz *LongClawson/Millway*¹⁷⁹. Warto jeszcze podkreślić, że w Wielkiej Brytanii (podobnie jak w USA) organy ochrony konkurencji uważają, że analiza FFD może być stosowana tak samo w odniesieniu do oceny przejęć upadających oddziałów¹⁸⁰. Organ te nie opowiadają się natomiast za stosowaniem FFD do przypadków, w których przejmowana firma nie jest upadająca, a tylko „ma kłopoty” („*flailing*”)¹⁸¹; nie widzą także podstaw do poluzowania kryteriów stosowania FFD przy ocenie fuzji w okresie kryzysu ekonomicznego czy w przypadku fuzji instytucji finansowych¹⁸². Wreszcie, w żadnym innym porządku prawnym nie traktuje się analizy *counterfactual* tak wyraźnie jako odrębnej fazy zastosowania podstawowego testu konkurencji – testu SLC. Z brytyjskich Wytycznych w sprawie oceny fuzji wynika bowiem wprost, że analiza *counterfactual* nie jest traktowana równorzędnie z oceną koncentracji z punktu widzenia czynników równoważących (*countervailing*) lub wzmacniających (*corroborating*)¹⁸³. Z praktyki brytyjskiej można nawet wyprowadzić wniosek, że analiza *counterfactual* jest dokonywana najpierw,

¹⁷⁶ Za: M. Furse, *The Law of Merger Control...*, s. 222–223.

¹⁷⁷ CC, 5950, September 2003; cyt. za: M. Furse, *The Law of Merger Control...*, s. 288.

¹⁷⁸ OFT Report Completed acquisition by NBTY Europe Limited of Julian Grave Limited, 24 march 2009; CC Final report Holland and Barrett/Julian Graves, 20 August 2009; cyt. za brytyjskim raportem krajowym [w:] *The Failing Firm Defence*, OECD Policy Roundtables, 2009, s. 158.

¹⁷⁹ Zob. brytyjski raport krajowy [w:] *The Failing Firm Defence*, OECD Policy Roundtables, 2009, s. 159. R. Whish, *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, Oxford 2009, s. 927.

¹⁸⁰ Zob. brytyjski raport krajowy [w:] *The Failing Firm Defence*, OECD Policy Roundtables, 2009, s. 161.

¹⁸¹ Tamże, s. 162.

¹⁸² Tamże, s. 163 i d.

¹⁸³ Zob. strukturę brytyjskich Wytycznych w sprawie oceny fuzji z 2010 r., zgodnie z którą „*the counterfactual*” jest omawiane w części 4 zatytułowanej „A substantial lessing of competition”, podczas gdy ww. trzy rodzaje czynników wzmacniających lub równoważących negatywne skutki – w części 5, zatytułowanej „Analytical approach and methodologies”.

czyli w początkowym stadium badania stosowania testu SLC – tzw. stadium *counterfactual* (*at the counterfactual stage*)¹⁸⁴.

Dla wszystkich trzech koncepcji: orzeczniczej doktryny obrony argumentem upadającej firmy (FFD), wymogu badania związku przyczynowego oraz prowadzenia analiz *counterfactual* – wspólne jest to, że w praktyce, aby ustalić **istnienie bezpośredniego związku** między daną koncentracją a pogorszeniem stanu konkurencji na rynkach po dokonaniu koncentracji (*the likely post-merger state of the market*), należy najpierw zidentyfikować stan konkurencji na rynkach w momencie jej dokonania (*the pre-merger state of the market*)¹⁸⁵ i odpowiedzieć na pytanie, czy jest prawdopodobne, że zmieni się on, jeżeli koncentracja nie dojdzie do skutku (*in the absence of the merger*) – zwłaszcza wtedy, gdy zostanie zakazana, a jeśli tak, to w jaki sposób. I właśnie to, w jaki sposób działać będą dane rynki w przypadku niedokonania się zamierzonej koncentracji nazywa się *the counterfactual*¹⁸⁶ – sytuacja (konkurencyjna), jaka powstanie w braku koncentracji, jeżeli nie jest to sytuacja *status quo ex ante*¹⁸⁷.

Jak wynika z powyższych rozważań, w większości systemów stosowania reguł kontroli koncentracji mamy współcześnie do czynienia z **kilkoma postaciami (wersjami) tego samego testu dopuszczalności koncentracji dokonywanych z udziałem upadającego przedsiębiorstwa** (koncentracji ratunkowych). Po pierwsze, w USA i w kilku innych państwach (głównie pozaeuropejskich) uczestnicy koncentracji mogą **korzystać z orzeczniczej doktryny obrony argumentem upadającego przedsiębiorstwa** w postępowaniach sądowych wszczętych przeciw nim z oskarżenia publicznego lub pozwu prywatnego (np. konkurenta). Po drugie, w UE, w prawie wszystkich państwach członkowskich UE (np. w Wielkiej Brytanii, Niemczech, Francji) i w wielu innych krajach pozaeuropejskich (w tym w USA) i europejskich (np. w Szwecji¹⁸⁸, Norwegii czy Szwajcarii), prawodawcy i organy kontroli koncentracji mogą przewidywać i/lub **stosować koncepcję obrony argumentem upadającego przedsiębiorstwa** w postępowaniach administracyjnych wszczynanych na podstawie obowiązkowego lub dobrowolnego zgłoszenia

¹⁸⁴ W brytyjskich Wytycznych w sprawie oceny fuzji z 2010 r. mówi się np. że „(...) OFT, swej analizie skutków konkurencyjnych, nie weźmie pod uwagę możliwości (np. planów przejmowanej spółki w zakresie jej przyszłych wejść na rynek), które odrzucił w stadium counterfactual [podkr. T.S.] jako będących fantazyjnymi (...)” (s. 22, przypis 39).

¹⁸⁵ Zob. np. wyrok SPI w sprawie T-342/99 *Airtours v. KE* (Zb. Orz. 2000, s. II-2585).

¹⁸⁶ A. Lindsay, *The EC Merger Regulation...*, s. 231. Nawet w literaturze anglojęzycznej jest to termin szczególnie, pisany w cudzysłowie.

¹⁸⁷ M. Furse, *The Law of Merger Control...*, s. 42.

¹⁸⁸ Zob. D. Svensson, Case Comment. Sweden, *Mergers – Aria Foods ambal/Milkoek for – failing firm defence applied*, ECLR 2012, 33(3), N37.

zamiaru koncentracji, a nawet koncentracji już dokonanej. Po trzecie, także w krajach, w których obrona argumentem upadającej firmy nie występuje w orzecznictwie sądowym, ani nie jest przewidziana w prawie kontroli koncentracji (np. w Belgii czy Danii), uczestnicy koncentracji mogą **posłużyć się argumentem upadającego przedsiębiorstwa (przedsiębiorcy)**, jeżeli uznają, że zamierzona koncentracja z udziałem takiego przedsiębiorstwa spełnia kryteria, na których opiera się orzecznicza doktryna upadającego przedsiębiorstwa lub regulacje prawne – choćby typu *soft law* – uniemożliwiające wydanie zakazu koncentracji w przypadku niepogorszenia się sytuacji konkurencyjnej mimo dokonania koncentracji; pierwsze próby zastosowania doktryny upadającego przedsiębiorstwa podjęto już także np. w Czechach i Chorwacji¹⁸⁹. Wreszcie, w ocenie koncentracji organy ochrony konkurencji mogą także uwzględniać okoliczności, które nie spełniają wprawdzie „surowych” przesłanek stosowania FFD, ale mogą prowadzić do wydania zgody na dokonanie koncentracji **w ramach ogólnych analiz skutków koncentracji z udziałem firm, które mają kłopoty finansowe** i dlatego mogą nie stanowić wystarczająco silnej konkurencji.

Warto jednak w tym miejscu wyraźnie zaznaczyć, że stosowanie orzeczniczej doktryny obrony argumentem upadającej firmy (FFD), zasady braku związku przyczynowego czy reguły *counterfactual* nie jest w praktyce częste.

Szczególnie mało jest przede wszystkim przypadków, w których organy orzecznicze odwołują się wprost do reguły *counterfactual*; jej stosowanie jest też rzadko prezentowane i wartościowane w literaturze europejskiej. Jedyne szersze jej opracowanie stanowi praca A. Lindsay¹⁹⁰, w której autorka wskazuje na wiele szczegółowych przejawów zastosowania lub przynajmniej prób zastosowania zasady *counterfactual* w decyzjach KE w sprawach koncentracji. Po pierwsze, zasada ta powoduje, że KE (w moim przekonaniu także każdy inny organ ochrony konkurencji) nie może interweniować – w trybie prewencyjnej kontroli koncentracji przeciwko – jej zdaniem antykonkurencyjnej – strukturze rynku, istniejącej niezależnie od badanej koncentracji¹⁹¹. Przeciwnie, może ona interweniować wyłącznie przeciwko antykonkurencyjnym skutkom koncentracji, które są jej „skutkami szczególnymi” (*merger*

¹⁸⁹ J. Pecotic, Case Comment. Croatia, *Mergers – Europapress Holding D.O.O. Zagreb/ Slobodna Dalmatia D.D. Split – Newspapers – Failing Firm Defence – Merger Approved*, ECLR 2004, 25(12), N191–192.

¹⁹⁰ A. Lindsay, *The EC Merger Regulation...*, s. 230–235; zob. także A. Bavasso, A. Lindsay, *Causation in EC Merger Control*, s. 184 i d.

¹⁹¹ Twierdzenie to nie jest sprzeczne z prawem do stosowania środków zaradczych w trybie decyzji warunkowych; zob. niżej rozdział IV niniejszej monografii.

specific)¹⁹². Autorka wyróżnia i prezentuje siedem takich przypadków (szczególnych konsekwencji dla kontroli koncentracji)¹⁹³. Po drugie, koncentracja może zostać zakazana nawet wtedy, jeśli w jej rezultacie ceny prawdopodobnie spadłyby, o ile może zostać wykazane (jako *counterfactual*), że w przypadku niedojścia danej koncentracji do skutku ceny spadłyby jeszcze bardziej lub szybciej; także w takiej sytuacji bowiem konsumenci ponieśliby takiego samego rodzaju szkodę, jak w przypadku, gdyby po koncentracji ceny wzrosły¹⁹⁴. Po trzecie, nie można zakazać transakcji koncentracyjnej, jeśli nie powoduje ona materialnego (istotnego) wzrostu wpływu lub kontroli przedsiębiorstwa przejmującego nad przejmowanym; np. większość koncentracji polegających na zmianie typu kontroli – z wspólnej na wyłączną uzyskuje zgodę KE dlatego, że przejmujący ma już decydujący wpływ na przejmowanego¹⁹⁵. Po czwarte, koncentracja nie może być zakazana nawet wtedy, gdy rezultatem transakcji byłoby pogorszenie warunków konkurencji, jeżeli nastąpiłoby ono przynajmniej w tym samym zakresie w przypadku niedojścia do skutku danej transakcji; np. redukcja ilości graczy rynkowych z pięciu do czterech została zaakceptowana przez KE ze względu na brak związku przyczynowego między koncentracją a możliwą sytuacją kolektywną dominacji¹⁹⁶. Po piąte, koncentracja nie może być zakazana, jeśli poprawia lub nie pogarsza istniejącej w tym momencie sytuacji konkurencyjnej (np. redukuje zachętę do dyskryminacji konkurentów dostawcy)¹⁹⁷. Po szóste, koncentracji nie zakazuje się, jeżeli strona przejmująca kontrolę mogłaby osiągnąć ten sam rezultat przez inne swoje działanie (tj. bez dokonania koncentracji); tak może być w szczególności w przypadku podmiotów już faktycznie dominujących na rynku, a więc zdolnych do podnoszenia cen czy ustanawiania

¹⁹² Zob. A. Lindsay, *The EC Merger Regulation...*, s. 231–232; zob. także przywołaną tam decyzję Komisji Europejskiej w sprawie COM/M.3178 *Bertelsmann/Springer/JV*, pkt 157, 159.

¹⁹³ A. Lindsay, *The EC Merger Regulation...*, s. 231.

¹⁹⁴ Zob. A. Lindsay, *The EC Merger Regulation...*, s. 232; zob. też przywołany przez autorkę przypis 7 Wytocznych KE w sprawie oceny koncentracji horyzontalnych z 2004 r., pkt 7.

¹⁹⁵ Zob. A. Lindsay, *The EC Merger Regulation...*, s. 232–233. Autorka przedstawia trzy tego rodzaju przypadki stwierdzone w decyzjach KE; zob. COMP/M.1328 *KLM/Martinair*; IV/M.794 *Coca-Cola Enterprises/ Amalgamated Beverages Great Britain*; COMP/M.3273 *First/Keolis/TPE JV*.

¹⁹⁶ Zob. A. Lindsay, *The EC Merger Regulation...*, s. 233–234; przypadek taki miał miejsce w przywołanej przez autorkę sprawie COMP/M.2810 *Deloitte&Touche/Andersen (UK)*; zob. także pokrewne sprawy: COMP/M.2816 *Ernst & YoungFrance/Andersen France*; COMP/M.2824 *Ernst & Young/Andersen Germany*.

¹⁹⁷ Zob. A. Lindsay, *The EC Merger Regulation...*, s. 234; zob. także przywołaną przez autorkę sprawę COMP/M.3553 *Logista/Etinaera*.

nowych znaków towarowych¹⁹⁸. Po siódme, w analizie rynku trzeba brać pod uwagę prawdopodobny rozwój wypadków w przyszłości, np. wejścia na rynek lub wyjścia z rynku m.in. pod wpływem nowych regulacji¹⁹⁹.

Stosowanie analizy *counterfactual* ma jednak szczególne znaczenie w przypadkach koncentracji równoległych i nakładających się na siebie. Stosowaniu tej analizy do koncentracji równoległych i nakładających się na siebie zależy w dużym stopniu od tego, czy druga koncentracja jest wystarczająco zaawansowana (*sufficiently far advanced*) oraz czy obie transakcje są wystarczająco bliskie sobie czasowo (*sufficiently close to one another chronologically*); analiza *counterfactual* jest raczej niemożliwa w przypadku uzyskania negatywnych odpowiedzi na oba te pytania²⁰⁰.

Gdy na tym samym rynku i w tym samym czasie zgłoszone i rozważane są dwie lub więcej koncentracji, w których biorą udział różne przedsiębiorstwa (**koncentracje równoległe**), przy ocenie pierwszej koncentracji trzeba zawsze uwzględnić drugą, jako że trzeba przewidzieć, w jaki sposób rynek będzie rozwijał się w przypadku braku pierwszej koncentracji w celu zidentyfikowania sytuacji *counterfactual*; analiza taka może mieć miejsce nawet wtedy, gdy druga lub dalsze koncentracje nie są jeszcze formalnie zgłoszone²⁰¹. Gdy strony jednej lub obu koncentracji są gotowe do przyjęcia na siebie zobowiązań, decydując się na wydanie zgody warunkowej na dokonanie jednej koncentracji trzeba wziąć pod uwagę prawdopodobną decyzję w sprawie drugiej koncentracji (także w wersji zmodyfikowanej przez strony). Taka sytuacja może mieć miejsce w przypadku dwóch spraw rozpatrywanych przez KE²⁰², jak i wtedy, gdy równoległą koncentrację ocenia organ krajowy²⁰³. W sytuacji, gdy KE (mo im zdaniem także każdy

¹⁹⁸ Zob. A. Lindsay, *The EC Merger Regulation...*, s. 234; zob. także przywołane przez autorkę sprawy: COMP/M.2300 YLE/TDF/Digita/JV; COMP/M.2333 De Bers/LVHM.

¹⁹⁹ Zob. A. Lindsay, *The EC Merger Regulation...*, s. 234–235; zob. także przywołane przez autorkę sprawy: COMP/M.3863 TUI/CP Chips; COMP/M.2547 Bayer/Aventis Crop Science; COMP/M.3280 Air France/KLM.

²⁰⁰ Zob. A. Lindsay, *The EC Merger Regulation...*, s. 239; zob. także przywołaną przez autorkę sprawę COMP/M.1748; zob. także J. Schmidt, *Spotting the Elephant in Parallel Mergers: First Past the Post, or Combined Assessment?*, ECLR 2003, 24(5), s. 183 i 189.

²⁰¹ Zob. A. Lindsay, *The EC Merger Regulation...*, s. 235–236; zob. także przywołane przez autorkę sprawy: IV/M.1532 BP Amoco/Arco; IV/M.1578 Sanitec/Sphinx; COMP/M.3752 Verizon/MCI; Time Warner/EMI (Press Release IP/00/617); IV/M. 190 Nestle/Perrier; COMP/M. 1630 Air Liquide/BOC.

²⁰² Zob. A. Lindsay, *The EC Merger Regulation...*, s. 236; zob. także przywołane przez autorkę sprawy COMP/M.2533 BP/E.ON oraz COMP/M.2389 Shell/DEA.

²⁰³ Zob. A. Lindsay, *The EC Merger Regulation...*, s. 236; zob. także przywołane przez autorkę sprawy COMP/M.1673 VEBA/VIAG oraz równoległą sprawę prowadzoną przed niemieckim organem ochrony konkurencji.

krajowy organ ochrony konkurencji) jest właściwa do zbadania dwóch koncentracji i decyduje się na wydanie zgody tylko na pierwszą z nich, decyzyję tę wydaje w świadomości swego prawdopodobnego stanowiska wobec drugiej²⁰⁴. W sytuacji, gdy druga koncentracja jest poza właściwością KE, musi ona uwzględnić prawdopodobną ocenę tej koncentracji przez jakikolwiek krajowy organ ochrony konkurencji; warunki do tego tworzy system współpracy KE z krajowymi organami konkurencji. Jeżeli organ krajowy zamierza wyrazić zgodę na zgłoszoną (drugą) koncentrację w sytuacji, gdy KE wyrazi zgodę na (pierwszą) koncentrację – podlegającą jej ocenie, a KE stwierdza, że tylko jedna z tych koncentracji może zostać dokonana, będzie ona musiała zakazać koncentracji zgłoszonej do niej²⁰⁵. Wobec tego jednak, że – jak wskazuje A. Lindsay – KE nie wydała formalnej decyzji w żadnej z dwóch ostatnich przedstawionych wyżej sytuacji, trudno przesądzić, jakie byłoby jej ostateczne stanowisko w takich sprawach²⁰⁶.

Sytuacja *counterfactual* jest ważna także dla oceny koncentracji, które mają zostać dokonane na tym samym rynku i w których udział bierze ten sam dostawca (**koncentracje zachodzące na siebie**). Tak jest np. wtedy, gdy jedna ze stron pierwszej zgłoszonej transakcji jest w trakcie nabywania lub sprzedaży innego przedsiębiorstwa (*business*) na tym samym rynku za pośrednictwem drugiej transakcji. Rodzi się wtedy pytanie, czy koncentracje te powinny być oceniane łącznie, kompleksowo, czy jedna po drugiej, zgodnie z regułą pierwszeństwa (zgłoszenia)²⁰⁷. W praktyce także KE stosuje regułę *counterfactual* przy ocenie zgłoszonych transakcji polegających na nabyciu przedsiębiorstwa i analizuje pierwszą transakcję zakładając, że także ta druga dojdzie do skutku. Przy ocenie drugiej transakcji polegającej na sprzedaży przedsiębiorstwa jest już jednak ostrożna w przyjmowaniu, że owa sprzedaż dojdzie do skutku, gdy pierwsza transakcja uzyska jej akceptację; strony koncentracji mogą bowiem wtedy być skłonne do

²⁰⁴ Zob. A. Lindsay, *The EC Merger Regulation...*, s. 236.

²⁰⁵ Tamże.

²⁰⁶ Tamże. Najbliżej takiej decyzji KE była w równoległe rozpatrywanych sprawach *PriceWaterhouse/Coopers&Leybrand* oraz *KPMG/Ernst&Young* (tamże); zob. także Ch. Stadler, 'Conflicting Mergers': *Combined Assessment or Priority Rule?*, ECLR 2003, 24(8), s. 321, 328; M.S. Jacobsen, *Second Order Oligopoly Problems with International Dimensions: Sequential Mergers, Maverick Firms and Buying Power*, The Antitrust Bulletin 2001, 46(3), s. 537; J. Schmidt, *Spotting the Elephant in Parallel Mergers...*, s. 183 i 186.

²⁰⁷ Ch. Stadler, 'Conflicting mergers'..., s. 321 i d.

renegocjowania umowy sprzedaży, jeżeli skutkiem zachowania tego przedsiębiorstwa będzie uzyskanie istotnej władzy rynkowej²⁰⁸.

Także **Polska** należy do krajów, których **prawo kontroli koncentracji nie przewiduje** *explicite* obrony (przed zakazem koncentracji) argumentem upadającego przedsiębiorcy²⁰⁹. W Polsce ani w prawie, ani w literaturze nie znajdujemy także odniesień do zasady związku przyczynowego (*causality*) czy analizy *counterfactual*. Z uwagi na bliskie pokrewieństwo polskiego systemu prewencyjnej kontroli koncentracji z systemem UE (a pośrednio także z systemem USA)²¹⁰ nie ma żadnych przeszkód, żeby przedsiębiorcy zgłaszający zamiar połączenia z lub przejęcia kontroli nad przedsiębiorcą upadającym nie mogli sięgać po taki argument i żeby Prezes UOKiK nie mógł wyrazić zgody na posłużenie się nim, dopuszczając koncentrację, której skutki dla konkurencji nie będą gorsze niż nieuniknione efekty upadku danego przedsiębiorcy i zniknięcia z rynku jego aktywów.

W polskiej praktyce orzeczniczej **brakuje** jednakże **choćby jednego przypadku skutecznego zastosowania** argumentu upadającego przedsiębiorcy. W każdym razie, z opublikowanych wersji decyzji wyrażających zgodę na dokonanie koncentracji w latach 2003–2011 nie wynika, żeby w jakimkolwiek postępowaniu w sprawach koncentracji prowadzonym na podstawie art. 17 uokik z 2000 r. i art. 18 uokik z 2007 r. wydanie zgody (bezwarunkowej) w oparciu o argument upadającego przedsiębiorcy było w ogóle rozważane. Jest to o tyle zrozumiałe, że w warunkach polskich sprawy koncentracji z udziałem upadającego przedsiębiorcy mają raczej niewielką szansę trafić do Prezesa UOKiK; z reguły podlegają one wyłączeniu spod obowiązku zgłoszenia jako transakcje bagatelne, dochodzące do skutku w wyniku postępowania upadłościowego czy dokonywane w ramach grupy kapitałowej (art. 14 pkt 1, 4 i 6 uokik z 2007 r.).

²⁰⁸ Zob. A. Lindsay, *The EC Merger Regulation...*, s. 238–239; zob. także przywołane przez autorkę sprawy: COMP/M.1963 *IndustriKapital/Perstorp*; COMP/M.1930 *Ahlström/Andritz*.

²⁰⁹ Potwierdza to także polski raport krajowy [w:] *The Failing Firm Defence*. OECD Policy Roundtables, 2009, s. 137, dostępny na stronie <http://www.oecd.org/data-oecd/16/27/45810821.pdf>. W raporcie tym zwrócono wszakże uwagę, że „możliwe jest znalezienie w prawie polskim przepisów, które pośrednio odnoszą się” do tego standardu. Autorzy raportu wskazują na art. 14 pkt 4 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.), który wyłącza spod obowiązku zgłoszenia zamiaru transakcji koncentracyjnych, które dochodzą do skutku w wyniku postępowania upadłościowego oraz art. 20 ust. 2 tej ustawy, który stanowi podstawę odstąpienia od zakazu dokonania koncentracji na gruncie testu interesu publicznego innego niż test konkurencji.

²¹⁰ Podobnie K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2008, s. 533.

Warto jednak zauważyć, że w 2001 r. Prezes UOKiK wziął pod uwagę złą sytuację ekonomiczną pasywnego uczestnika koncentracji w sprawie przejęcia przez Cyfrę+ kontroli nad UPC. W sprawie tej wydał jednak zgodę nadzwyczajną na podstawie art. 18 ust. 2 uokik z 2000 r.²¹¹ Uznał bowiem, że zgłoszona koncentracja, mimo pogorszenia struktury rynku (pozostało tylko dwóch operatorów – duopol), przyniesie korzyści efektywnościowe abonentom (konsumentom)²¹². Nie zdecydował się zatem na wydanie w tej sprawie zgody (bezwarunkowej) na podstawie art. 17 uokik z 2000 r., chociaż zasadniczym powodem koncentracji była decyzja biznesowa o wycofaniu się jednego z trzech operatorów platform cyfrowych działających na rynku polskim **z powodu nie osiągnięcia dostatecznej ilości abonentów** (*failing business*); badany stan faktyczny nie był także odległy od tego, który KE oceniała w sprawie *NewsCorp/Telepiù*²¹³. Z całą pewnością nie był to przypadek zastosowania doktryny (testu) upadającego przedsiębiorcy. Charakter koncentracji i argumentacja za dopuszczeniem jej dokonania świadczą jednak, że był to **przypadek**, w którym faktycznie brak zakazu był rezultatem **analizy counterfactual**.

Świadomość możliwości stosowania argumentu upadającego przedsiębiorcy jest już jednak obecna w praktyce decyzyjnej Prezesa UOKiK. Z uzasadnienia wszystkich pięciu decyzji zakazujących dokonania koncentracji, wydanych na podstawie art. 20 ust. 1 uokik z 2007 r. wynika mianowicie, że Prezes UOKiK dokonał **z urzędu** sprawdzenia, **czy** na dokonanie zgłoszonych koncentracji, które uznał za antykonkurencyjne, **nie można wyrazić zgody na podstawie argumentu upadającego przedsiębiorcy**. Stwierdził jednak, że w jego ocenie w badanych sprawach „nie występują również²¹⁴ przesłanki uzasadniające zastosowanie tzw. doktryny „upadającej firmy” (ang. *failing firm doctrine*), która wyjątkowo dopuszcza dokonanie concen-

²¹¹ Zob. dwie decyzje Prezesa UOKiK z 2001 r.: Nr DDI-59/2001 i Nr DDI-61/2001; autor dysponował tylko skrótowymi, nieopublikowanymi wersjami tych decyzji.

²¹² Skorzystanie z argumentu korzyści efektywnościowych, które – zdaniem niektórych autorów (zob. G. Monti, E. Rousseva, *Failing Firms...*, s. 43 i d.) – są ewidentnym elementem każdej „koncentracji ratunkowej”, jest zrozumiałe, ale także w tym przypadku Prezes UOKiK mógł wydać zgodę (bezwarunkową) na podstawie art. 17 uokik z 2000 r.; zob. także T. Skoczny [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod red. naukową T. Skoczego, C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 909; T. Skoczny, *Polskie prawo kontroli koncentracji – ewolucja, model, wybrane problemy*, EPS 2010, Nr 5, s. 20.

²¹³ Decyzja KE w sprawie COMP/M.2876 *NewsCorp/Telepiù* (Dz. Urz. WE 2004 L 110/73); zob. także V. Baccaro, *The Commission closes probe into pay-TV industry in Italy...*, s. 8 i d.; I. Kokkoris, *Failing Firm Defence...*, s. 504.

²¹⁴ We wszystkich tych sprawach Prezes UOKiK zbadał także z urzędu i nie stwierdził możliwości nałożenia warunków, na podstawie art. 19, oraz odstąpienia od zakazu – na podstawie art. 20 ust. 2 uokik z 2007 r.

tracji w sytuacji, w której w normalnym toku postępowania zakazano by jej dokonania, gdyby nie owe przesłanki”²¹⁵. Temu stanowisku trudno się dziwić, skoro w badanych koncentracjach uczestniczyli przedsiębiorcy wiodący na rynkach właściwych i silnie ze sobą konkurujący; w trzech z tych decyzji Prezes UOKiK wskazał wprost, że w momencie wydawania decyzji „pasywny uczestnik koncentracji nie jest zagrożony upadłością”²¹⁶, a zatem „nie można przyjąć, że w sytuacji niedokonania koncentracji aktywa uczestnika pasywnego nieuchronnie opuściłyby rynek właściwy”²¹⁷, w dwóch pozostałych uznał, że doktryna upadającej firmy nie ma zastosowania, albowiem koncentracja ta „polegała głównie na nabyciu marki produktowej, której z natury rzeczy nie dotyczy problem upadłości”²¹⁸.

Z powyższych decyzji Prezesa UOKiK wynika wprawdzie, że także polski organ kontroli koncentracji będzie w przyszłości opierał się na przesłankach stosowania doktryny upadającej firmy sformułowanych w unijnych Wytycznych w sprawie fuzji horyzontalnych. Nie wynika z nich jednak, jaka byłaby podstawa prawna decyzji kończącej postępowanie, w którym zostałby zastosowany argument upadającego przedsiębiorcy – art. 18 (zgoda), czy art. 20 ust. 2 (odstąpienie od zakazu) uokik z 2007 r.²¹⁹ Za pierwszą prze-

²¹⁵ W tym miejscu Prezes UOKiK odwołał się do trzech szczególnych, łącznych przesłanek stosowania tej doktryny: „– po pierwsze, firma, która podobno ma upaść, zostałaby w najbliższej przyszłości wyparta z rynku ze względu na trudności finansowe, jeżeli nie zostałaby przejęta przez inne przedsiębiorstwo, – po drugie, nie istnieje żadna inna mniej antykonkurencyjna alternatywa zakupu niż dana koncentracja, – po trzecie, gdyby nie doszło do koncentracji, aktywa upadającej firmy nieuchronnie opuściłyby rynek”; są to warunki sformułowane w pkt 90 Wytycznych w sprawie fuzji horyzontalnych, które Prezes UOKiK przywołał w wersji przedstawionej [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, s. 534–535.

²¹⁶ Zob. decyzję Prezesa UOKiK z 5.03.2009 r., Nr DKK-10/99 *Orzeł Biały/Bartepol*, pkt 55, oraz z 8.10.2009 r. w sprawie Nr DKK-67/09 *Cogifer/Koltram*, pkt 49.

²¹⁷ Zob. decyzję Prezesa UOKiK z 5.03.2009 r., Nr DKK-10/99 *Orzeł Biały/Bartepol*, pkt 55; zob. decyzję Prezesa UOKiK z 13.01.2011 r., Nr DKK-1/2011 *PGE/Energa*, s. 68.

²¹⁸ Zob. decyzję Prezesa UOKiK z 8.10.2009 r., Nr DKK-68/09 *Rieber Ford/FoodCare*, s. 91; decyzja Prezesa UOKiK z 3.02.2011 r., Nr DKK-12/11 *Empik/Merlin*, s. 77.

²¹⁹ W dotychczasowej literaturze polskiej przeważa raczej pogląd, że argument upadającego przedsiębiorcy badany jest w ramach analizy podstawowego testu konkurencji, spełniając rolę jednego z („czwartego”) czynników bilansujących (równoważących) inne ekonomiczne skutki koncentracji. Tak wprost: K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, s. 532–536; E. Stawicki [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod red. A. Stawickiego, E. Stawickiego, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2011, s. 461. Osobiście przewidywałem (co znalazło swoje potwierdzenie w omawianym poniżej polskim raporcie krajowym [w:] *The Failing Firm Defence*, OECD Policy Roundtables, 2009, zob. niżej), że polski organ ochrony konkurencji będzie raczej starał się stosować ten argument

mawiają związki tej instytucji prawnej z rozwiązaniami i doświadczeniami USA i wielu innych krajów oraz UE. Spełnienie przesłanek obrony upadającym przedsiębiorcą umożliwia i nakazuje organowi ochrony konkurencji uznanie takiej „ratunkowej” bazy „sanacyjnej” koncentracji za bezwzględnie dopuszczalną (zgodną z testem konkurencji zawartym w art. 18). Taka powinna być również praktyka polska.

Specyfiką polskiego prawa kontroli koncentracji jest jednak odrębna podstawa prawa decyzji wyrażającej zgodę na dokonanie koncentracji antykonkurencyjnej poprzez tzw. **odstąpienie od zakazu** koncentracji w sytuacjach wskazanych tylko **przykładowo** w art. 20 ust. 2. Charakterystyczne dla tego przepisu jest to, że jego zastosowanie wymaga najpierw stwierdzenia antykonkurencyjnego charakteru zamierzonej koncentracji, a następnie dopiero przeprowadzenia dowodu na okoliczność, że uzasadnione jest odstąpienie od takiego zakazu. Chociaż nie wynika to wprost z ww. pięciu zakazów, ewaluacja możliwości zastosowania doktryny upadającej firmy miała miejsce w końcowej fazie postępowania, które do nich doprowadziło. Gdyby spełnienie jej przesłanek zostało udowodnione, art. 20 ust. 2 mógłby być podstawą zgody na dokonanie koncentracji o charakterze nadzwyczajnym. Stanowisko takie zostało wyrażone wprost w polskim raporcie krajowym przedstawionym w 2009 r. ramach OECD Policy Roundtables nt. *The Failing Firm Defence*²²⁰. Stwierdzono w nim m.in., że w szczególności drugi z powodów usprawiedliwiających odstąpienie od zakazu wymienionych w art. 20 ust. 2 (pozytywny wpływ koncentracji na gospodarkę narodową) „może być używany dla celów stosowania FFD. Upadłość nieefektywnej spółki może przynieść istotne negatywne skutki społeczne, np. bezrobocie”²²¹. Oznacza to niezbieżnie, że polski organ ochrony konkurencji zamierza stosować argument upadającego przedsiębiorcy na gruncie testu interesu publicznego (zgody nadzwyczajnej), a nie w ramach analizy *counterfactual* (będącej elementem podstawowego testu konkurencji), której rezultat pozytywny prowadzić powinien do wydania zgody bezwarunkowej. Stanowisko organu zdaje się być

na gruncie instytucji prawnej „odstąpienia od zakazu” (art. 20 ust. 2 uokik z 2007 r.), aczkolwiek podejścia tego nie akceptowałem, proponując jednoznacznie ograniczenie stosowania tej instytucji do przypadków uzasadnionych innymi (niż ochrona konkurencji) interesami publicznymi; zob. T. Skoczny [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod red. naukową T. Skoczego, s. 838, 854 i 910. Stanowiska w tej kwestii nie zajęli natomiast autorzy pracy: *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod red. C. Banasińskiego, E. Pionka, LexisNexis, Warszawa 2009.

²²⁰ Zob. *The Failing Firm Defence*, OECD Policy Roundtables, 2009, s. 138.

²²¹ Tamże. Raport wskazuje w tym miejscu na dwie z ww. zgód nadzwyczajnych: decyzja Prezesa UOKiK z 22.12.2006 r., Nr DOK-163/06 *PGE* oraz decyzja Prezesa UOKiK z 8.03.2007 r., Nr DOK-29/07 *Tauron*.

akceptowane w literaturze – uznaje się bowiem, że *ratio legis* art. 20 ust. 2 uokik z 2007 r. jest przede wszystkim realizacja „interesu publicznego” (art. 1 ust. 1) innego niż „interes publiczny w ochronie konkurencji” i że to właśnie dzięki temu przepisowi zastosowanie argumentu upadającego przedsiębiorcy także w Polsce umożliwia „ochronę zagrożonych przedsiębiorstw przed upadłością, pomagając unikać tym samym różnych związanych z nią negatywnych zjawisk ekonomicznych i społecznych”²²².

Stosowanie argumentu upadającego przedsiębiorcy w ramach testu „interesu publicznego” (innego niż test konkurencji), uważanego przez polski organ kontroli koncentracji za wystarczająco elastyczny dla celów stosowania doktryny upadającej firmy²²³, spotkało się z krytyką w trakcie obrad ww. OECD Policy Roundtables nt. *Failing Firm Defence*²²⁴. Zwrócono m.in. uwagę, że tego rodzaju test, zwłaszcza jeżeli byłby interpretowany łagodnie (*lenient*) mógłby prowadzić do zbyt wielu błędów typu 2 (*type 2 errors*). Z poglądem tym należy zgodzić się. Także moim zdaniem obrona przed zakazem na podstawie argumentu upadającego przedsiębiorcy winna być stosowana w ramach podstawowego (kompleksowego) testu konkurencji przeprowadzanego na podstawie art. 18 uokik z 2007 r. Ewentualny sukces tej obrony winien więc prowadzić do wydania zgody bezwarunkowej.

Powyższy, szczegółowy przegląd podstaw prawnych oraz praktyki stosowania obrony argumentem upadającej firmy miał na celu udzielenie odpowiedzi na dwa pytania: (1) czy doktryna (koncepcja) ta jest obecna w prawie i polityce kontroli koncentracji oraz (2) na jakich przesłankach (kryteriach) się opiera. Na pierwsze pytanie można udzielić odpowiedzi twierdzącej. W przypadku drugiego pytania brak jest jednoznacznej i jednolitej odpowiedzi. W różnych krajach, a czasem nawet w tym samym kraju, ale w różnym okresie, wyróżniano od dwóch do czterech (np. w USA) przesłanek testu FFD; niekiedy były to zresztą przesłanki różne (np. w UE). Przeprowadzone badania pozwalają jednak przyjąć, że trzy kryteria testu FFD występują najczęściej – przede wszystkim w UE oraz w jej państwach członkowskich, w tym w Polsce. Nie są one jednak rozumiane i stosowane jednolicie we wszystkich zbadanych porządkach prawnych. Dlatego też w drugiej części tego rozdziału zostanie ukazana ich istota, wyznaczająca zakres dopuszczalności obrony przez zakazem antykonkurencyjnej koncentracji na

²²² K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, s. 533–534.

²²³ Zob. *Summary of discussion* [w:] *The Failing Firm Defence*, OECD Policy Roundtables, 2009, s. 212.

²²⁴ Tamże, s. 211.

podstawie argumentu upadającej firmy. W rozdziale tym zawarte zostały także rozważania na temat uwarunkowań instytucjonalnych i proceduralnych stosowania tej doktryny – jak się okazuje w niewielkim stopniu zróżnicowane.

2. Materialnoprawne przesłanki obrony argumentem upadającej firmy

2.1. Upadające przedsiębiorstwo

Niezależnie od tego, ile przesłanek (kryteriów) obrony argumentem upadającej firmy czy przesłanek stosowania doktryny (koncepcji) upadającej firmy jest formułowane w konkretnym porządku prawnym²²⁵, **pierwszą** z nich jest zawsze **przesłanka upadającej firmy czy spółki**. Od tej przesłanki obrona czy koncepcja ta bierze swoją nazwę. Jest ona jednak różnie nazywana i szczegółowo definiowana. Definicje „upadającej firmy” służą odróżnianiu firmy „upadającej” (*failing*), kiedy obrona (doktryna) ta znajduje zastosowanie, od firmy „mającej trudności finansowe” (*flailing*)²²⁶ czy „chorej” (*ailing*)²²⁷, kiedy obrony (doktryny) tej nie można zastosować²²⁸.

W USA istotę „firmy upadającej” stanowi jej „nieuchronny upadek” (*imminent failure*)²²⁹. Sądy amerykańskie wymagają dla zastosowania obrony argumentem upadającej firmy, żeby spółka przejmowana stała przed „znaczącym prawdopodobieństwem upadku gospodarczego” („*the grave probability of business failure*”)²³⁰ – np. bankructwem²³¹; nie wystarczy więc, że

²²⁵ Z przeprowadzonych analiz wynika, że – poza dominującym wyróżnianiem trzech przesłanek obrony argumentem upadającego przedsiębiorstwa – wyróżnia się czasem dwie grupy takich przesłanek – przesłanki odnoszące się bezpośrednio do sytuacji upadającego przedsiębiorstwa oraz przesłanki odnoszące się do samej koncentracji. Wyraźnie widać to w przypadku stosowania tej doktryny w USA (zob. M. Motta, *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge 2004, s. 238). Czasem jednak wskazuje się na istnienie w USA czterech (zob. pkt 5.1 amerykańskich Wytycznych w sprawie fuzji horyzontalnych z 1992 r.) a nawet pięciu (np. E. Navarro Varona, A. Font Galarza, J. Folguera Crespo, J. Briones Alonso, *Merger Control in the EU*, s. 336) takich przesłanek.

²²⁶ Tak np. R. Mason, H. Weeds, *The Failing Firm Defence...*, s. 2.

²²⁷ Tak I. Kokkoris, *Failing Firm Defence...*, s. 494.

²²⁸ Szczegółową analizę tej przesłanki na gruncie prawa amerykańskiego, niemieckiego i unijnego prezentuje m.in. M. Warler, *Failing Company Defence...*, s. 36 i d.

²²⁹ Zob. amerykańskie Wytyczne w sprawie fuzji horyzontalnych z 1992 r., pkt 5.0.

²³⁰ *Citizen Publishing v. United States*, 394 US 131, 137 (1969), cyt. wyrok w sprawie *International Shoe Co. v. FTC*, 280 US 302 (1930).

²³¹ Tamże; zob. także *United States v. Geater Buffalo Press*, 402 U.S. 549, 555 (1971).

firma ta ma po prostu „trudności finansowe” czy „przynosi straty”²³². Wymóg ten (możliwość upadku gospodarczego) był przez sądy rozumiany wąsko²³³; zmniejszenie sprzedaży czy zysku, aktualne straty i trudności w zarządzaniu nie są wystarczające, ponieważ takie pogorszenie sytuacji finansowej jest częścią normalnego życia gospodarczego²³⁴. Sądy oczekują także, aby „widoki na reorganizację firmy” były „małe lub nieistniejące” („*dim or non existent*”)²³⁵. Oznacza to, że skuteczną obronę na podstawie argumentu upadającej firmy można było przeprowadzić w zasadzie tylko w przypadku ewidentnego bankructwa przejmowanej firmy²³⁶. W nieznacznie złagodzonej postaci wymogi te zostały rozpisane na dwie przesłanki w Wytocznych w sprawie fuzji horyzontalnych. Stwierdzają one mianowicie, że firma jest w procesie upadania (*allegedly failing*), gdy jest niezdolna do (1) „sprostania swoim zobowiązaniom finansowym w bliskiej przyszłości” i (2) „przeprowadzenia skutecznej restrukturyzacji na podstawie rozdz. 11 Ustawy o Upadłości”. Jak się podkreśla, test FFD służy współcześnie ochronie przed przyszłym raczej, a nie obecnym upadkiem²³⁷.

Rozwiązania i doświadczenia innych państw pozaeuropejskich, w których doktryna FFD ma podstawy normatywne, albo przynajmniej jest stosowana w praktyce, są podobne do amerykańskich. Przykładowo zastosowanie doktryny FFD w Korei jest uzależnione przede wszystkim od tego, czy przedmiotem nabycia jest „firma niezdolna do działania” (*no-viable firm*), tj. taka, której kapitał całkowity jest mniejszy niż kapitał obrotowy²³⁸.

W prawie kontroli koncentracji UE przesłanka ta została wypracowana i uznana za spełnioną już w sprawie *Kali und Salz*. Komisja Europejska stwierdziła w tym przypadku, że pierwszym krokiem do spełnienia testu FFD jest wykazanie, że „nabywane przedsiębiorstwo zostanie w bliskiej przyszłości wyparte z rynku, jeżeli nie zostanie przejęte przez inne przedsiębiorstwo”²³⁹.

²³² Zob. *The Failing Firm Defence*, OECD Policy Roundtables, 2009, s. 176 i cytowane tam stanowiska.

²³³ Zob. G. Monti, E. Rouseva, *Failing Firms...*, s. 39.

²³⁴ *US v. Greater Buffalo Press*, 402 US 544 (1971).

²³⁵ 394 U.S. 131 (1969).

²³⁶ Bankruptcy Act, 11 U.S.C. §§ 1101-1174 (1988). G. Monti i E. Rouseva (*Failing Firms...*, s. 40) uznają ten warunek za niepotrzebny, gdyż obniża to wartość firmy (np. przy sprzedaży aktywów), a w konsekwencji zmniejsza szansę na znalezienie jej alternatywnego nabywcy.

²³⁷ Zob. G. Monti, E. Rouseva, *Failing Firms...*, s. 40.

²³⁸ Zob. koreański raport krajowy [w:] *The Failing Firm Defence*, OECD Policy Roundtables, 2009, s. 123.

²³⁹ Decyzja KE w sprawie IV/M.308 *Kali und Salz/MDK Treuhand* (Dz. Urz. WE 2004 L 110/73), pkt 71.

Zdaniem KE, bez koncentracji spółka MdK nie przetrwa²⁴⁰, na co wskazują następujące objawy jej bliskiego upadku: (1) straty w ciągu sześciu miesięcy po restrukturyzacji; (2) przestarzała struktura działania MdK oraz kryzys w sprzedaży na rynkach Europy Wschodniej (30% spadek popytu na nawozy potasowe w przeciągu ostatnich pięciu lat); (3) brak efektywnego systemu dystrybucji; (4) niezdolność publicznoprawnego powiernika (Treuhänder) do pokrywania jej strat. Należy jednak stwierdzić, że chociaż KE wykazała, że spółka MdK „najprawdopodobniej upadnie w bliskiej przyszłości”, to jednak aby spełnić pierwszą przesłankę testu upadającej firmy nie musi ona upaść całkowicie; Europejski Trybunał Sprawiedliwości w pełni potwierdził to stanowisko²⁴¹. W każdym razie, uznanie pierwszej przesłanki oryginalnego unijnego testu FFD za spełnioną jest możliwe tylko wtedy, gdy jest „ewidentne, że spółka upadła lub upadnie”²⁴². Już na samym starcie zatem, przesłankę tę było łatwiej stwierdzić za uznaną niż w przypadku oryginalnego amerykańskiego testu FFD²⁴³.

W świetle unijnych Wytycznych w sprawie oceny fuzji horyzontalnych pierwsza przesłanka testu (doktryny) FFD zostanie uznana za spełnioną, jeżeli „przedsiębiorstwo, które podobno ma upaść, zostałoby w najbliższej przyszłości wyparte z rynku ze względu na trudności finansowe, jeżeli nie zostałoby przejęte przez inne przedsiębiorstwo”²⁴⁴. Nie ma więc wątpliwości, że uznanie tej przesłanki za spełnioną jest możliwe tylko wtedy, gdy zostanie udowodnione, że „spółka upadła lub upadnie”²⁴⁵; problematyczne może być tylko ustalenie, co oznacza, że upadnie „w bliskiej przyszłości”²⁴⁶.

W Wielkiej Brytanii, pierwszym warunkiem zastosowania przez organ ochrony konkurencji – jako analizy *counterfactual* – scenariusza firmy wychodzącej z rynku (*exiting firm scenario*) jest stwierdzenie „czy firma wyszłaby z rynku z powodu upadku lub z innych przyczyn” (*through failure or otherwise*)²⁴⁷. Tak jest najczęściej wtedy, gdy firma przejmowana „upada finansowo” (*failing financially*)²⁴⁸, czy gdy firma prędzej czy później straci

²⁴⁰ Tamże.

²⁴¹ Zob. wyrok ETS w sprawie C-19/74 *Kali und Salz AG v. KE* (Zb. Orz. 1975, s. 499), pkt 120.

²⁴² J. Faull and A. Nikpay, *The EC Law of Competition*, s. 511.

²⁴³ Zob. G. Monti, E. Rousseva, *Failing Firms...*, s. 42.

²⁴⁴ Wytyczne KE w sprawie oceny koncentracji horyzontalnych z 2004 r., pkt 90.

²⁴⁵ E. Navarro Varona, A. Font Galarza, J. Folguera Crespo, J. Briones Alonso, *Merger Control in the EU*, s. 512.

²⁴⁶ Zob. A. Bavasso, A. Lindsay, *Causation in EC Merger Control*, s. 195; A. Lindsay, *The EC Merger Regulation...*, s. 508.

²⁴⁷ Brytyjskie Wytyczne w sprawie oceny fuzji horyzontalnych z 2010 r., pkt 4.3.8, s. 23.

²⁴⁸ Tamże, pkt 4.3.9, s. 23.

płynność finansową („*sooner or later run out of money*”), jeżeli nie zostanie uratowana przez fuzję²⁴⁹. Dla Urzędu ds. Uczciwego Handlu oraz Komisji Konkurencji ważne jest też, żeby wyjście to było „nieuchronne” (*inevitable*)²⁵⁰, jednak warunek ten jest powiązany z przesłanką „braku alternatywy dla danej fuzji”. Badając spełnienie warunku „firmy wychodzącej z rynku” z powodów finansowych brytyjskie (tak jak amerykańskie) organy ochrony konkurencji dążą do ustalenia, czy firma jest niezdolna do „sprostania swoim zobowiązaniom finansowym w bliskiej przyszłości” i „samodzielnej restrukturyzacji” (*restructure itself successfully*)²⁵¹. W tym celu badają bilans firmy dla ustalenia jej aktywów i zobowiązań oraz dokumentację działań jej zarządu zmierzających do naprawy sytuacji firmy²⁵². Jeżeli firma upadająca jest częścią większej grupy spółek, organy te badają także wartość i transakcje wewnątrz grupy w celu ustalenia, na ile straty były spowodowane transferami wewnętrznymi i czy transakcje były „na wyciągnięcie ręki” („*on arm'slength terms*”)²⁵³.

Także w Niemczech pierwszą przesłanką doktryny FFD jest stwierdzenie, że jeden z uczestników fuzji „upadłby w najbliższej przyszłości”. Skuteczne zastosowanie FFD w tym kraju jest więc w praktyce możliwe tylko wtedy, gdy jeden z uczestników koncentracji „stałby się niewypłacalny [*insolvent*] i wyparty z rynku”, np. dlatego że „nie może przeżyć bez pomocy zewnętrznej”²⁵⁴, albo że „spółka przejmowana by nie przeżyła bez bycia przejętą przez innego nabywcę”.

Pierwszym warunkiem zastosowania doktryny FFD we Francji jest stwierdzenie, że firma przejmowana „doświadcza trudności”, które spowodują jej „immanentne wyjście z rynku w przypadku braku przejęcia”²⁵⁵. Warunek ten został uznany za stwierdzony w sprawach *SEB/Moulinet* oraz *ASD/ORP*, jako że przejmowane spółki zawiesiły płatności oraz były przedmiotem postępowania upadłościowego przed sądem handlowym. Także w sprawie *EBSCO/Rowecom France*, po wcześniejszym stwierdzeniu przez sąd handlowy, że

²⁴⁹ Tamże, pkt 4.3.9, s. 23.

²⁵⁰ Tamże, pkt 4.3.10, s. 23.

²⁵¹ Tamże, pkt 4.3.14, s. 24.

²⁵² Tamże, pkt 4.3.14, s. 24; zob. także przywołane tam sprawy koncentracji: *Long Clawson Dairy Limited/The Millway business of Dairy Crest Group plc*, CC, January 2009; *Completed acquisition by Home Retail Group plc of 27 stores from Fokus (DIY) Limited*, OFT, April 2008.

²⁵³ Brytyjskie Wytyczne w sprawie oceny fuzji horyzontalnych z 2010 r., pkt 4.3.15, s. 24.

²⁵⁴ D. Seelinger, S. Altham, Case Comment. Germany, *Data tape cartridges*, N 42, s. 1.

²⁵⁵ Zob. francuskie Wytyczne w sprawie kontroli koncentracji z 2010 r., pkt 512, s. 132; zob. także cyt. tam wyrok francuskiej Rady Stanu (Conseil d'Etat) z 6.02.2004 r. w sprawie fuzji *SEB/Moulinet (Royal Philips Electronics/Ministre Economique)*, nr 249267.

spółka przejmowana zawiesiła płatności, Minister uznał spełnienie pierwszej przesłanki testu FFD ze względu na dalsze pogorszenie się jej sytuacji finansowej oraz fakt, że amerykańska spółka matka przejmowanej firmy była przedmiotem postępowania upadłościowego w USA, czego rezultatem we Francji była groźba cofnięcia pożyczek bankowych oraz odmowy dostaw spółce przejmowanej²⁵⁶.

Także w innych państwach europejskich pierwszym warunkiem zastosowania FFD jest stwierdzenie, że „strona przejmowana w bliskiej przyszłości będzie wyparta z rynku” (Belgia)²⁵⁷ lub stoi przed „potencjalnym bankructwem” (Norwegia). Również w Polsce uważa się, że dla uznania spełnienia pierwszej przesłanki testu FFD konieczne jest „zagrożenie upadłością” przedsiębiorcy przejmowanego.

Od tego jak definiowana jest „upadająca firma” zależy zakres i skuteczność stosowania FFD. Z dorobku orzeczniczego i bazujących na nim regulacji *soft law* wynika niezbicie i porównywalnie w różnych porządkach prawnych, że aby można było uznać za spełnioną pierwszą przesłankę obrony argumentem upadającej firmy lub doktryny upadającej firmy (FFD), konieczne jest wykazanie, że (1) firma przejmowana ma tak poważne trudności finansowe, że (2) jej upadek jest nieuchronny.

Istota i skala trudności, przed jakimi stoi przejmowana firma, jest niewątpliwie punktem wyjścia analizy FFD. Doktryna i orzecznictwo nie pozostawiają wątpliwości, że trudności firmy przejmowanej muszą mieć charakter finansowy i być poważne. **Trudności finansowe** wyrażają się z reguły w przyniesieniu strat (firma „doświadcza bieżących strat”), kłopotach z pokrywaniem bieżących płatności czy ze spłatą kredytów. **Trudności** te muszą jednak być **poważne**. Są takimi wtedy, gdy firma przejmowana „upada finansowo” (*failing financially*)²⁵⁸, stałaby się „spółką niewypłacalną (*corporacy insolvency*)”, „przedsiębiorstwem niewypłacalnym” (*insolvente Unternehmen*), gdy „przejmowana spółka nie przeżyłaby bez bycia przejętą przez nabywcę”²⁵⁹ czy nie mogłaby „przeżyć bez pomocy zewnętrznej”²⁶⁰. Nie wystarczy więc, że firma ma po prostu „trudności finansowe” czy „przynosi straty”²⁶¹. Nie są wystarczające „przejściowe problemy” czy „słabe wyniki gospodarcze”

²⁵⁶ Zob. francuskie Wytyczne w sprawie kontroli koncentracji z 2010 r., pkt 515, s. 132.

²⁵⁷ Zob. G. Zonnekyn, Case Comment. Belgium, *Merger – Aviation – Vertical merger*, N111.

²⁵⁸ Brytyjskie Wytyczne w sprawie oceny koncentracji horyzontalnych z 2010 r., pkt 4.3.9, s. 23.

²⁵⁹ D. Sellinger, S. Altman, Case Comment. Germany, *Data tape cartridges*, s. 25(3), N42.

²⁶⁰ BKartAWuW/E DE-V 848 – *Imation/EMTEC* (2003).

²⁶¹ Zob. *The Failing Firm Defence*, OECD Policy Roundtables, 2009, s. 176 i cyt. tam stanowiska.

(*poor business results*)²⁶². Z całą pewnością muszą to być poważne problemy długoterminowe. Za najpoważniejsze trudności uznaje się sytuacje, w których „wartość kapitału zakładowego jest niższa niż suma zobowiązań” albo „kapitał całkowity jest mniejszy niż kapitał obrotowy”²⁶³.

Warto jednak zauważyć, że podstawą upadku firmy mogą być czasem także inne okoliczności. Można w tym miejscu wskazać sprawę koncentracji będące konsekwencją rozpadu grupy doradczo-rachunkowej Artur Andersen, gdzie przyczyną nie były trudności finansowe lecz utrata zaufania klientów²⁶⁴.

Zdarza się, że poważne kłopoty finansowe mają nie tylko całe firmy, ale jedynie ich oddziały (zwłaszcza w przypadku firm działających na wielu rynkach produktowych i/lub geograficznych). Nie ma wątpliwości, że w takich przypadkach obrona argumentem upadającego oddziału, znana i stosowana głównie w USA²⁶⁵, może zostać zastosowana również w Unii Europejskiej. Doktrynę upadającego oddziału zastosowano np. przy ocenie koncentracji *REWE/Meinl*²⁶⁶. Nie widzę przeszkód, żeby znalazła ona zastosowanie także w państwach członkowskich UE, w tym w Polsce.

W przypadku trudności finansowych mniejszej skali i występujących okresowo (np. w czasie kryzysu), a więc wtedy, gdy mamy do czynienia z „firmą mającą kłopoty” (*flailing firm*) czy „firmą chorą” (*ailing firm*), zastosowanie doktryny czy obrony argumentem upadającej firmy jest niemożliwe. Nie oznacza to jednak, że organy konkurencji nie mogą wziąć tych okoliczności pod uwagę w ramach generalnej analizy skutków koncentracji dla konkurencji w sektorach dotkniętych perturbacjami (*distressed sectors*)²⁶⁷.

Decydująca dla spełnienia pierwszej przesłanki FFD jest **nieuchronność**²⁶⁸ upadku firmy. Nieuchronność ta może zostać wykazana w dwóch

²⁶² Zob. japoński raport krajowy przedstawiony [w:] *The Failing Firm Defence*, OECD Policy Roundtables, 2009, s. 119.

²⁶³ Zob. koreański raport krajowy przedstawiony [w:] *The Failing Firm Defence*, OECD Policy Roundtables, 2009, s. 123.

²⁶⁴ Zob. decyzje KE w sprawach: COMP/M.2810 *Deloitte & Touche/Andersen (UK)*; COMP/M.2916 *Ernst & Young France/Andersen*; COMP/M.2924 *Ernst & Young Germany/Andersen*.

²⁶⁵ Amerykańskie Wytyczne w sprawie fuzji horyzontalnych z 1992, pkt 5.2.

²⁶⁶ Decyzja KE w sprawie IV/M.1221 *Rewe/Meinl* (Dz. Urz. WE 1999 L 274/1).

²⁶⁷ Zob. *The Failing Firm Defence*, OECD Roundtables, 1995, s. 21–22; I. Kokkoris, *Failing Firm Defence...*, s. 494; J.L. McDavid, *Antitrust Issues Involving Acquisitions of Financially Distressed Companies*, s. 18 i d.; I. KnableGotts, N.L. Asker, J.N. Goodman, *US Antitrust and FCC Treatment of Acquisitions of Distressed Communications Businesses*, *Competition Law Journal*, April 2010, s. 11 i d.

²⁶⁸ Amerykańskie Wytyczne w sprawie fuzji horyzontalnych z 1992 r., pkt 5.0; brytyjskie Wytyczne w sprawie oceny fuzji horyzontalnych, pkt 4.3.10, s. 23.

sytuacjach. Pierwsza z nich, przewidywana *explicite* tylko w niektórych porządkach prawnych, ma charakter formalny i wyraża się w tym, że przejmowana firma (już) **podlega postępowaniu upadłościowemu**, a więc jej upadek jest pewny czy nieunikniony. Tak jest np. w USA²⁶⁹, ale może zdarzyć się w każdym porządku prawnym (sytuacja taka miała np. miejsce w sprawie *BASF*²⁷⁰). Nawet w literaturze amerykańskiej uważa się niekiedy, że ponieważ w praktyce bardzo trudno jest wykazać nieuchronny upadek w przyszłości, czasami jedynym akceptowalnym kryterium uznania firmy za upadającą jest „zadeklarowana upadłość”²⁷¹.

Niektórzy autorzy podkreślają jednak, że jest to wymóg zbyt daleko idący, gdyż przepisy upadłościowe służą raczej ochronie interesów wierzycieli, podczas gdy obrona argumentem upadającej firmy ma na celu ochronę interesów samych firm (ew. ich pracowników) i konsumentów; wystarczająca powinna więc być pewność przyszłego upadku²⁷². Zdaniem G. Contiego i E. Roussevej firma może być uznana za upadającą, gdy analiza ekonomiczna i finansowa wykaże stałą (*continuous*) obecność przynajmniej jednego z trzech następujących czynników: (1) koszty produkcji firmy przekraczają wpływy ze sprzedaży, (2) w przeciwieństwie do innych firm, upadającej firmie brakuje zdolności do innowacji, lub (3) występuje ryzyko opuszczenia przez jej aktywa danego sektora gospodarki²⁷³. Gdy któryś z tych czynników występuje przez dłuższy czas, firma nie może działać efektywnie, zatem nie jest prawdopodobne, że stanie się znowu skutecznym konkurentem; a jeśli nie może konkurować, to znaczy, że jest upadająca²⁷⁴.

We wszystkich tych porządkach prawnych, które nie wymagają dla zastosowania FFD **aktualnego upadku** (ogłoszenia bankructwa lub prowadzenia postępowania upadłościowego), „nieuchronność” upadku („nieuchronne” [*inevitable*] wyjście/wyparcie z rynku²⁷⁵) wyraża się jego „**ewidentnością**”²⁷⁶, wysokim „**prawdopodobieństwem** lub **bliską perspektywą czasową**, tj. tym, że upadek nastąpi „w najbliższym czasie” (*near future*)²⁷⁷, czy że „firma [...] w niedługim czasie opuści rynek”²⁷⁸.

²⁶⁹ Amerykańskie Wytyczne w sprawie fuzji horyzontalnych z 1992 r., pkt 5.1.

²⁷⁰ Decyzja KE w sprawie COMP/M.2314 *BASF/Eurodiol/Pantochim*.

²⁷¹ Zob. np. Areda, Turner, *Antitrust Law*, vol. IV, 1980, s. 926.

²⁷² Zob. G. Monti, E. Rousseva, *Failing Firms...*, s. 39.

²⁷³ Tamże, s. 40.

²⁷⁴ Tamże, s. 41.

²⁷⁵ Brytyjskie Wytyczne w sprawie oceny koncentracji horyzontalnych z 2010 r., pkt 4.3.10, s. 23.

²⁷⁶ J. Faull, A. Nickpay, *The EC Law of Competition*, s. 511.

²⁷⁷ Wytyczne KE w sprawie oceny koncentracji horyzontalnych z 2004 r., pkt 90.

²⁷⁸ Francuskie Wytyczne w sprawie kontroli koncentracji z 2010 r., s. 131.

Warto jednak zaznaczyć, że zdaniem niektórych autorów także wymóg upadku „w bliskiej przyszłości”, mający służyć temu, żeby konsumenci nie byli pozbawieni korzyści z konkurencji przez „istotny czas” (*material time*), dowodzi zbyt wąskiego zakreszenia granic testu FFD²⁷⁹. Ich zdaniem jest to niespójne z wymogami, jakie KE stawia w przypadku akceptowania nowych wejść (*new entries*), gdzie wymóg „*timely*” oznacza w praktyce okres dwóch lat²⁸⁰.

2.2. Brak alternatywy

Drugą powszechnie akceptowaną przesłanką stosowania FFD jest **brak alternatywy** w stosunku do badanej koncentracji z udziałem upadającej firmy. Oznacza to, że nie można znaleźć innego sposobu uratowania upadającej firmy, który by zapobiegł pogorszeniu sytuacji (struktury) konkurencji na rynku niż to, które byłoby efektem koncentracji z udziałem firmy upadającej.²⁸¹ Można zgodzić się z poglądem, że przesłanka ta jest wyrazem stosowania przez organy ochrony konkurencji **zasady proporcjonalności** (interwencji publicznej) i potwierdza bardzo wyjątkowy charakter tego wyjątku spod zakazu antykonkurencyjnych koncentracji²⁸².

Przesłanka „braku alternatywy” ma swoje podstawy w amerykańskim orzecznictwie i w Wytycznych w sprawie fuzji horyzontalnych Federalnej Komisji Handlu i Departamentu Sprawiedliwości. W orzecznictwie sądów amerykańskich została wyrażona na dwa sposoby. W wyroku w sprawie *Citizen Publishing v. United States* stwierdzono, że przejmujący musi być „jedynym dostępnym nabywcą” („*only availably purchaser*”)²⁸³, a przejmowana spółka musi nie mieć żadnej rozsądnej alternatywy do zamierzonej koncentracji, która byłaby mniej szkodliwa dla konkurencji²⁸⁴. Wytyczne w sprawie fuzji horyzontalnych z 1992 r. wymagają, żeby firma upadająca podjęła „w dobrej wierze, ale zakończone niepowodzeniem wysiłki (*unsuccessful good-faith efforts*) w celu zdobycia rozsądnych alternatywnych ofert przejęcia aktywów upadającej firmy, które by zarówno zatrzymały jej aktywa

²⁷⁹ A. Bavasso, A. Lindsay, *Causation in EC Merger Control*, s. 195; A. Lindsay, *The EC Merger Regulation...*, s. 508.

²⁸⁰ Tamże.

²⁸¹ Szczegółową analizę tej przesłanki na gruncie prawa amerykańskiego, niemieckiego i unijnego prezentuje m.in. M. Warler, *Failing Company Defence...*, s. 81 i d.

²⁸² E. Navarro Varona, A. Font Galarza, J. Folguera Crespo, J. Briones Alonso, *Merger Control in the EU*, s. 339.

²⁸³ 394 U.S. 131 (1969).

²⁸⁴ *Citizen Publishing v. United States*, 394 U.S. 137 (1969).

materialne i niematerialne na rynku właściwym, jak też stanowiły mniejsze zagrożenie dla konkurencji niż proponowana fuzja²⁸⁵; za „rozsądne” oferty uznaje się oferty „po rozsądnej cenie”²⁸⁶.

W innych państwach pozaeuropejskich, w których stosuje się FFD lub zbliżoną analizę skutków koncentracji, przesłanka braku alternatywy jest formułowana podobnie. Koreańska ustawa uzależnia jej stosowanie od tego, żeby zasoby produkcyjne upadającej firmy nie były użyte inaczej niż w drodze danej fuzji i żeby żadna inna, mniej konkurencyjna oferta była niemożliwa²⁸⁷. Także w Kanadzie bada się m.in. istnienie alternatywy fuzji lub restrukturyzacji wobec badanej fuzji²⁸⁸. W badaniach nowozelandzkich próbuje się ustalić, czy „możliwe próby ratowania firm zakończyły się porażką”²⁸⁹.

Na gruncie prawa UE, żeby można było zastosować obronę argumentem upadającego przedsiębiorstwa trzeba spełnić warunek polegający na tym, że „nie istnieje żadna inna mniej antykonkurencyjna alternatywa zakupu niż owo połączenie”²⁹⁰. W świetle decyzji KE i wyroku ETS w sprawie *Kali und Salz* przesłanka ta rozumiana jest tak, że „istnienie związku przyczynowego między koncentracją a pogorszeniem struktury konkurencyjnej wynikającym z koncentracji może być wyłączone tylko wtedy, gdy struktura konkurencyjna wynikająca z koncentracji będzie podobna, nawet jeżeli koncentracja nie zostanie dokonana”²⁹¹. W tej sprawie był to warunek łatwy do spełnienia, bo łączące się przedsiębiorstwa stanowiły duopol na rynku właściwym, a nabywca był jedynym pozostałym na rynku przedsiębiorstwem (fuzja do monopolu)²⁹²; co więcej, nabywca miał już pozycję dominującą na rynku, a więc tylko by ją ugruntował (*consolidated*)²⁹³. Wymóg ten został później przeformułowany tak, żeby test FFD można było stosować także wtedy, gdy na rynku jest inny konkurent, który może przejąć przynajmniej część

²⁸⁵ Amerykańskie wytyczne w sprawie fuzji horyzontalnych z 1992 r., pkt 5.1.

²⁸⁶ Tamże, przypis nr 39.

²⁸⁷ Zob. koreański raport krajowy [w:] *The Failing Firm Defence*, OECD Policy Roundtables, 2009, s. 123.

²⁸⁸ Zob. kanadyjski raport krajowy [w:] *The Failing Firm Defence*, OECD Policy Roundtables, 2009, s. 85–86.

²⁸⁹ Zob. *Summary of discussion* [w:] *The Failing Firm Defence*, OECD Policy Roundtables, 2009, s. 209, a w szczególności przywoływany tam przypadek koncentracji z udziałem szpitala Southern Cross.

²⁹⁰ Wytyczne KE w sprawie oceny koncentracji horyzontalnych z 2004 r., pkt 90.

²⁹¹ Zob. wyrok ETS w sprawie C-19/74, C-68/94 oraz C-30/95 *Kali und Salz AG v. KE* (Zb. Orz. 1975, s. 499), pkt 115.

²⁹² V. Emmerich, *Kartellrecht*, s. 219–220.

²⁹³ G. Monti, E. Rousseva, *Failing Firms...*, s. 42.

udziałów w rynku²⁹⁴. Jak się podkreśla w literaturze, przesłanka „braku alternatywy” była początkowo przejawem raczej podejścia formalistycznego, poszukującego przede wszystkim związku przyczynowego między koncentracją a jej skutkami²⁹⁵. Późniejsze odnoszenie tej przesłanki do struktury konkurencji na rynkach właściwych – czyli wymóg stwierdzenia, żeby przynajmniej nie była ona gorsza (*no worse*) niż w przypadku niedojścia koncentracji do skutku – oraz uwzględnianie interesów konsumentów pozwalają uznać, że także w UE test FFD ma aktualnie bardziej ekonomiczny niż formalnoprawny charakter²⁹⁶.

W Wielkiej Brytanii dopuszczenie „scenariusza firmy wychodzącej z rynku” (*exiting market scenerio*) zależy m.in. od rozważenia, „czy nie istniałby alternatywny nabywca firmy lub jej aktywów od nabywcy rozważanego”²⁹⁷. Dla Urzędu ds. Uczciwego Handlu konieczne jest przekonanie, że „nie istnieje żaden istotnie mniej antykonkurencyjny nabywca firmy lub jej aktywów”²⁹⁸. Organ ten łączy analizę spełniania pierwszej i drugiej przesłanki stosowania „scenariusza firmy wychodzącej z rynku”²⁹⁹. Nawet wtedy bowiem, gdy warunek pierwszy jest spełniony, to wciąż mogą istnieć nabywcy, dla których zakup upadającej firmy lub jej aktywów może stworzyć lepsze warunki konkurowania niż badana transakcja. Nabywcy tacy mogą być np. zainteresowani nabyciem upadającej firmy lub jej aktywów jako środków do wejścia na rynek³⁰⁰. Rozważając szanse alternatywnego nabycia firmy lub jej aktywów, brytyjskie organy ochrony konkurencji sprawdzają w pierwszej kolejności, czy rzeczywiście występował tylko jeden chętny nabywca upadającego przedsiębiorstwa. Oceniają one także szansę alternatywnych ofert powyżej wartości likwidacyjnej aktywów. Ewentualny brak chęci alternatywnych nabywców zapłacenia sprzedawcy oczekiwanej ceny nabycia nie wyklucza sytuacji przeciwnej (*counterfactual*), w której możliwa jest fuzja z alternatywnym nabywcą³⁰¹.

W świetle praktyki niemieckiej na dokonanie fuzji z udziałem upadającej firmy może być udzielona zgoda, jeżeli spełniony jest (kumulatywnie z innymi) także warunek braku „fuzji alternatywnej w stosunku do

²⁹⁴ Decyzja KE w sprawie COMP/M.2314 *BASF/Eurodiol/Pantochim* (Dz. Urz. WE 2002 L 132/45).

²⁹⁵ G. Monti, E. Rousseva, *Failing Firms...*, s. 43.

²⁹⁶ E. Navarro Varona, A. Font Galarza, J. Folguera Crespo, J. Briones Alonso, *Merger Control in the EU*, s. 339.

²⁹⁷ Brytyjskie Wytyczne w sprawie oceny fuzji horyzontalnych z 2010 r., pkt 4.3.8, s. 23.

²⁹⁸ Tamże, pkt 4.3.10, s. 23.

²⁹⁹ Tamże.

³⁰⁰ Tamże, pkt 4.3.16, s. 25.

³⁰¹ Tamże, pkt 4.3.17, s. 25.

zamierzonej fuzji między upadającą firmą a nabywcą”. W rezultacie restrykcyjnego stosowania także tej przesłanki³⁰², Federalny Urząd Kartelowy zgodził się na wydanie zgody warunkowej na skutek zastosowania FFD w sprawie *Imition/EMTEC*, gdyż w tym przypadku nie było innej oferty (inne alternatywy)³⁰³.

Także we Francji uznaje się za drugi warunek stosowania FFD „brak ofert przejścia, które są mniej szkodliwe dla konkurencji”; zgoda (bezwarunkowa) na przejście jest zatem wydawana wtedy, gdy powodowane przez nie szkody dla konkurencji są mniejsze niż w przypadku wyjścia przejmowanej firmy z rynku. Warunek ten został uznany za spełniony w sprawach *SEB/Moulinex* i *ASD/ORP* w oparciu o ustalenia sądu handlowego, gdyż brak było innych ofert przejścia, które byłyby mniej szkodliwe dla konkurencji, a wyjście z rynku danej firmy byłoby bardziej szkodliwe lub przynajmniej neutralne dla konsumentów³⁰⁴. W sprawie *EBSCO/Rowecom France* Minister stwierdził wprawdzie istnienie jednego wiarygodnego nabywcy, ale szkody dla konkurencji byłyby takie same, jak w przypadku badanej transakcji. Warunek ten nie został natomiast uznany za spełniony w sprawie *Boiron/Dolisos*. Strony nie wykazały alternatywnych nabywców, podczas gdy tacy potencjalnie mogli wystąpić.

W innych państwach członkowskich UE jest podobnie. W Belgii np. zgoda na koncentrację *City Bird/Belgium Thomas Cook*, wydana została na podstawie FFD, w tym na podstawie stwierdzenia, że w sprawie tej „nie ma mniej antykonkurencyjnej alternatywy”³⁰⁵. Warunek ten jest też identycznie formułowany w Polsce.

Z dorobku orzeczniczego i bazujących na nim regulacji *soft law* wynika niezbiecie i porównywalnie w różnych porządkach prawnych, że aby można było uznać za spełniony drugi warunek stosowania obrony argumentem upadającej firmy, konieczne jest wykazanie, że: (1) transakcja ta jest nieunikniona dlatego, że nie istnieje żaden inny nabywca upadającej firmy, przynajmniej po rozsądnej cenie, (2) a jeśli nawet taki istnieje, to także w przypadku transakcji z jego udziałem szkoda dla konkurencji nie byłaby mniejsza.

Brak alternatywnego nabywcy w ogóle (obiektywnie) lub zdaniem stron transakcji (subiektywnie) jest częstym argumentem podnoszonym

³⁰² Zob. V. Emmerich, *Kartellrecht*, s. 480; U. Schwalbe, D. Zimmer, *Law and Economics in European Merger Control*, s. 318; zob. Case Comment. Germany, *Data tape cartridges*, N42.

³⁰³ BKartAWuW/E DE-V 848 – *Imation/EMTEC* (2003).

³⁰⁴ Francuskie Wytyczne w sprawie kontroli koncentracji z 2010 r., s. 132–134 (pkt 512–520).

³⁰⁵ Zob. G. Zonnekyn, Case Comment. Belgium, *Merger – Aviation – Vertical merger*, N111.

w postępowaniach w sprawach koncentracji, w których rozważa się możliwość zastosowania FFD. W pierwszej kolejności strony muszą wykazać, a organy sprawdzić, że rzeczywiście nie istnieje żaden inny potencjalny (alternatywny) nabywca. Nie wystarczy brak informacji o ofertach. Amerykańskie organy antytrustowe wymagają od stron transakcji, żeby wykazały, że podjęły starania (w dobrej wierze), aby takich nabywców znaleźć, ale zakończyły się one niepowodzeniem³⁰⁶. Także brytyjskie organy ochrony konkurencji, rozważając szanse alternatywnego nabycia firmy lub jej aktywów, sprawdzają w pierwszej kolejności, czy rzeczywiście był tylko jeden chętny nabywca upadającego przedsiębiorstwa³⁰⁷. Tak było np. w sprawie *Boiron/Dolisos*. Jej strony nie wykazały, że nie było alternatywnych nabywców, podczas gdy potencjalnie mogły istnieć firmy zagraniczne mogące chcieć wejść na rynek francuski³⁰⁸. Spełnienie tej przesłanki zależy od wiarygodnych dowodów przedłożonych przez strony³⁰⁹, ale dużo zależy też od badań własnych organów.

Nawet jeżeli sprzedaż firmy upadającej lub jej aktywów byłaby potencjalnie możliwa, to jednak warunek braku alternatywnego nabywcy będzie spełniony, jeżeli nabywca ten nie jest gotów zapłacić **rozsądnej ceny**. Według amerykańskich Wytycznych w sprawie fuzji horyzontalnych, za rozsądną ofertę uważana będzie każda oferta nabycia aktywów upadającej firmy po cenie wyższej niż likwidacyjna wartość tych aktywów, czyli najwyższej oceniany sposób użycia aktywów poza rynkiem właściwym lub równoważna oferta na zakup akcji upadającej firmy³¹⁰. Także brytyjskie organy ochrony konkurencji oceniają szansę alternatywnych ofert powyżej wartości likwidacyjnej aktywów. Ewentualny brak chęci alternatywnych nabywców zapłacenia sprzedawcy oczekiwanej ceny nabycia, nie wyklucza sytuacji przeciwnej (*counterfactual*), w której możliwa jest fuzja z alternatywnym nabywcą³¹¹.

Dруга przesłanka doktryny upadającego przedsiębiorstwa będzie także spełniona, jeżeli w wyniku transakcji z udziałem alternatywnego nabywcy **szkoda dla konkurencji nie będzie mniejsza**, czyli będzie **identyczna lub nawet większa**. Szkoda dla konkurencji (*competitionharm*) jest oczywiście wyznaczana i oceniana w kategoriach podstawowego (ekonomicznego) testu konkurencji – testu ograniczenia (osłabienia) konkurencji (LCT), stosowanego w USA i w wielu innych państwach pozaeuropejskich i w kilku

³⁰⁶ Amerykańskie Wytyczne w sprawie fuzji horyzontalnych z 1992 r., pkt 5.1.

³⁰⁷ Brytyjskie Wytyczne w sprawie oceny fuzji horyzontalnych z 2010 r., pkt 4.3.16, s. 25.

³⁰⁸ Francuskie Wytyczne w sprawie kontroli koncentracji z 2010 r., s. 133, pkt 517.

³⁰⁹ Brytyjskie Wytyczne w sprawie oceny fuzji horyzontalnych z 2010 r., pkt 4.3.17, s. 25.

³¹⁰ Amerykańskie wytyczne w sprawie fuzji horyzontalnych z 1992 r., pkt 5.1.

³¹¹ Brytyjskie Wytyczne w sprawie oceny fuzji horyzontalnych z 2010 r., pkt 4.3.17, s. 25.

krajach europejskich, testu istotnego ograniczenia (utrudnienia) skutecznej konkurencji (SIEC), istniejącego w UE i w wielu jej państwach członkowskich) czy testu powstania lub umocnienia pozycji dominującej (DPT), który występuje jeszcze w kilku państwach europejskich i pozaeuropejskich.

2.3. Utrata aktywów

Zapobieganie utracie aktywów jest głównym uzasadnieniem dla ratowania koncentracji z udziałem upadającej firmy, niezależnie od powodów ekonomicznych czy socjalnych. Nie może więc dziwić, że **utrata aktywów** jest obecnie **trzecią** istotną **przesłanką** stosowania koncepcji niedopuszczalności zakazu na podstawie argumentu upadającej firmy (FFD) we wszystkich porządkach prawnych, w których doktryna czy obrona argumentem upadającej firmy występuje – nawet jeśli w przeszłości nie zawsze tak było³¹².

Tak np. nie była ona początkowo formułowana w orzecznictwie sądów amerykańskich. Jednakże Wytyczne w sprawie fuzji horyzontalnych stwierdzają już wprost, że fuzja prawdopodobnie nie stworzy lub nie wzmocni władzy rynkowej lub nie ułatwi jej wykorzystania, jeżeli grożąca upadłość (*imminent failure*) jednej z łączących się firm spowodowałaby, że aktywa (*assets*) tej firmy opuściłyby rynek właściwy³¹³. I dalej: zastosowanie FFD jest możliwe, gdyż „w przypadku braku przejęcia, aktywa upadającej firmy opuściłyby rynek”³¹⁴. Także w innych krajach pozaeuropejskich wyraża się zgodę na dokonanie koncentracji na bazie FFD, jeżeli w razie jej braku aktywa firmy zagrożonej upadłością „opuszczą rynek”.

Także w UE przesłanka ta była od początku analizowana, ale nie została wyróżniona w pierwszym standardzie FFD, wypracowanym na gruncie sprawy *Kali und Salz*; jej strony argumentowały wprawdzie, że w razie braku zgody na przejęcie MdK, aktywa rynkowe firmy zginęłyby, co mogłoby doprowadzić do wąskich gardeł³¹⁵, ale KE zdecydowała się na sformułowanie przesłanki „pełnej absorpcji udziałów rynkowych”, zgodnie z którą udziały MdK w rynku i tak przypadłyby spółce Kali und Salz. W standardzie decyzyjnym sprawy *BASF*, innych późniejszych decyzjach, a wreszcie w Wytycznych w sprawie oceny fuzji horyzontalnych trzecia przesłanka stosowania argumentu „upadającego przedsiębiorstwa” odnosi się już wyraźnie do „utruty

³¹² Szczegółową analizę tej przesłanki na gruncie prawa amerykańskiego, niemieckiego i unijnego prezentuje m.in. M. Warler, *Failing Company Defence...*, s. 61 i d.

³¹³ Amerykańskie wytyczne w sprawie fuzji horyzontalnych z 1992 r., pkt 5.0.

³¹⁴ Tamże, pkt 5.1.

³¹⁵ V. Emmerich, *Kartellrecht*, s. 220.

aktywów”. Komisja Europejska uznała mianowicie, że zastosowanie FFD jest możliwe wtedy, gdyby „w braku połączenia aktywa upadającego przedsiębiorstwa nieuchronnie opuściły rynek”³¹⁶; zaznaczyła jednocześnie, że fakt, iż wyjście z rynku aktywów upadającego przedsiębiorstwa jest nieuniknione (*inevitably*) może, szczególnie w przypadku tworzenia monopolu, stać się podstawą przekonania, że udział w rynku upadającego przedsiębiorstwa przypadnie na drugie przedsiębiorstwo biorące udział w połączeniu³¹⁷.

Jak się podkreśla w literaturze, wymóg **nieuniknioności** (bezpowrotności) straty aktywów upadającego przedsiębiorstwa sprawia, że test FFD wykracza poza przesłankę braku związku przyczynowego (*no causal link*) między szkodą dla konkurencji (*detriment to competition*), jaka wystąpi po dokonaniu koncentracji, a samą koncentracją; wykracza także poza ramy zasady *counterfactual*, która oferuje intelektualne podstawy identyfikacji skutków koncentracji³¹⁸. Zdaniem A. Bavasso i A. Lindsay, Wytyczne w sprawie oceny fuzji horyzontalnych wymagają od stron koncentracji dla zastosowania testu FFD udowodnienia czegoś więcej niż tylko braku związku przyczynowego; tym samym, zdaniem tych autorów, test FFD jest przez Wytyczne sformułowany zbyt wąsko (*too narrowly*), gdyż wymaga wykazania konsekwencji dla korzyści efektywnościowych, a nie dla zasady związku przyczynowego czy *counterfactual*³¹⁹. Wypada zgodzić się także z argumentem tych autorów, że spełnienie wymogu nieuniknioności (bezpowrotności) utraty aktywów stanowi odstępstwo od obowiązującego na gruncie unijnego rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji standardu dowodu „równowagi prawdopodobieństwa (*balance of probability*)”³²⁰, w myśl którego KE może wydać zgodę lub zakaz w zależności od tego, które – szkodliwe czy nieszkodliwe – skutki koncentracji dla konkurencji są „najbardziej prawdopodobne”³²¹; w przypadku nieuniknioności utraty aktywów jako elementu trzeciej przesłanki testu FFD mamy natomiast do czynienia z „wymogiem

³¹⁶ Wytyczne KE w sprawie oceny fuzji horyzontalnych, pkt 90 *in fine*; zob. także J. Faull, A. Nickpay, *The EC Law of Competition*, s. 511.

³¹⁷ Tamże, przypis 111; Komisja Europejska odesłała tu wyrażnie do wyroku ETS w połączonych sprawach C-68/94 oraz C-30/95 *Kali und Salz*, pkt 115 i 116.

³¹⁸ Tak: A. Bavasso, A. Lindsay, *Causation in EC Merger Control*, s. 194; A. Lindsay, *The EC Merger Regulation...*, s. 508–509.

³¹⁹ Tamże, s. 194 i d.

³²⁰ Tamże, s. 195.

³²¹ Piszę o tym szerzej [w:] *Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 10.07.2008 r. w sprawie C-413/06 P Bertelsmann AG i Sony Corporation of America przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich* (Zb. Orz. 2008, I-04951) [w:] *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 2004–2009*, pod red. A. Jurkowskiej-Gomułki, Oficyna Wolters Kluwer business, Warszawa 2010, s. 126.

absolutnym” (*absolute requirement*), którego nie można uznać za spełniony nawet wtedy, gdyby utrata aktywów nie była nieunikniona choćby w 5%³²². A. Bavasso i A. Lindsay uważają, że dla spełnienia testu FFD wystarczy, że strony wykażą, że utrata aktywów będzie „bardziej prawdopodobna niż nie” („*more likely than no*”)³²³.

W świetle brytyjskich Wytycznych w sprawie oceny fuzji u podstaw zastosowania trzeciego elementu „scenariusza wyjścia z rynku upadającej firmy” leży odpowiedź na pytanie, „co stanie się ze sprzedażą upadającej firmy w przypadku jej wyjścia z rynku”³²⁴. Aby to wykazać brytyjskie organy ochrony konkurencji rozważają, czy sprzedaż ta zostanie rozdzielona między firmy pozostające na rynku, a jeśli tak, to jak. Jeżeli sprzedaż ta mogłaby zostać rozproszona pośród wielu firm, jej transfer do nabywcy miałby istotny wpływ na konkurencję. Gdyby natomiast, większość sprzedaży przeszła do nabywcy upadającej firmy, to fuzja taka miałaby niewielki wpływ na konkurencję³²⁵.

W świetle praktyki niemieckiej na dokonanie fuzji z udziałem upadającej firmy może być udzielona zgoda, jeżeli spełniony jest (kumulatywnie z innymi) także warunek wyrażający się w oczekiwaniu, że udziały w rynku firmy upadającej w pełni przypadną firmie przejmującej nawet wtedy, gdy zamierzona fuzja nie dojdzie do skutku (tj. w przypadku wyjścia z rynku firmy upadającej). Praktyka niemiecka pozostaje więc na etapie wersji występującej w standardzie *Kali und Salz*, użytecznej przede wszystkim w przypadku fuzji, w wyniku której nastąpi zmiana struktury rynku z duopolu na monopol. W rezultacie restrykcyjnego stosowania także tej przesłanki³²⁶, Federalny Urząd Kartelowy zgodził się na wydanie zgody warunkowej na skutek zastosowania FFD w sprawie *Imation/EMTEC*, gdyż w tym przypadku, gdyby EMTEC został wyparty z rynku, i tak jego cały udział w rynku przypadłby spółce *Imation*³²⁷.

Także w innych państwach europejskich warunek utraty aktywów jest formułowany w praktyce decyzyjnej i ewentualnie w Wytycznych. We Francji został on uznany za spełniony, mimo ryzyk wynikających z tworzenia

³²² A. Bavasso, A. Lindsay, *Causation in EC Merger Control*, s. 194.

³²³ Tamże, s. 191.

³²⁴ Brytyjskie Wytyczne w sprawie fuzji horyzontalnych z 2010 r., pkt 4.3.8. i 4.3.18., s. 23 i 25.

³²⁵ Tamże, pkt. 4.3.18., s. 25.

³²⁶ Zob. V. Emmerich, *Kartellrecht*, s. 480; U. Schwalbe, D. Zimmer, *Law and Economics in European Merger Control*, s. 318; zob. D. Seelinger, S. Altham, Case Comment. Germany, *Data tape cartridges*, N 42.

³²⁷ BKartAWuW/E DE-V 848 – *Imation/EMTEC* (2003).

kolektywnej pozycji dominującej³²⁸, w sprawie neutralnej dla konsumentów fuzji *EBSCO/Rowecom France*³²⁹. Tak jak we Francji warunek ten jest formułowany również w Polsce.

Analizując orzecznictwo i reguły *soft law* różnych krajów wskazać należy, iż dla zastosowania FFD konieczne jest udowodnienie, że aktywa upadającej firmy, gdyby nie zostały przejęte (a więc gdyby nie były dalej obecne na rynku), zostałyby bezpowrotnie stracone ze szkodą dla konkurencji i konsumentów. Szkada ta powstaje jednak tylko wtedy, gdy miejsca tych aktywów nie mogą zająć inne aktywa (innych firm), generujące sprzedaż. Tak jest w szczególności wtedy, gdy nabywcą jest jedyny lub jeden z nielicznych konkurentów, któremu te aktywa (a także udziały w rynku) i tak przypadłyby wtedy, gdy przejmie upadające przedsiębiorstwo.

3. Formalnoprawne przesłanki stosowania obrony argumentem upadającej firmy

W przeciwieństwie do ewaluacji zamierzonych i zgłoszonych koncentracji na podstawie interesów publicznych innych niż ochrona konkurencji oraz możliwości zastosowania środków zaradzających stwierdzonym na gruncie testu konkurencji zagrożeniom konkurencji (*competititon concerns*)³³⁰, wdrażanie reguł udzielania zgód wyjątkowych, w szczególności na dokonanie koncentracji z udziałem upadającej firmy, nie wykazuje żadnych szczególnych uwarunkowań instytucjonalnych, proceduralnych czy sankcyjnych; w zdecydowanej większości porządków prawnych **koncepcja czy doktryna obrony przed zakazem antykonkurencyjnej koncentracji przy pomocy argumentu upadającej firmy (FFD) stosowana jest bowiem w ramach podstawowego, ekonomicznego testu konkurencji** (głównie istotnego ograniczenia konkurencji).

W ocenie skutków koncentracji z udziałem upadającej firmy biorą udział **te same organy** (instytucje), **które stosują ekonomiczny test konkurencji** i udzielają zgody lub zakazują dokonania koncentracji. Są to najczęściej organy administracji publicznej właściwe w sprawach konkurencji, które albo dokonują oceny zgłoszonych do nich zamiarów koncentracji jako jedyne (wyłącznie), albo po dokonaniu ich wstępnej oceny, wnoszą sprawę (w trybie rekomendacji, oskarżenia publicznego lub powództwa cywilnego) do innego

³²⁸ Francuskie Wytyczne w sprawie fuzji horyzontalnych z 2010 r., pkt 520, s. 134.

³²⁹ Tamże, pkt 519, s. 133.

³³⁰ Są one prezentowane w rozdziale III podrozdział 5 i w rozdziale IV podrozdział 6 niniejszej monografii.

organu administracji lub sądu, który dokonuje ich oceny właściwej (głównej) i wydaje decyzję lub wyrok, wyrażający zgodę lub zakazujący dokonania danej koncentracji. Sprawy koncentracji mogą też niekiedy być wnoszone bezpośrednio do sądów powszechnych w drodze powództwa prywatnego (*private enforcement*) przez firmy (przedsiębiorstwa, przedsiębiorców) lub inne podmioty, które mają interes prawny w wykazaniu szkody powodowanej przez daną koncentrację. W przypadku dokonywania oceny koncentracji z udziałem upadającej firmy przez dwa lub więcej organy administracji i sądy może mieć miejsce różnicowanie bazujące np. na wyborze innych sytuacji *counterfactual*; tak jest np. w wielu sprawach przed brytyjskimi organami ochrony konkurencji. Dokonujący wstępnej oceny koncentracji z udziałem upadającej firmy Urząd ds. Uczciwego Handlu przyjmuje z reguły (głównie z uwagi na krótki termin dokonania tej oceny) jedną sytuację *counterfactual* (najczęściej wyjście takiej firmy z rynku), podczas gdy Komisja Konkurencji może – jako że ma więcej czasu na taką analizę – przyjąć inną lub wiele różnych sytuacji *counterfactual*. Podobna sytuacja może mieć miejsce np. w USA, gdzie koncentracja może być niekiedy oceniana najpierw przed sędzią administracyjnym w ramach Federalnej Komisji Handlu, a potem, na skutek interwencji Departamentu Sprawiedliwości – przez sąd powszechny.

Zróżnicowana ocena skutków koncentracji z udziałem upadającej firmy przez różne organy administracji i/lub sądy jest oczywiście możliwa **zwłaszcza** wtedy, **gdy postępowania** w sprawach koncentracji są **dwufazowe**. Z sytuacją taką mamy do czynienia nie tylko wtedy, gdy instytucjonalny model wdrażania reguł kontroli koncentracji jest pluralistyczny lub dualistyczny (sądowy, administracyjny lub mieszany – sądowo-administracyjny), ale także wtedy, gdy jest to monokratyczny lub kolegialny model monistyczny, w którym zapewnione jest rozdzielenie funkcji dochodzeniowych (inkwizycyjnych) i decyzyjnych (orzeczniczych). Instytucjonalne i proceduralne problemy są raczej mało prawdopodobne tylko w państwach, w których wdrażanie reguł konkurencji dokonuje się w modelu monistyczno-monokratycznym (np. w Polsce i Estonii). Ponieważ jednak np. w Polsce odwołanie od decyzji Prezesa UOKiK składa się do SOKiK, który jest sądem pierwszoinstancyjnym, **różna ocena** skutków koncentracji czy **przesłanek stosowania argumentu upadającej firmy przez organ administracji** (możliwego w świetle praktyki decyzyjnej Prezesa UOKiK) **i sądy**, jest również możliwa. Z uwagi na fakt, że w Polsce koncepcja FFD nie została jeszcze ani razu zastosowana dla uniknięcia zakazu (uzyskania zgody wyjątkowej), stanowiska tego nie można zweryfikować.

Można postawić pytanie, **czy argument upadającej firmy może być stosowany** w sprawach konkurencji **z urzędu** (*ex officio*). W tych systemach,

w których występuje klasyczna (sądowa) obrona argumentem upadającej firmy przed zakazem, o który wnosi władza publiczna, lub uznaniem przez podmiot prywatny koncentracji za sprzeczną z prawem (nielegalną), a w konsekwencji mogącą powodować szkody, jest to oczywiście niemożliwe. W sytuacjach, gdy koncentracja oceniana jest w ramach podstawowego, ekonomicznego testu konkurencji organ ochrony konkurencji, analizując czy istnieje **związek przyczynowy** między pogorszeniem sytuacji konkurencyjnej a badaną koncentracją, może uwzględnić argument upadającej firmy z urzędu, a więc także wtedy, gdy argument ten nie został wcześniej powołany przez zgłaszającego zamiar koncentracji³³¹. Także obowiązek uwzględnienia tzw. sytuacji *counterfactual* implikuje możliwość uwzględnienia argumentu upadającej firmy przez sam organ ochrony konkurencji; za takim stanowiskiem przemawia też np. praktyka brytyjskiej Komisji Konkurencji wyboru innych sytuacji *counterfactual*, niż ta którą analizował Urząd ds. Uczciwego Handlu. Uwzględnianie argumentu upadającego przedsiębiorcy przez Prezesa UOKiK *ex officio* w każdym przypadku, gdy badanie wpływu koncentracji na rynek prowadzi do wniosku, że powinna być ona zakazana, jest natomiast mocno wątpliwe³³². W moim przekonaniu wymogu takiego nie można wyprowadzić z normy kompetencyjnej art. 18 uokik, chyba że Prezes UOKiK uzna, że u podstaw jej rozumienia leży zasada związku przyczynowego lub zasada *counterfactual*; nawet wtedy jednak, ani np. niemieckie, ani brytyjskie organy ochrony konkurencji nie stosują jej *ex officio*, a dopiero wtedy, gdy strony koncentracji powołują się na którąś z nich lub na test FFD.

Szczególnie w przypadku modeli instytucjonalnych, w których występuje więcej niż jeden organ ochrony konkurencji, a postępowanie w sprawie koncentracji jest dwufazowe (w ramach samej administracji lub w wyniku przekazywania przez nią sprawy do sądu), prawo i/lub praktyka musi odpowiedzieć na pytanie, **na jakim etapie takiego postępowania** (przed jakim organem) **argument upadającej firmy może i/lub powinien być przedstawiony**. W USA np. argument upadającej firmy może być podniesiony i skutecznie przeprowadzony już na etapie badania zgłoszonej fuzji przez organy antytrustowe (Federalna Komisja Handlu oraz Departament Sprawiedliwości); nie podejmą one wtedy działań w celu jej zablokowania. Jeżeli natomiast organy te uznają, że w świetle uzyskanych od stron informacji, argument ten nie znajduje zastosowania w badanej sprawie i wystąpią przeciw niej do sądu, albo jeżeli do sądu wystąpią podmioty prywatne, pozwane firmy

³³¹ V. Baccaro, *Failing Firm Defence...*, s. 21.

³³² Praktyka taka jest krytykowana [w:] S. Syp, *O doktrynie upadającej firmy w polskim prawie konkurencji*, Gazeta Finansowa z 15.07.2011 r.

muszą przedstawić argumenty przeciwne już w odpowiedzi na pozew³³³. Podobnie jest w państwach pozaeuropejskich i europejskich, w których ostatecznej oceny sytuacji konkurencyjnej bez dokonania koncentracji dokonują sądy lub inne (niż organy inkwizycyjne) organy administracji publicznej (np. w Kanadzie czy w Wielkiej Brytanii). Także w instytucjonalnych modelach wdrażania reguł konkurencji, w których całe (dwu- lub jednofazowe) postępowanie w sprawach koncentracji zamyka się w ramach administracji publicznej, **argument upadającej firmy może lub powinien być podnoszony na możliwie wstępnym etapie postępowania**; nic nie stoi na przeszkodzie, aby został podniesiony już w zgłoszeniu zamiaru koncentracji. **Wyjątkowa** (bezwartkowa) **zgoda** na dokonanie koncentracji na podstawie argumentu upadającej firmy **może wtedy być wydana już na zakończenie pierwszej fazy postępowania**. Organ administracji prowadzące postępowanie w sprawach koncentracji mają najczęściej takie uprawnienie także wtedy, gdy są przede wszystkim organami dochodzeniowymi (inkwizycyjnymi). Mogą one jednak uznać, że przesłanki koncepcji czy obrony przed zakaz koncentracji na podstawie argumentu upadającej firmy nie są spełnione i **przekazać sprawę** do organu administracji, będącego przede wszystkim organem decyzyjnym, **w drodze rekomendacji zakazania** danej koncentracji **lub decyzji o wszczęciu postępowania** głównego **z powodu poważnych wątpliwości** (*serious doubts*), jakie ona budzi mimo przedstawionego i udokumentowanego przez strony argumentu upadającej firmy.

W każdym porządku prawnym, w którym dopuszczalne jest wydanie zgody na dokonanie antykonkurencyjnej koncentracji w trybie obrony sądowej lub koncepcji bazującej na podstawie argumentu upadającej firmy, na stronach koncentracji (najczęściej zgłaszającym zamiar jej dokonania) spoczywa ciężar dowodu w postępowaniu sądowym (np. w USA)³³⁴ lub administracyjnym. W UE, jeszcze przed wydaniem Wytycznych w sprawie oceny koncentracji horyzontalnych, zarówno praktyka decyzyjna i orzecznictwo, jak i doktryna jednoznacznie wskazywały, że ciężar dowodu (*burden of proof*) – wykazania braku związku przyczynowego między koncentracją a negatywnymi skutkami dla konkurencji wynikającymi z wyjścia jednej ze stron koncentracji

³³³ Zob. np. wyrok w sprawie *United States v. M.P.M., Inc.*, 397 F. Supp. 78, 95 (D. Colo. 1975).

³³⁴ Zob. np. wyrok w sprawie *United States v. Gen. Dynamice Group*, 415 U.S. 450, 507 (1974); zob. także T. Troy Paredes, *Note, Turning the Failing Firm Defence Into A Success: A Proposal to Revise the Horizontal Merger Guidelines*, (1996) 13 *Yale Journal of Regulation*, s. 347 i 361; V. Baccaro, *Failing Firm Defence...*, s. 12; I. Kokkoris, *Failing Firm Defence...*, s. 496–497.

z rynku – leży na stronie zgłaszającej³³⁵. Najpełniej zostało to wyrażone już w decyzji w sprawie *Kali und Salz*³³⁶. To strona musi wykazać spełnienie każdego z trzech warunków testu FFD, a także to, że pogorszenie struktury konkurencji na rynku nie jest spowodowane przez daną koncentrację. U podstaw tego stanowiska leży przekonanie, że istnieje domniemanie, iż pogorszenie sytuacji konkurencyjnej jest skutkiem badanej koncentracji³³⁷. Stanowisko to zostało w pełni potwierdzone w pkt 91 Wytycznych w sprawie fuzji horyzontalnych, które stanowią wprost, że „[t]o zgłaszające strony muszą we właściwym czasie dostarczyć wszystkie informacje konieczne do wykazania, iż pogorszenie struktury konkurencyjnej, które następuje po połączeniu nie jest spowodowane tym połączeniem”³³⁸. Sformułowanie to nie operuje pojęciem „ciężar dowodu” (*burden of proof*), ale tak jest powszechnie rozumiane³³⁹. Nie różni się tym samym od sposobu określania ciężaru dowodu na spełnienie przesłanek stosowania np. obrony argumentem korzyści efektywnościowych³⁴⁰. W moim przekonaniu, na stronach koncentracji leży jednak raczej tylko ciężar prezentowania materiału dowodowego (*burden of presenting evidences, evidential burden*), natomiast ciężar ich oceny (*burden of persuasion*) z punktu widzenia spełniania przesłanek koncepcji upadającej firmy leży zawsze na organie ochrony konkurencji³⁴¹.

Warto dodać, iż formalne nałożenie na uczestników koncentracji podnoszących argument upadającej firmy ciężaru udowodnienia, że przesłanki testu FFD są w danym wypadku spełnione, nie oznacza – przynajmniej w praktyce unijnej – bierności organu ochrony konkurencji. Jak się podnosi w literaturze, KE prowadzi w praktyce dogłębne badania poszczególnych przesłanek testu FFD, mające potwierdzić, że upadające przedsiębiorstwo „jest prawdziwym bankrutem” (*is truly bankrupt*), a także wskazać kim są

³³⁵ Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, s. 772–773; C.J. Cook, C.S. Kerse, *EC Merger Control*, 2000, s. 179. J. Faull and A. Nickpay, *The EC Law of Competition*, s. 511; E. Navarro Varona, A. Font Galarza, J. Folguera Crespo, J. Briones Alonso, *Merger Control in the EU*, s. 336; V. Baccaro, *Failing Firm Defence...*, s. 13.

³³⁶ Decyzja KE w sprawie IV/M.308 *Kali und Salz/MDK Treuhand* (Dz. Urz. WE 2004 L 110/73), pkt 72.

³³⁷ Tamże.

³³⁸ Wytyczne KE w sprawie oceny koncentracji horyzontalnych z 2004 r., pkt 91 (w oficjalnym tłumaczeniu w Dz. Urz. UE 2004 C 31/5, s. 19).

³³⁹ R. Whish, *Competition Law*, s. 864.

³⁴⁰ Wytyczne KE w sprawie oceny koncentracji horyzontalnych z 2004 r., pkt 87; zob. także DG Competition Best Practices on the conduct of EC merger proceedings, 20/01/2004, dostępne na: <http://ec.europa.eu/competititon/mergers/legislation/proceedings.pdf>, pkt 18.

³⁴¹ Tak w przypadku ciężaru dowodu na okoliczność korzyści efektywnościowych uważa K. Tosza w (niepublikowanej jeszcze) rozprawie doktorskiej pt. *Efficiencies in EU Competititon Law*, s. 404.

i czym charakteryzują się potencjalni nabywcy oraz czy zakaz koncentracji byłby decyzją „najlepszą dla konkurencji” (*least affect competition*)³⁴². Autorzy ci uważają, że KE pełni w tym zakresie „aktywną, prawie interwencyjną rolę” (*active, almost interventionist role*), kontaktując się z konkurentami w celu ustalenia, czy mogliby oni być zainteresowani nabyciem bankrutującego przedsiębiorstwa³⁴³.

Jak się wydaje, także **ocena stopnia spełnienia przesłanek** koncepcji czy obrony przed zakazem na podstawie **argumentu upadającego przedsiębiorstwa**, dokonywana – jak stwierdzono wyżej – w ramach postępowań przed podstawowymi (administracyjnymi i/lub sądowymi) organami ochrony konkurencji, **musi odpowiadać takim samym standardom dowodu**, jakie obowiązują w **przypadku oceny stopnia spełnienia testu konkurencji** (strukturalnych i funkcjonalnych analiz zamierzonych koncentracji, w tym analiz czynników równoważących lub wzmacniających skutki antykonkurencyjne w zakresie struktury rynku). Stanowisko to znajduje swoje uzasadnienie także w tym, że w niektórych porządkach prawnych (w UE i w niektórych jej państwach członkowskich) obrona argumentem upadającego przedsiębiorstwa jest *explicite* traktowana jako czwarty czynnik funkcjonalny oceny koncentracji, bardzo bliski analizom wejść na rynek lub wyjść z rynku i analizom korzyści efektywnościowych³⁴⁴. Należy więc przyjąć, że to organ ochrony konkurencji decyduje ostatecznie (na podstawie informacji przedstawionych przez strony) o tym, czy ww. przesłanki argumentu upadającego przedsiębiorstwa (upadające przedsiębiorstwo, brak alternatywy i strata aktywów) są spełnione. Tak jak w przypadku ciężaru dowodu na okoliczność spełnienia podstawowego (ekonomicznego) testu konkurencji (a w jego ramach wszelkich strukturalnych i funkcjonalnych oceny skutków zamierzonej koncentracji) organ ochrony konkurencji musi wykazać (udowodnić), że **najbardziej prawdopodobnym**³⁴⁵ skutkiem dokonania koncentracji za jego zgodą (na podstawie argumentu upadającej firmy) będzie sytuacja konkurencyjna, która przynajmniej nie będzie gorsza niż sytuacja konkurencyjna, jaka miałaby miejsce w przypadku zakazania dokonania danej koncentracji³⁴⁶, a więc nie uratowania (upadku) przejmowanej firmy.

³⁴² E. Navarro Varona, A. Font Galarza, J. Folguera Crespo, J. Briones Alonso, *Merger Control in the EU*, s. 339.

³⁴³ Tamże.

³⁴⁴ Wytyczne KE w sprawie oceny koncentracji horyzontalnych z 2004 r., pkt 87.

³⁴⁵ Na ten temat napisałem szeroko w głosie do wyroku ETS w sprawie *Bertelsmann/Sony*; zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 10.07.2008 r. w sprawie C-413/06 P *Bertelsmann AG i Sony Corporation of America przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*..., s. 126 i d.

³⁴⁶ V. Baccaro, *Failing Firm Defence*..., s. 12.

Rozdział III

Zgody nadzwyczajne (nieskuteczność zgody albo uchylenie lub odstąpienie od zakazu)

1. Nieskuteczność zgody albo uchylenie lub odstąpienie od zakazu koncentracji na podstawie kryteriów interesu publicznego innych niż ochrona konkurencji

Konkurencja nie jest jedyną wartością, na której opierają się współczesne systemy społeczno-gospodarcze i prawne państw i organizacji między- lub ponadnarodowych. **Ochrona konkurencji nie jest jedynym interesem publicznym**, który jest chroniony (w drodze egzekwowania *ex post* zakazów lub nakazów traktatowych lub ustawowych) lub zapewniany (w drodze ustanawiania i realizacji polityk publicznych i innych interwencji publicznych podejmowanych *ex ante*). Dotyczy to w całej rozciągłości także **ochrony konkurencji przed nadmierną koncentracją**.

Ochrona konkurencji przed nadmierną koncentracją ma na celu przede wszystkim **uniemożliwienie powodowania** przez konkretne (zindywidualizowane) operacje koncentracyjne **obniżenia efektywności gospodarowania, a przez to poziomu dobrobytu ekonomicznego** (*economic welfare*) w skali państw, regionów lub globalnie. Operacje te muszą więc być badane i oceniane z punktu widzenia tego, czy mogą powodować **negatywne skutki w sferze cen** płaconych ostatecznie przez konsumentów, ale **także w sferze pozacenowych wyznaczników poziomu dobrobytu konsumentów** – np. jakości, innowacji (*consumer welfare*). Jeżeli ich nie powodują, winny być dopuszczone, a jeżeli je powodują winny być zakazane *ex lege* lub zakazywane przez organy ochrony konkurencji. Nie ma znaczenia, czy decyzje te podejmowane są na podstawie pojedynczego lub podwójnego ekonomicznego testu

konkurencji czy ekonomicznego testu bilansującego pozytywne i negatywne skutki koncentracji dla konkurencji na różnych rynkach¹.

Jak już wskazano, w krajowych porządkach prawnych kontroli koncentracji **ekonomiczny test konkurencji**, uwzględniający m.in. (równoważące) aspekty efektywności i postępu technicznego, jest **podstawowym, ale nie wyłącznym kryterium oceny koncentracji**. Przeprowadzone badania wyraźnie wskazują jednak, że są dwa rodzaje odstępstw od tej reguły ocen dokonywanych na gruncie ustaw o ochronie konkurencji. Po pierwsze, występują niekiedy rozwiązania, w których na podstawie ustawy o ochronie konkurencji organ ochrony konkurencji dokonuje oceny zamierzonej koncentracji na podstawie **generalnego**, normatywnie niezdefiniowanego **testu interesu publicznego**, albo **testu bilansującego o charakterze ekonomiczno-społecznym**. Obejmują one, obok ekonomicznego testu konkurencji, także inne wartości (interesy) publiczne, których równoległe spełnienie ustawodawca uważa za konieczne. W praktyce nie musi to jednak oznaczać, że w kraju, w którym ewaluacja koncentracji dokonuje się na podstawie takich testów, inne niż ochrona konkurencji interesy (wartości) publiczne przeważają; przeciwnie nawet pod rządami takich modeli materialnoprawnych ekonomiczny test konkurencji może w praktyce dominować. Po drugie, ustawy o ochronie konkurencji ustanawiają niekiedy **odrębne** (inne niż uniwersalne) **reguły oceny koncentracji dla określonych sektorów gospodarki** (np. dla sektorów mediów publicznych czy usług finansowych). W obu sytuacjach można wprawdzie mówić o przyznaniu ekonomicznemu testowi konkurencji rangi priorytetowej, ale też o umożliwieniu uwzględniania (dopuszczeniu) także innych wartości (interesów) publicznych. Inne interesy publiczne są jednak uwzględniane i często dominujące na gruncie ustaw szczególnych publicznego prawa gospodarczego.

Konkretne operacje koncentracyjne mogą bowiem nie szkodzić ekonomicznemu dobrobytowi konsumentów, ale mogą powodować **obniżenie poziomu dobrobytu społecznego** (*social welfare*); operacje te mogą bowiem zagrażać wartościom takim jak: ład demokratyczny (w tym np. wolność słowa), sprawiedliwość (w tym np. równość dostępu do dóbr i usług) czy bezpieczeństwo (tak zewnętrzne, jak i wewnętrzne), których ochronę zapewniają akty prawa międzynarodowego oraz konstytucje i inne akty prawa krajowego. Nawet jeśli stopień zaspokajania tych wartości zależy w pewnym stopniu także od efektywności gospodarki i skuteczności konkurencji, to jednak mogą one być istotnie naruszane działaniami przedsiębiorstw (przedsiębiorców), którzy – korzystając z gwarancji własności prywatnej

¹ Zob. szerzej w rozdziale I niniejszej monografii.

i indywidualnej wolności gospodarczej – dokonują przekształceń strukturalnych w gospodarce w drodze operacji koncentracyjnych. Jeżeli tak jest, to nawet jeśli koncentracje takie nie ograniczają konkurencji (dobrobytu ekonomicznego) są one *ex lege* lub mogą być decyzją organów stosowania prawa konkurencji zakazane jako naruszające inne niż ochrona konkurencji interesy publiczne.

W konsekwencji, jednym z podstawowych problemów, przed którymi stali – w okresie ostatnich dziesięcioleci – i nadal stoją prawodawcy w skali państw i regionów jest **określenie relacji między** leżącym u podstaw wolnej i otwartej gospodarki rynkowej **interese publicznym w ochronie konkurencji przed nadmierną koncentracją** szkodzącą ekonomicznemu dobrobytowi konsumentów **a różnymi innymi**, zdefiniowanymi i chronionymi prawnie **interesami publicznymi**, które – w określonych okolicznościach – muszą być również uwzględnione w ocenie konkretnych operacji koncentracyjnych. Prawodawcy musieli (muszą) w szczególności określić, **czy jednemu z tych rodzajów interesów publicznych** – ochronie konkurencji (tu: przed nadmierną koncentracją) lub jakiemuś innemu interesowi publicznemu (np. pluralizmowi mediów, stabilności systemu finansowego czy braku dominacji obcego kapitału) – **przyznać pierwszeństwo** (priorytet) przed ochroną konkurencji, czy też **oba te rodzaje interesów publicznych traktować** lub kazać traktować **równorzędnie**, a **rozstrzygnięcie** ewentualnego **konfliktu** tych **interesów** w przypadku określonej operacji koncentracyjnej **powierzyć** określonemu **organowi władzy publicznej**. Oczywiście jest, że współcześnie (zob. rozważania zawarte w rozdziale I niniejszej monografii) dylemat ten nie sprowadza się już do odpowiedzi na pytanie, **czy ocena koncentracji** (zwłaszcza zamierzonych) **dokonyje się wyłącznie na podstawie ekonomicznego testu konkurencji** (*economic competition test*)².

Stojąc na gruncie rozważań z zakresu prawa kontroli koncentracji³, dylemat powyższy – identyfikację czy wybór rodzaju relacji między interesem publicznym w ochronie konkurencji a innymi interesami publicznymi – można sprowadzić do analizy dwóch sytuacji praktycznych:

- 1) **zgoda na dokonanie koncentracji na gruncie ekonomicznego testu konkurencji – zakaz na gruncie innego testu interesu publicznego**; sytuacja ta ma miejsce wtedy, gdy zastosowanie ekonomicznego testu konkurencji prowadzi do stwierdzenia, że badana koncentracja nie ograniczy (skutecznej) konkurencji, gdyż nie spowoduje trwałego wzrostu cen

² Zob. tamże.

³ Rozważania te można bowiem prowadzić także na gruncie ekonomii i prawa regulacji sektorowych (np. telekomunikacji, energetyki, transportu, usług medialnych czy usług finansowych), co nie jest celem niniejszej monografii.

i/lub nie pogorszy innych (pozacenowych) parametrów konkurowania; w konsekwencji organ ochrony konkurencji powinien wydać lub wydać zgodę na jej dokonanie, a ewentualny zakaz takiej koncentracji może być wydany tylko na podstawie testu interesu publicznego innego niż ochrona konkurencji, czyli interesu publicznego nie związanego z konkurencją (*non-competition public interest test*);

- 2) **zakaz dokonania koncentracji na podstawie ekonomicznego testu konkurencji – zgoda na podstawie innego testu interesu publicznego**; z sytuacją taką mamy do czynienia wtedy, gdy zastosowanie ekonomicznego testu konkurencji prowadzi do stwierdzenia, że badana koncentracja ograniczy (skuteczną) konkurencję, gdyż spowoduje trwałą wzrost cen i/lub pogorszy inne (pozacenowe) parametry konkurowania; w konsekwencji organ ochrony konkurencji powinien zakazać lub zakazuje jej dokonania, a ewentualne odstępianie od wydania zakazu lub zgoda na dokonanie takiej koncentracji może nastąpić tylko na podstawie testu interesu publicznego innego niż ochrona konkurencji (nie związanego z konkurencją).

Poza sytuacją, w której ekonomiczny test konkurencji byłby jedynym (wyłącznym) testem ewaluacji zgłaszanych koncentracji, czyli wtedy, gdy określone operacje koncentracyjne nie są przez ustawodawców poddawane żadnej odrębnej lub dodatkowej – rodzajowej lub sektorowej – regulacji publicznoprawnej, co jest jednak mało prawdopodobne, można powiedzieć, że w badanych porządkach prawnych kontroli koncentracji rozwiązanie obu ww. sytuacji praktycznych dokonuje się różnymi sposobami; daje się je jednak sklasyfikować w **cztery rodzaje relacji między (ekonomicznym) testem konkurencji a innymi testami interesu publicznego**:

- 1) odwrotności powyższej sytuacji, tj. **przyznania pełnego priorytetu innemu interesowi publicznemu nad interesem publicznym w ochronie konkurencji**, a w konsekwencji **całkowitym wyłączeniu** określonych rodzajów koncentracji **spod generalnych reguł kontroli koncentracji** – przede wszystkim w celu umożliwienia niedopuszczenia do dokonania koncentracji ze względu na określone testy interesu publicznego (np. wymogi bezpieczeństwa publicznego i obrony narodowej czy inaczej rozumianego istotnego interesu państwa); priorytet ten (wyłączenie to) może być (ustanowione) przez ustawy o ochronie konkurencji lub ustawy szczególne;
- 2) **poddaniu koncentracji** określonego rodzaju (np. koncentracji będącej elementem przedsięwzięć prywatyzacyjnych lub postępowań likwidacyjnych) lub określonego sektora (np. koncentracji sektorach usług medialnych czy bankowych) **odrębnemu (specjalnemu) testowi konkurencji**, wążącemu różne interesy publiczne;

- 3) poddaniu przez prawodawcę ochronie zarówno interesu publicznego w ochronie konkurencji, jak i innych interesów publicznych, ale **przyznanie priorytetu interesowi publicznemu innemu niż ochrona konkurencji** (np. w przypadku sektorów regulowanych);
- 4) **ustawowym uznaniu równorzędności interesów publicznych** w ochronie konkurencji oraz innych niż ochrona konkurencji i **przyznaniu określonemu organowi władzy publicznej kompetencji do ważenia tych interesów** w ocenie danej koncentracji i podjęcia decyzji na podstawie tego interesu, który w niej przeważa.

Pozostając na gruncie rozważań z zakresu prawa kontroli koncentracji należy zauważyć, że wspólną cechą trzech pierwszych relacji jest **przyznanie** określonym **interesom publicznym priorytetu nad interesem publicznym w ochronie konkurencji już na poziomie ustawodawstwa**. Oznacza to, że w przypadku konkretnych zamierzonych koncentracji albo w ogóle nie dokonuje się ich oceny na podstawie ekonomicznego testu konkurencji, albo – nawet gdy się jej dokonuje – ewentualna **zgoda** na dokonanie koncentracji wydanej na podstawie ekonomicznego testu konkurencji jest **nieskuteczna**⁴; zgoda taka jest oczywiście skuteczna, gdy badana koncentracja ani nie ogranicza konkurencji, ani nie szkodzi innym interesom publicznym⁵. Tak jest np. w przypadku zgody Komisji Europejskiej na dokonanie transgranicznej koncentracji o wymiarze unijnym, która wydawana jest wyłącznie na podstawie ekonomicznego testu konkurencji, ale **może** nie wystarczyć, gdy państwo członkowskie UE, zgodnie z art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004, powoła się na swój uznany *explicite* lub inny „interes uprawniony”⁶. Tylko w przypadku czwartej z tych relacji ustawodawca nie przyznaje *ex lege* priorytetu interesowi publicznemu innemu niż ochrona konkurencji, ale przyznanie takiego priorytetu dopuszcza w procesie stosowania prawa.

Pełny prymat interesu publicznego innego niż ochrona konkurencji. W krajowych porządkach prawnych kontroli koncentracji wyraża się on poprzez **wyłączenie w ustawie ochrony konkurencji określonych transakcji koncentracyjnych** spod stworzonych przez nie **reguł kontroli koncentracji**. Po pierwsze wyłączenie takie może polegać i bardzo **często** polega na

⁴ Przez „nieskuteczność” zgody będzie w tym rozdziale rozumiana tylko taka sytuacja, w której zgoda na dokonanie koncentracji, nawet jeśli zostanie wydana (np. przez Komisję Europejską lub krajowy organ ochrony konkurencji), nie będzie wystarczająca (nie będzie wystarczającą podstawą prawną) dla jej legalnego przeprowadzenia (skonsumowania).

⁵ W praktyce, tego rodzaju sytuacja jest zasadą; konflikt ww. interesów publicznych, w którego konsekwencji określona koncentracja jest dopuszczona na podstawie ekonomicznego testu konkurencji, a zakazana na podstawie innego interesu publicznego – jest rzadko występującym wyjątkiem.

⁶ Sytuacja ta będzie szczegółowo analizowana w pkt 2.2 niniejszego rozdziału.

wyjęciu określonych operacji (transakcji) koncentracyjnych spod obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji, czyli na ustawowym uznaniu, że określone transakcje (operacje) koncentracyjne nie spełniają tzw. przesłanek jurysdykcyjnych (nie są koncentracjami w rozumieniu ustawy lub nie przekraczają określonych w ustawie progów ich zgłaszania organowi ochrony konkurencji)⁷. Po drugie może nastąpić **wyłączenie** określonych – **potencjalnie antykonkurencyjnych** – rodzajów **koncentracji** lub – szerzej – „**ograniczeń konkurencji**” **spod oceny (ewaluacji) z punktu widzenia ekonomicznego testu konkurencji**; tak jest np. w Polsce na podstawie art. 3 uokik z 2007 r.⁸

Zastąpienie generalnego testu interesu publicznego w ochronie konkurencji specjalnym testem interesu publicznego w ochronie konkurencji i innych wartości. W zdecydowanie przeważającej ilości państw reguły kontroli koncentracji mają **charakter uniwersalny** (generalny), czyli znajdują zastosowanie do **koncentracji** wszelkiego rodzaju lub koncentracji dokonywanych **we wszystkich sektorach gospodarki**⁹. Do wszystkich takich koncentracji mają zatem zastosowanie zarówno podstawowy ekonomiczny test konkurencji (test IOK, test SIEC) lub ekonomiczny test bilansujący, jak i ewentualnie inne kryteria nie związane z konkurencją (*con-competition criteria*). Od zasady tej są jednak odstępstwa. W niektórych krajach ustawodawstwo **wyłącza** spod generalnych reguł kontroli koncentracji operacje koncentracyjne dokonywane w niektórych sektorach i tworzy dla nich **sektorowe reguły kontroli koncentracji**. Warto jednak podkreślić, że rozwiązania takie występują rzadko, zwłaszcza w państwach pozaeuropejskich, w tym w USA, gdzie ograniczenie zakresu zastosowania testu konkurencji tworzy sam art. 7 Ustawy Claytona. Zawiera on, po pierwsze, wyraźne wyłączenie spod oceny w świetle zawartego w tym przepisie zakazu transakcji antykonkurencyjnych (takich, które „mogą istotnie osłabiać konkurencję lub zmierzać do monopolu”) polegających na nabywaniu przez jednych przewoźników akcji innych przewoźników, nawet jeżeli między nimi nie występuje istotna konkurencja; w międzyczasie wyłączenie to zostało ograniczone ustawowo do przewoźników kolejowych (transakcje takie podlegają ocenie Zarządu Transportu Naziemnego)¹⁰.

⁷ Tak jest np. w prawie UE (art. 1 i 5 rozp. 139/2004) i Polski (art. 13–14 uokik z 2007 r.), gdzie obowiązkowi zgłoszenia nie podlegają operacje koncentracyjne będące elementem postępowania upadłościowego. Jak już jednak wielokrotnie podkreślono wyżej, przesłanki te nie są przedmiotem rozważań w niniejszej monografii; zatem także testy służące definiowaniu tych wyłączeń nie będą poniżej w ogóle analizowane.

⁸ Analiza zakresu tych wyłączeń nie jest przedmiotem niniejszej monografii.

⁹ Dla niektórych sektorów są odrębne przesłanki jurysdykcyjne.

¹⁰ Nie dotyczy już np. przewoźników lotniczych; zob. 49 U.S.C. §§ 1828(c)(6) i (7), 1849(b); zob. także W.T. Miller, D.I. Baker, *United States of America* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 14: September 2007, s. 64-6.

Po drugie, przepis art. 7 *in fine* Ustawy Claytona wyłącza spod zakazu ankurencyjnych fuzji i akwizycji także transakcje już dokonane „prawidłowo, czyli zgodnie z upoważnieniem” wydanym przez Ministra Transportu, Federalną Komisję Łączności, Federalną Komisję Energetyczną, Międzyszanową Komisję Handlu, Komisję Papierów Wartościowych i Giełdy czy Komisję Morską Stanów Zjednoczonych. W innych pozaeuropejskich porządkach prawnych sytuacja taka występuje w przypadku fuzji w sektorach strategicznych (np. w Meksyku¹¹) i sektorze usług bankowych (np. w Brazylii¹²).

Jeśli chodzi o państwa europejskie, w tym należące do UE, to wyłączenia takie dotyczą najczęściej sektorów usług medialnych – usług środków masowego przekazu (np. w Austrii¹³ czy w Irlandii¹⁴) i finansowych; rzadziej dotyczą one innych sektorów i innych rodzajów koncentracji (np. w Wielkiej Brytanii koncentracji z udziałem kontraktorów rządowych).

Odrębne stosowanie ekonomicznego testu konkurencji oraz innego testu interesu publicznego, któremu ustawodawca przyznaje priorytet. Generalnie rzecz biorąc, zdecydowana większość krajowych porządków prawnych kontroli koncentracji, w tym systemów oceny koncentracji transgranicznych nie mających wymiaru unijnego (w państwach członkowskich UE) lub koncentracji o wymiarze narodowym¹⁵, zbudowana jest **na zasadzie rozdzielności kontroli** koncentracji z punktu widzenia ekonomicznego testu konkurencji oraz innych testów interesu publicznego, czyli **odrębności stosowania ekonomicznego testu konkurencji** (przez organy ochrony konkurencji) oraz **innych (specjalnych) testów interesu publicznego** (przez inne organy władzy publicznej). Wyraża się to przede wszystkim w tym, że ekonomiczny test konkurencji nie leży u podstaw decyzji podejmowanych przez inne organy władzy publicznej, a organy ochrony konkurencji (z nielicznymi wyjątkami¹⁶) nie wydają decyzji na podstawie innych kryteriów interesu

¹¹ Art. 16 meksykańskiej federalnej ustawy o konkurencji gospodarczej z 1994 r.

¹² Zob. J. Regazzini, M Calliari, *Brazil* [w:] *Merger Control 2010*, s. 69.

¹³ Art. 8 i 13 austriackiej federalnej ustawy kartelowej; zob. także F. Urlsberger, S. Stegbauer, *Austria* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 33; A. Reidlinger, Kühnert, *Austria* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 19: April 2010, s. 4–8; A. Reidlinger, A. Zellhofer, *Austria* [w:] *Merger Control 2008*, s. 46.

¹⁴ Art. 23 irlandzkiej ustawy o konkurencji z 2002 r.; zob. także G. FritzGerald, D. Collins, Ph. Andrews, *Ireland* [w:] *Merger Control 2008*, s. 182, 183–184.

¹⁵ Niezależnie od tego, jak są one definiowane, czyli jakie przesłanki jurysdykcyjne muszą spełniać, aby podlegać kontroli koncentracji.

¹⁶ W Grecji, w niektórych sektorach regulowanych (np. w telekomunikacji) generalne reguły kontroli koncentracji są wdrażane przez regulatora sektorowego (Komisja ds. Konkurencji ma tu rolę doradczą); zob. E. Bourtzalas, *Greece* [w:] *ICLG to: Merger Control 2011*, s. 128.

publicznego niż ochrona konkurencji. Nawet tam, gdzie rozdzielenie takie jest realizowane, nie jest ono absolutne; rozdzieleniu kompetencji decyzyjnych towarzyszy bowiem niekiedy wymóg współpracy organów decyzyjnych. U podstaw zasady rozdzielności kontroli koncentracji z punktu widzenia ekonomicznego testu konkurencji oraz innych testów interesu publicznego leży **priorytet interesu publicznego innego niż ochrona konkurencji**. Jeżeli bowiem ocena koncentracji na podstawie testu interesu publicznego innego niż ochrona konkurencji nie pozwoli na wydanie zgody na dokonanie zamierzonej koncentracji, zgoda bazująca na ekonomicznym teście konkurencji będzie nieskuteczna w tym sensie, że nie będzie można się na nią powołać (gdy została wydana) lub nie będzie można jej w ogóle wydać. Zatem taki, potencjalny **konflikt** tych interesów jest **rozwiązany już na gruncie normatywnym**, jako że ustawy o ochronie konkurencji (raczej rzadko) albo inne ustawy publicznego prawa gospodarczego (znacznie częściej), *explicite* przewidują, że koncentracje, które mogą być dopuszczone na podstawie ekonomicznego testu konkurencji, mogą być uznane za niedopuszczalne na podstawie zdefiniowanych w tych ustawach kryteriów interesu publicznego; niezbyt często konflikt taki jest rozwiązywany w drodze decyzji regulatorów sektorowych. Tego rodzaju rozwiązanie znajduje zastosowanie przede wszystkim w tzw. sektorach **regulowanych lub szczególnych**, w których zamierzone i dokonywane transakcje (operacje) koncentracyjne podlegają zgłoszeniu i ocenie na podstawie ustaw o ochronie konkurencji, ale także są oceniane w świetle wartości leżącej (leżących) u podstaw porządku prawnego tego sektora. Zgoda na dokonanie koncentracji, która nie ogranicza konkurencji, ale szkodzi wartościom chronionym przez określoną ustawę publicznego prawa gospodarczego, jest w rzeczywistości nieskuteczna. Rozwiązanie to jest też dosyć szeroko stosowane dla zapewnienia ochrony interesu krajowego w przypadku transakcji koncentracyjnych będących skutkiem tzw. bezpośrednich inwestycji zagranicznych (BIZ).

Priorytet stosowania interesów publicznych niezwiązanych z konkurencją w sektorach szczególnych i regulowanych. Z przeprowadzonych badań wynika, że **rozdzielenie kompetencji w zakresie oceny zamierzonych transakcji koncentracyjnych** jest szczególnie widoczne w państwach pozaeuropejskich, w tym zwłaszcza w USA i w Kanadzie. W USA wyraża się to przede wszystkim w jurysdykcyjnym wyłączeniu spod obowiązku zgłoszenia organom antytrustowym pewnych transakcji wymagających wcześniejszej zgody innych federalnych agencji regulacyjnych lub pewnych akwizycji instytucji finansowych (kredytowych ubezpieczeniowych, inwestorów instytucjonalnych)¹⁷.

¹⁷ Art. 7 Ustawy Claytona, *in fine*.

Jest tak dlatego, że odpowiednie ustawy szczególne przyznają określonym organom (Ministrowi Transportu, Federalnej Komisji Łączności, Federalnej Komisji Energetycznej, Międzystanowej Komisji Handlu, Komisji Papierów Wartościowych i Giełdy czy Komisji Morskiej Stanów Zjednoczonych) kompetencje służące promowaniu wartości takich jak: niezawodność usług, odpowiedniość cen, brak dyskryminacji czy adekwatny zwrot na kapitale w sektorach regulowanych przez te organy. Oznacza to, że prawo amerykańskie zapewnia określony priorytet chronionym w nich wartościom w relacji z interesem publicznym w ochronie konkurencji; współcześnie, sądy amerykańskie nie akceptują już jednak pełnego immunitetu antytrustowego tych organów. Także w Kanadzie zamierzone koncentracje w sektorach federalnych usług finansowych i transportowych, podlegające równolegle ocenie na podstawie testu konkurencji, wymagają ministerialnej zgody opartej na kryteriach szerszej rozumianego interesu publicznego¹⁸. Wreszcie, obok generalnej oceny koncentracji na podstawie kanadyjskich ustaw o konkurencji i o inwestycjach, specjalne reżimy ich ewaluacji istnieją w przypadku sektora usług finansowych, usług transportowych i usług radiowo-telewizyjnych¹⁹. W niewielkim zakresie do koncentracji w sektorach regulowanych na szczeblu federalnym lub prowincji może mieć zastosowanie także – wywodząca się z *common law* – obrona argumentem sektora (działania) regulowanego (*regulated industry/conduct defence*)²⁰.

W innych państwach pozaeuropejskich interes publiczny (*public interest*) inny niż ochrona konkurencji bierze się pod uwagę tylko w ramach procedur regulacyjnych. Koncentracje dokonywane w niektórych, szczególnie mocno regulowanych sektorach wymagają dodatkowo zgody stosownych organów (w Meksyku – w sektorach transportu, telekomunikacji czy usług bankowych²¹, w Brazylii – w sektorach telekomunikacji, ubezpieczeń, ropy i gazu, elektryczności²², w Korei – w telekomunikacji i usługach finansowych²³,

¹⁸ Art. 94 lit. b i c kanadyjskiej ustawy o konkurencji z 1985 r.; zob. także J.W. Rowley, J.F. Clifford, M. Opashinow, *Canada* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 14: September 2007, s. 9-82 i 9-83.

¹⁹ Zob. W. Rowley, N. Campbell, M. Opashinow, *Canada* [w:] *Merger Control 2008*, s. 81.

²⁰ Zob. J.W. Rowley, J.F. Clifford, M. Opashinow, *Canada* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 14: September 2007, s. 9-12, 9-13; zob. także *Technical Bulletin on 'Regulated Conduct'* (June 2006) dostępny na stronie Biura ds. Konkurencji http://www.competitionbureau.gc.ca/PDFs/final_redbulletin_e.pdf.

²¹ Zob. także G. Castañeda, *Mexico* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 15: April 2008, s. 42-6-42-40.

²² Zob. J. Regazzini, M. Calliari, *Brazil* [w:] *Merger Control 2010*, s. 69.

²³ Zob. J.S. Hur, Sai Ree Yun, *Korea* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 20: August 2010, s. 33-30/31.

w Japonii – w przypadku nabywania akcji banków lub towarzystw ubezpieczeniowych²⁴, w Indiach – w sektorach telekomunikacyjnym i radiowo-telewizyjnym)²⁵ lub są przedmiotem dodatkowych ograniczeń (w Australii – w mediach, telekomunikacji²⁶). W RPA w pilnych sytuacjach Minister Finansów może wyrazić zgodę na fuzje bankowe ze względu na interes publiczny (np. przejęcie upadającego banku)²⁷.

Także w krajowych porządkach prawnych w Europie sektorowe ustawy publicznego prawa gospodarczego poddają zmiany w strukturze i własności przedsiębiorstw niektórych sektorów kontroli specjalnych organów, której celem jest realizacja kryteriów niezwiązanych z konkurencją; niekiedy przewidują też obowiązek współpracy tych organów z organami ochrony konkurencji. Tego rodzaju rozwiązanie istnieje w szczególności w sektorach regulowanych, które kiedyś były zmonopolizowane (np. w telekomunikacji, usługach pocztowych, energetyce, pewnych obszarach transportu, w niektórych sektorach usług komunalnych, np. zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków), ale także w niektórych innych sektorach szczególnych (np. w mediach, usługach finansowych). Tak np. niemiecka ustawa kartelowa ma wprowadzić zastosowanie we wszystkich sektorach gospodarki, ale istnieją dodatkowe przepisy szczególne mające zastosowanie do sektorów wcześniej kontrolowanych przez państwo (np. telekomunikacji, usług pocztowych, usług użyteczności publicznej i kolei), służące zapewnieniu skutecznej ochrony konkurencji na rynkach, na których działają wcześniejsi monopoliści. W innych sektorach, takich jak usługi finansowe, ubezpieczenia, media i produkcja środków farmaceutycznych, toksycznych lub uzbrojenia istnieją pewne dodatkowe wymagania²⁸. Niezależnie od generalnej kontroli koncentracji, od 1997 r. funkcjonuje też w Niemczech szczególna kontrola własności w sektorze mediów prywatnych²⁹. Także we Francji istnieją dodatkowe regulacje prawne dla koncentracji dokonywanych w sektorach szczególnych

²⁴ W innych sektorach regulowanych czynniki niekonkurencyjne mogą być rozważane jako część procesu konsultacji z organami regulacyjnymi, np. jeżeli rezultatem fuzji lub akwizycji jest transfer licencji telekomunikacyjnej lub licencji na prowadzenie transportu lotniczego Komisja ds. Uczciwego Handlu występuje o wydanie stosownej zgody do – odpowiednio – Ministra Spraw Wewnętrznych lub Ministra Infrastruktury i Transportu; zob. A. Uesugi, K. Yamada, *Japan* [w:] *Merger Control 2008*, s. 205.

²⁵ Zob. A. Hitale, A. Chitale, *India* [w:] *Merger Control 2008*, s. 171.

²⁶ Zob. C. Oddie, P. Ryan, *Australia* [w:] *Merger Control 2008*, s. 38.

²⁷ Zob. R. Legh, T. Dini, *South Africa* [w:] *Merger Control 2008*, s. 313.

²⁸ Zob. M. Rosenthal, *Germany* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 120.

²⁹ Tamże. Chodzi tu o umowę zawartą w 1997 r. między krajami związkowymi (Bundesländer).

(np. w prasie, mediach audiowizualnych, bankowości i ubezpieczeniach)³⁰. Szczególnie regulowane są także sektor bankowy i ubezpieczeniowy³¹. W pozostałych „starych” państwach członkowskich UE, dodatkowo do zgody na dokonanie koncentracji wydawanej na podstawie ustawy o ochronie konkurencji przez organ ochrony konkurencji (w Austrii – przez Sąd Kartelowy³²), szczególne sektorowe ustawy regulacyjne (*sector-specific regulatory legislation*) przewidują obowiązki zgłaszania transakcji koncentracyjnych do właściwych sektorowych organów regulacyjnych (*sector-specific regulators*) lub uzyskiwania zgody tych organów na ich przeprowadzenie. Odrębne zgłoszenia i/lub zgody na dokonanie koncentracji istnieją w odniesieniu do zmian własnościowych w szczególności w sektorach środków masowego przekazu, w tym głównie usług audiowizualnych (np. w Austrii³³, Holandii³⁴, Portugalii³⁵ czy we Włoszech³⁶), usług finansowych, w tym głównie bankowych i ubezpieczeniowych (np. w Austrii³⁷, Danii³⁸, Grecji³⁹, Irlandii⁴⁰,

³⁰ Art. 39–41 ustawy No 86-1067 z 30.09.1986 r. o wolności komunikacji; zob. L. Vogel, J. Vogel, *France* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 112.

³¹ Art. R 511-121 Kodeksu Monetarnego i Finansowego; art. L 322-4 i R 322-1-1 Kodeksu Ubezpieczeń; zob. L. Vogel, J. Vogel, *France* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 112.

³² Zob. A. Reidlinger, A. Zellhofer, *Austria* [w:] *Merger Control 2008*, s. 48.

³³ Tamże.

³⁴ W Holandii szczególne przepisy dot. kontroli koncentracji medialnych podlegają ustawie przejściowej, która wygaśnie z dniem 1.01.2012 r.; mogą one być zakazane mimo, że nie ograniczają konkurencji, jeżeli przekroczą określone progi; zob. S. Beeston, F. van de Jagt, *Netherlands* [w:] *ICLG to: Merger Control 2011*, s. 210 i 212.

³⁵ W Portugalii nabycie akcji lub udziałów w spółkach medialnych wymaga zgłoszenia do regulatora sektorowego; jeżeli taka koncentracja jest zgłoszona także do Urzędu ds. Konkurencji, regulator sektorowy musi wydać wiążącą opinię (która skutecznie zablokuje koncentrację, nawet jeśli nie powoduje negatywnych skutków dla konkurencji), jeżeli grozi ona wolności wypowiedzi lub pluralizmowi w mediach; zob. C. Bothelo Moniz, P. de Gouveia e Melo, *Portugal* [w:] *ICLG to: Merger Control 2011*, s. 240.

³⁶ We Włoszech szczególnego zgłoszenia do regulatora sektorowego wymagają także koncentracje w sektorze dystrybucji i wyświetlania filmów (jeżeli prowadzą do udziału w rynkach właściwych ponad 25%) oraz koncentracyjne transakcje w sektorach mediów audiowizualnych, multimediiów i wydawnictw; zob. L. Vasques, Ch. Marciasini, *Italy* [w:] *ICLG to: Merger Control 2011*, s. 168.

³⁷ Tak jest w przypadku nabycia lub zwiększenia kwalifikowanego zaangażowania w instytucjach kredytowych i ubezpieczeniowych; zob. A. Reidlinger, A. Zellhofer, *Austria* [w:] *Merger Control 2008*, s. 48.

³⁸ Zob. H. Peytz, B. Schiønning, *Denmark* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 87.

³⁹ Zob. E. Bourtzalas, *Greece* [w:] *ICLG to: Merger Control 2011*, s. 128.

⁴⁰ Nabywanie udziałów w spółkach usług finansowych jest przedmiotem dodatkowych reguł zawartych w ustawach dotyczących poszczególnych usług finansowych (w tym banków i instytucji ubezpieczeniowych); zob. H. Kelly, *Ireland* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 150.

Holandii⁴¹, Portugalii⁴² i we Włoszech⁴³), a niekiedy także w telekomunikacji (np. w Austrii)⁴⁴ i energetyce (np. w Grecji)⁴⁵. We Włoszech, od 2001 r. specjalne reguły kontroli koncentracji obowiązują także w przypadku przedsiębiorstw świadczących usługi użyteczności publicznej lub posiadających monopol prawny. Ich wchodzenie na nowe (terytorialnie) rynki wymaga zgłoszenia do właściwych organów, niezależnie od progów określonych w ustawie o ochronie konkurencji i rynków⁴⁶. Ponadto, w niektórych sektorach regulowanych istnieją inne (ustawowe) ograniczenia, dotyczące np. struktury transakcji lub własności (np. w Danii⁴⁷, Grecji⁴⁸, Hiszpanii⁴⁹ czy Portugalii⁵⁰). Warto także podkreślić, że w niektórych „starych” państwach członkowskich UE, przede wszystkim tych szczególnie dotkniętych kryzysem finansowym w końcu pierwszego 10-lecia XXI r., wprowadzono specjalne reguły kontroli koncentracji w sektorze usług finansowych (np. w Irlandii

⁴¹ W przypadku takich koncentracji dalszym ciągu istnieją dodatkowe wymagania oraz nadzór Banku Centralnego Holandii; zob. S. Beeston, F. van de Jagt, *Netherlands* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 210.

⁴² W sektorze ubezpieczeń i w bankowości przekroczenie określonych wielkości zaangażowania kapitałowego wymaga zgłoszenia do regulatora, który może nie zezwolić na koncentrację, jeżeli nie można zapewnić zarządzania towarzystwem zgodnie z regułami ostrożnościowymi; C. Bothelo Moniz, P. de Gouveia e Melo, *Portugal* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 240.

⁴³ W przypadku koncentracji z udziałem banków i grup bankowych, Bank Centralny Włoch może także wystąpić do Urzędu ds. Konkurencji i Rynków o wyrażenie zgody na koncentrację, która tworzy lub umacnia pozycję dominującą w interesie stabilności jednego lub więcej uczestników koncentracji; zgoda taka nie może jednak obejmować ograniczeń konkurencji, które nie są ściśle konieczne dla realizacji wskazanych celów (art. 20 ust. 5-bis pkt b i ust. 5-ter włoskiej ustawy o konkurencji i wolnym handlu z 1990 r.; zob. L. Vasques, Ch. Marciasini, *Italy* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 168.

⁴⁴ Zob. A. Reidlinger, A. Zellhofer, *Austria* [w:] *Merger Control 2008*, s. 48.

⁴⁵ Zob. E. Bourtzalas, *Grece* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 128.

⁴⁶ Zob. L. Vasques, Ch. Marciasini, *Italy* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s.168.

⁴⁷ Zob. H. Peytz, B. Schiønning, *Denmark* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 87.

⁴⁸ Grecka ustawa o mediach (3592/2007), która znajduje zastosowanie także do koncentracji medialnych (telewizja, radio, gazety i czasopisma), wyraźnie stwierdza jednak, że koncentracje takie są niedopuszczalne, jeśli bierze w nich udział przedsiębiorstwo o pozycji dominującej na rynku (w zależności od rodzaju medium – od 25% do 35% udziału w rynku), nawet jeśli nie powoduje ograniczenia konkurencji; zob. E. Bourtzalas, *Grece* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 132.

⁴⁹ Istnieją też ograniczenia w nabywaniu akcji głównych operatorów energetycznych lub telekomunikacyjnych; zob. R. García-Gallardo, M. Arias Díaz, *Spain* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 289–290.

⁵⁰ Instytucjom kredytowym nie wolno uzyskać ponad 25% głosów spółkach niefinansowych; tego rodzaju transakcja nie stanowi koncentracji w rozumieniu ustawy; zob. C. Bothelo Moniz, P. de Gouveia e Melo, *Portugal* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 240.

od 2008 r.⁵¹, a w Hiszpanii od 2009 r.⁵²). Należy dodać, że w niektórych z tych krajów wymagana jest współpraca organów ochrony konkurencji i regulatorów sektorowych.

Z przeprowadzonych badań wynika, że także w większości „nowych” państw członkowskich UE podstawowy (ekonomiczny) test konkurencji, nie obejmujący kwestii niezwiązanych z konkurencją, stosuje się do wszystkich sektorów gospodarki. Kwestie te są brane pod uwagę w odrębnych postępowaniach, mających swoje podstawy w ustawodawstwie regulacyjnym. Odrębne (dodatkowe) reguły kontroli koncentracji istnieją w sektorach usług finansowych (głównie bankowych i ubezpieczeniowych) praktycznie we wszystkich „nowych” państwach członkowskich UE (np. w Czechach, Słowacji, na Węgrzech, w Słowenii i w Bułgarii)⁵³, często też występują one w sektorach usług radiowo-telewizyjnych, telekomunikacji i w energetyce (np. na Węgrzech i w Słowenii); niekiedy występują także w transporcie (np. na Węgrzech) i w sektorze farmaceutycznym (np. na Węgrzech)⁵⁴. W sektorach usług finansowych koncentracje banków i instytucji ubezpieczeniowych muszą być zgłaszane i wymagają uzyskania dodatkowej zgody banku centralnego (np. w Czechach⁵⁵, na Słowacji⁵⁶) lub urzędu nadzoru finansowego (np. na Węgrzech)⁵⁷ albo odpowiednio banku centralnego lub urzędu nadzoru finansowego (np. Banku Narodowego lub Komisji Nadzoru Finansowego w Bułgarii⁵⁸). Ustawy określają najczęściej ilościowe przesłanki kontroli, których przekroczenie powoduje konieczność zgłoszenia zamierzonej koncentracji i uzyskania na nią zgody⁵⁹. Regulacyjna (sektorowa)

⁵¹ Zob. H. Kelly, *Ireland* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 150.

⁵² Bank Centralny Hiszpanii autoryzuje koncentracje banków (głównie oszczędnościowych), będących odbiorcami pomocy publicznej w kryzysie; zob. R. García-Gallardo, M. Arias Díaz, *Spain* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 289–290.

⁵³ W niektórych krajach koncentracje w sektorach usług finansowych podlegają kontroli wyłącznie organu ochrony konkurencji; szczególny charakter mają tylko progi dopuszczalności tej kontroli; zob. E. Blumfeldt, T. Tamme, *Estonia* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 94.

⁵⁴ Zob. F. Urlesberger, A. Turi, *Hungary* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 136.

⁵⁵ Zob. M. Nedelka, R. Kubáč, *Czech Republic* [w:] *Merger Control 2011*, s. 81.

⁵⁶ Zob. M. Nedelka, M. Vogl, *Slovakia* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 264.

⁵⁷ Zob. F. Urlesberger, A. Turi, *Hungary* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 136.

⁵⁸ W szczególności nabywca udziałów w banku lub towarzystwie ubezpieczeniowym wymaga wcześniejszej zgody odpowiednio Bułgarskiego Banku Narodowego lub Komisji Nadzoru Finansowego, jeżeli akwizycja prowadzi do wzrostu udziału w kapitale ponad pewne progi; zob. F. Urlesberger, I. Stoyanov, *Bulgaria* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 56.

⁵⁹ Tak np. zgodnie z ustawami regulującymi działalność banków, towarzystw ubezpieczeniowych oraz spółek brokerów giełdowych i zarządzających funduszami w Słowenii zgoda

kontrola koncentracji w sektorze środków masowego przekazu wyraża się najczęściej w zakazie koncentracji między posiadaczami dzienników, stacji radiowych lub nadawców telewizyjnych oraz w konieczności uzyskania zgody na dokonanie koncentracji od specjalnego organu regulacyjnego (np. Ministra Kultury w Słowenii)⁶⁰. W sektorze energetyki i telekomunikacji rozdzielenie kompetencji między organ ochrony konkurencji i regulatora energetycznego czy telekomunikacyjnego jest najczęściej całkowite, ale wymaga ich współpracy.

Szczególne ocena koncentracji dochodzących do skutku w drodze inwestycji zagranicznych. Poza prezentowanymi poniżej możliwościami ochrony „uprawnionych interesów” państw członkowskich UE (art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004)⁶¹ i ochrony interesów bezpieczeństwa w zakresie produktów wojskowych (art. 346 ust. 1 lit. b/ TFUE)⁶², prawo UE nie zezwala w ogóle na szczególne traktowanie (ocenie) koncentracji z udziałem inwestorów zagranicznych z innych państw członkowskich UE. Generalnym regulum prewencyjnej kontroli koncentracji o charakterze unijnym podlegają także koncentracje transgraniczne z udziałem przedsiębiorstw z państw nie należących do EOG; w sytuacji, gdy koncentracje takie (w dobie globalizacji coraz częstsze) są kontrolowane także przez organy ochrony konkurencji państw trzecich (np. USA, Kanady, Japonii czy Australii), Komisja Europejska współpracuje z tymi organami w tym zakresie⁶³. Nie dotyczy to jednak sytuacji, gdy państwa pozaeuropejskie i europejskie, w tym państwa wchodzące w skład EOG, blokują zamierzone (rzadziej dokonane) koncentracje ze względu na interesy obrony narodowej lub bezpieczeństwa publicznego w sferze międzynarodowej. Podstawowym instrumentem prawnym stosowanym w tym celu są ustawy o bezpośrednich inwestycjach zagranicznych (BIZ).

Ustawodawstwo dotyczące bezpośrednich inwestycji zagranicznych występuje przede wszystkim w największych i najwyżej rozwiniętych państwach pozaeuropejskich; jest tak głównie dlatego, że w państwach tych zdecydowanie dominuje ekonomiczny test konkurencji. Prawo amerykańskie tworzy

odpowiedniego regulatora państwowego jest wymagana w przypadku uzyskania (nabywania) tzw. udziału kwalifikowanego (*qualifying holdings*) – co do zasady 10%, 20%, 33% i 50% – w kapitale lub prawach głosu tych instytucji; zob. V. Kobe, Ch. Haid, *Slovenia* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 269–270.

⁶⁰ Zob. szerzej V. Kobe, Ch. Haid, *Slovenia* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 269–270.

⁶¹ Zob. niżej pkt 2.2 niniejszego rozdziału.

⁶² Zob. niżej pkt 2.3 niniejszego rozdziału.

⁶³ Zob. szerzej S. Dudzik, *Współpraca Komisji Europejskiej z organami ochrony konkurencji w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorstw*, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2010, s. 228 i d.

możliwość zablokowania transakcji skutkujących przejęciem kontroli nad firmą amerykańską przez inwestora zagranicznego, jeżeli może to zagrozić bezpieczeństwu narodowemu⁶⁴. Fuzje i akwizycje z udziałem firm zagranicznych, które mogą mieć znaczenie dla bezpieczeństwa narodowego lub obrony, mogą być bowiem przedmiotem oceny na gruncie ustawy o handlu znanej powszechnie jako Ustawa (Nowela) Exon-Florio⁶⁵. Ustawa Exon-Florio upoważnia Prezydenta USA do zbadania niektórych koncentracji, które mogą skutkować „zagraniczną kontrolą” (*foreign control*) nad firmą uczestniczącą w handlu międzystanowym. Jeśli w wyniku takiego badania Prezydent uzna, że bezpieczeństwo narodowe może być zagrożone, a jednocześnie żaden inny przepis prawa amerykańskiego nie daje mu wystarczającej kompetencji do ochrony bezpieczeństwa narodowego, może on taką transakcję zawiesić lub jej zakazać. Prezydent może także polecić Prokuratorowi Generalnemu wystąpienie do sądów federalnych z pozwem o podział spółki powstałej w wyniku takiej koncentracji lub o zastosowanie innych stosownych środków, jeżeli transakcja została dokonana z naruszeniem tych przepisów⁶⁶. Wdrażanie Noweli Exon-Florio zostało przez Prezydenta powierzone międzyresortowemu panelowi pod nazwą Komitet Inwestycji Zagranicznych w USA (*Committee on Foreign Investment in the United States, CFIUS*)⁶⁷. Spośród ponad 1830 transakcji zgłoszonych Komitetowi, 35 zostało poddanych szczegółowemu zbadaniu; 21 z nich zostało wycofanych, a 14 zostało przedłożonych do decyzji Prezydenta. Jednakże tylko w przypadku jednej transakcji Prezydent zdecydował się na interwencję, w wyniku której doszło do podziału spółki⁶⁸. W związku z rosnącym zagrożeniem przejęć kontroli nad firmami amerykańskimi przez firmy chińskie, a także na skutek próby przejęcia kontroli zagranicznej nad amerykańskimi portami, Ustawa Exon-Florio została znowelizowana w 2007 r.⁶⁹ Wzmocniła ona uprawnienia Komitetu oraz sprecyzowała okoliczności, w jakich badanie takie może

⁶⁴ Zob. szerzej R.B. Bell, L.B. Greenfield, *US regulatory aspects of transnational defence mergers*, *Global Competition Review* 2003, vol. 6(3), s. 9–11.

⁶⁵ Zob. §§ 5021 Ustawy o Handlu z 1988 r. (Trade Act, U.S.C. App. § 2170).

⁶⁶ Nowela Exon-Florio przewiduje dla działań Prezydenta bardzo krótkie terminy; zob. szerzej W.T. Miller, D.I. Baker, *United States of America* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 14: September 2007, s. 64–81.

⁶⁷ R.B. Bell, L.B. Greenfield, *US regulatory aspects of transnational defence mergers*, s. 9–13.

⁶⁸ Zob. W.T. Miller, D.I. Baker, *United States of America* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 14: September 2007, s. 64–82. Warto zaznaczyć, że dotyczyło to sytuacji, w której spółka nabywająca pochodziła z kraju, który był sojusznikiem Stanów Zjednoczonych.

⁶⁹ Foreign Investment and National Security Act of 2007 (Publ. L. 110-49 121 Stat. 246, enacted July 26, 2007).

zostać przeprowadzone; jedna z nich obejmuje transakcje z „kontrolą zagranicznego rządu” (*foreign government-controlled transaction*). Obok Ustawy Exon-Florio istnieją jeszcze szczegółowe przepisy ograniczające swobodę inwestycji firm zagranicznych w różnych sektorach przemysłowych i rodzajach działalności⁷⁰.

Także w innych państwach pozaeuropejskich niektóre (znaczące) koncentracje dochodzące do skutku w drodze inwestycji zagranicznych (z udziałem firm zagranicznych), zwłaszcza w niektórych sektorach czy dziedzinach, podlegają dodatkowo równolegle do oceny na podstawie ekonomicznego testu konkurencji, ocenie określonych organów państwowych na podstawie innych kryteriów, w tym na podstawie ustaw o inwestycjach zagranicznych. Tak jest np. w Kanadzie⁷¹, Australii⁷² i Japonii⁷³ (w krajach z dominacją ekonomicznego testu konkurencji), a także w Indiach⁷⁴ (mimo, że u podstaw kontroli koncentracji leży w przypadku tego kraju ekonomiczno-społeczny test bilansujący). Ocenie takiej podlegają np. inwestycje „w sektorze produkcji uranu, usług finansowych, transportowych i w dziedzinie kultury” (w Kanadzie)⁷⁵ czy inwestycje „w rolnictwo i rybołówstwo, górnictwo, rafinerie ropy oraz przemysł skórzany” (w Japonii)⁷⁶; w RPA natomiast poza wyjątkami dotyczącymi dwóch sektorów i polityki wspierania czarnej przedsiębiorczości, nie ma w zasadzie żadnych ograniczeń dotyczących bezpośrednich inwestycji zagranicznych⁷⁷. W Australii Minister Skarbu (Treasurer) może zakazać zamierzonej koncentracji lub nakazać podział koncentracji dokonanej z naruszeniem obowiązku jej zgłoszenia, jeżeli uzna ją za „sprzeczną z interesem narodowym” (*contrary to the national*

⁷⁰ Zob. szerzej W.T. Miller, D.I. Baker, *United States of America* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 14: September 2007, s. 64–82.

⁷¹ Zob. kanadyjską ustawę o inwestycjach (Canadian Investment Act); zob. N. Campbell, M. Opashinov, S. O’Carroll, *Canada* [w:] *Merger Control 2010*, s. 81–82.

⁷² Zob. australijską ustawę o akwizycjach i przejęciach zagranicznych z 1975 r. (Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975, FATA).

⁷³ Art. 26 japońskiej ustawy o wymianie międzynarodowej i prawie handlu międzynarodowego (Foreign Exchange and Foreign Trade Law, FEFTA); zob. A. Uesugi, K. Yamada, *Japan* [w:] *Merger Control 2008*, s. 207.

⁷⁴ Zob. indyjską ustawę o zarządzaniu wymianą międzynarodową; zob. A. Chitale, *India* [w:] *Merger Control 2008*, s. 173.

⁷⁵ Zob. szerzej W. Rowley, N. Campbell, M. Opashinov, *Canada* [w:] *Merger Control 2008*, s. 81; J.W. Rowley, J.F. Clifford, M. Opashinov, *Canada* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 14: September 2007, s. 9-79–9-82

⁷⁶ Zob. M. Matsushita, *Japan* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 21: March 2011, s. 32–38.

⁷⁷ Zob. R. Legh, T. Dini, *South Africa* [w:] *Merger Control 2008*, s. 313.

interest)⁷⁸. Dokonanie koncentracji, w których uczestniczą inwestorzy zagraniczni może być zakazane (np. w Japonii)⁷⁹, może wymagać odrębnej zgody Banku Centralnego (w Brazylii)⁸⁰ lub musi być zgodne z wytycznymi Ministra Handlu i Przemysłu, określającymi rządową politykę wobec BIZ (w Indiach); w Meksyku w sektorach dostępnych dla inwestorów zagranicznych koncentracje wymagają dodatkowo zgody stosownych organów tylko w ograniczonym zakresie⁸¹.

Równoległa z oceną na podstawie ekonomicznego testu konkurencji ocena koncentracji wynikających z bezpośrednich inwestycji zagranicznych (na podstawie innych testów interesu publicznego) występuje także w największych i najważniejszych państwach europejskich. W Niemczech np. dodatkowo do reguł kontroli koncentracji wynikających z ustawy kartelowej, w sprawach koncentracji wynikających z BIZ w pewnych sektorach strategicznych oraz koncentracji dokonywanych w sektorach szczególnych stosowane są odrębne testy interesu publicznego. Od 24.04.2009 r., wskutek nowelizacji Ustawy o Handlu Zagranicznym Minister Gospodarki i Technologii może poddać kontroli nabycie 25% lub więcej praw do głosowania w istniejącym przedsiębiorstwie niemieckim przez inwestora spoza EU/EFTA w sytuacji zagrożenia dla polityki publicznej lub bezpieczeństwa publicznego. Ma on prawo, za zgodą Rządu Federalnego, nałożyć warunki lub nawet zablokować taką transakcję, jeżeli jest to konieczne dla zapewnienia realizacji interesów narodowych; ustawa pozwala na takie interwencje rzadko i tylko w „nadzwyczajnych przypadkach”⁸². W praktyce wystąpiły one tylko w sektorach produkujących amunicję (*war materials*), uzbrojenie lub systemy kryptograficzne oraz projektujących lub produkujących specjalne silniki lub skrzynie biegów do czołgów⁸³. We Francji istnieją takie regulacje prawne zarówno dla koncentracji z udziałem podmiotów zagranicznych, jak i dla koncentracji dokonywanych w sektorach szczególnych. I tak, przejście kontroli nad francuskimi instytucjami kredytowymi i inwestycyjnymi wymaga dodatkowo zgłoszenia do Urzędu Kontroli Ostrożnościowej, który następnie zgłasza je KE i zawiesza zgodę na dokonanie takiego przejścia, jeżeli w kraju pochodzenia przedsiębiorstwa przejmującego, spółki europejskie

⁷⁸ Zob. australijską ustawę o akwizycjach i przejściach zagranicznych z 1975 r.; zob. także R.V. Miller, *Australia* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 15: April 2008, s. 3-49; C. Oddie, P. Ryan, *Australia* [w:] *Merger Control 2008*, s. 38.

⁷⁹ Tamże.

⁸⁰ Zob. J. Regazzini, M. Calliari, *Brazil* [w:] *Merger Control 2010*, s. 69.

⁸¹ Zob. także G. Castañeda, *Mexico* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 15: April 2008, s. 42-6, 42-40.

⁸² Zob. M. Rosenthal, *Germany* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 120.

⁸³ Zob. H. Bergmann, F. Röhling, *Germany* [w:] *Merger Control 2008*, s. 150.

nie mogą nabywać udziałów w tego typu instytucjach⁸⁴. Także przejęcie kontroli nad towarzystwem ubezpieczeniowym przez przedsiębiorstwo, którego główna siedziba znajduje się poza UE musi być zgłoszone do Urzędu Kontroli Ostrożnościowej, który zawiesi wydanie zgody na jego dokonanie na wniosek odpowiedniego organu UE⁸⁵. Ponadto, inwestycje zagraniczne w niektórych sektorach (dotyczących działalności, które mogą wpływać na bezpieczeństwo publiczne, produkcję uzbrojenia itp.) podlegają wstępnemu zgłoszeniu Ministrowi Gospodarki⁸⁶. We Włoszech Prezes Rady Ministrów może zakazać, z istotnych względów gospodarki narodowej, przejęcia włoskiej spółki przez spółkę zagraniczną, jeśli w kraju pochodzenia nabywcy spółki włoskie są przedmiotem dyskryminacji, w szczególności co do możliwości nabycia spółek lokalnych (zasada wzajemności); przepis nie został jednak jeszcze nigdy zastosowany⁸⁷.

Ważenie interesu publicznego w ochronie konkurencji oraz interesów publicznych niezwiązanych z konkurencją na etapie stosowania prawa ochrony konkurencji. Omawiane wyżej potencjalne konflikty interesów publicznych są rozwiązywane z reguły przez ustawy publicznego prawa gospodarczego (głównie sektorowego) lub na etapie ich stosowania. Podstawy do rozwiązywania takich konfliktów tworzą także ustawy o ochronie konkurencji. Obok tworzenia odrębnych (też głównie sektorowych) testów oceny koncentracji (np. w sektorze mediów lub usług finansowych), w niektórych porządkach prawnych kontroli koncentracji ustawy tworzą także **możliwość ważenia interesów publicznych** w ochronie konkurencji oraz interesów publicznych niezwiązanych z konkurencją **na etapie stosowania prawa ochrony konkurencji** (w postępowaniach w sprawach koncentracji). Dotyczy to w szczególności przypadku drugiej z sytuacji praktycznych, o których była mowa wyżej a mianowicie: **zakaz na podstawie ekonomicznego testu konkurencji** – ewentualna **zgoda na podstawie innych interesów publicznych**. Przeprowadzone badania wykazały, że stosowane są w tym zakresie dwa zasadniczo różne rozwiązania, wyróżnione przede wszystkim na podstawie kryterium podmiotowego (kto wydaje zgodę nadzwyczajną). Pierwsze z tych rozwiązań polega na możliwości **wydania zgody nadzwyczajnej na dokonanie antykonkurencyjnej koncentracji przez inny organ władzy publicznej**

⁸⁴ Art. L. 1511-12 Kodeksu Monetarnego i Finansowego; zob. L. Vogel, J. Vogel, *France* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 112.

⁸⁵ Art. L. 322-4 Kodeksu Ubezpieczeń; zob. L. Vogel, J. Vogel, *France* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 112.

⁸⁶ Art. L. 151-3 francuskiego Kodeksu Monetarnego i Finansowego; zob. L. Vogel, J. Vogel, *France* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 112.

⁸⁷ Zob. G.L. Zampa, *Italy* [w:] *Merger Control 2008*, s. 196.

niż organ ochrony konkurencji. Drugie przewiduje możliwość **odstąpienia od zakazu koncentracji przez organ ochrony konkurencji**.

W krajowych porządkach prawnych kontroli koncentracji bardziej typowa jest sytuacja, w której **koncentracja antykonkurencyjna**, czyli taka, która nie może zostać dopuszczona na podstawie ekonomicznego testu konkurencji, **będzie jednak dopuszczona na podstawie testu interesu publicznego** innego niż ochrona konkurencji. Takie nadzwyczajne zgody na dokonanie koncentracji wydają jednak zawsze **inne organy władzy publicznej** niż organ ochrony konkurencji, w specjalnym trybie. Kompetencje do ich wydania oraz procedura są określone w prawie ochrony konkurencji. U podstaw rozwiązania polegającego na **wydaniu zgody nadzwyczajnej** leży przekonanie (założenie) prawodawcy, że organ ochrony konkurencji powinien dokonywać oceny zamierzonych koncentracji wyłącznie na podstawie ekonomicznego testu konkurencji; nie może więc dziwić, że rozwiązanie to występuje w krajach, w których organy ochrony konkurencji stosują podstawowy (ekonomiczny) test konkurencji lub ekonomiczny test bilansujący. Właśnie dlatego, organy ochrony konkurencji (tu: prewencyjnej kontroli koncentracji) są wyposażone w daleko idący zakres niezależności instytucjonalnej i proceduralnej oraz podlegają w sprawach indywidualnych tylko kontroli sądowej. Stosujący to rozwiązanie prawodawcy nie chcą więc, aby wazenie interesów publicznych – w zakresie ochrony konkurencji i ochrony innych wartości – dokonywało się równolegle co do miejsca i czasu, jak dzieje się to z reguły w przypadku ewaluacji tych samych transakcji koncentracyjnych przez generalny organ ochrony konkurencji i regulatora sektorowego.

Drugie z ww. rozwiązań – **odstąpienie od zakazu przez organ kontroli koncentracji** bazuje na całkowicie innym założeniu. Tworzący tę możliwość prawodawcy wychodzą z przekonania, że złożone stany faktyczne koncentracji powinny podlegać równoczesnej, wyważonej ocenie, bilansującej jej skutki dla konkurencji na podstawie ekonomicznego testu konkurencji lub ekonomicznego testu bilansującego z konsekwencjami dla poziomu dobrobytu społecznego czy bezpieczeństwa publicznego ocenianymi na podstawie innych niż ochrona konkurencji interesów publicznych. Ocena ta dokonuje się zatem **na podstawie ekonomiczno-społecznego testu bilansującego** i w ramach tego samego postępowania w sprawie zgłoszonej koncentracji. Prawodawcy akceptują tu zatem, mniej lub bardziej świadomie, że takiej kompleksowej (zintegrowanej) oceny zamierzonej koncentracji dokonuje organ, który nie ponosi bezpośrednio odpowiedzialności politycznej za swoje działania. Rozwiązanie to zostało zastosowane w różnych krajach. np. w Austrii, Szwecji, Bułgarii, Rumunii i Polsce. Nie jest ono jednak identyczne, gdyż różny jest charakter organu ochrony konkurencji, który

jest uprawniony do odstąpienia od zakazu na podstawie rezultatów ważenia różnych interesów publicznych.

Rozważania dotyczące metod rozwiązywania przez władze publiczne konfliktu interesów publicznych w prawie kontroli koncentracji są przedmiotem odrębnego podrozdziału⁸⁸. Zostaną one poprzedzone analizą przesłanek odnośnych instytucji prawa UE i praktyki ich stosowania⁸⁹. W prezentowanym w tym rozdziale zakresie **unijny porządek prawny kontroli koncentracji** jest ważny z trzech powodów. Po pierwsze, nie przynosi on jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, czy Komisja Europejska, mająca wyłączną kompetencję do oceny transgranicznych koncentracji o wymiarze unijnym, ma obowiązek uwzględniania w ocenie zgłoszonych jej zamiarów koncentracji także innych czynników (celów innych polityk) niż powodowane przez nie skutki dla konkurencji (celów polityki konkurencji). Za obowiązkiem takim mogłyby przemawiać traktatowe podstawy polityki konkurencji i innych polityk UE – zwłaszcza po wejściu w życie Traktatu z Lizbony, przeciwko zaś – przepisy art. 2 rozp. 139/2004 oraz praktyka ich stosowania⁹⁰. Z całą pewnością jednak Komisja Europejska nie ma generalnej kompetencji do odstąpienia od zakazu antykonkurencyjnej koncentracji na podstawie innego interesu publicznego niż ochrona konkurencji. Po drugie, unijny porządek jest ważny dlatego, że wyznacza **normatywne granice interwencji państw członkowskich w postępowanie w sprawie transgranicznych koncentracji o wymiarze unijnym**, a tym samym określa relacje między prawem kontroli konkurencji UE a publicznym prawem gospodarczym państw członkowskich UE. Tworzy m.in. traktatowe podstawy interwencji państw członkowskich UE w postępowania w sprawach koncentracji **w celu ochrony bezpieczeństwa w zakresie produkcji i handlu uzbrojeniem**⁹¹. Artykuł 21 ust. 4 rozp. 139/2004 wyznacza natomiast granice interwencji państw członkowskich w takie postępowania **w celu ochrony ich „uprawnionych interesów”**⁹². Wreszcie, waga unijnego porządku prawnego kontroli koncentracji bierze się także stąd, iż ma on wpływ na rozwiązania przyjmowane w państwach członkowskich UE, mimo że porządki te są od siebie niezależne.

Stosowanie kryteriów niezwiązanych z konkurencją do oceny koncentracji jest uwarunkowane przede wszystkim regulacjami materialnoprawnymi, które określają te kryteria. Najważniejsza jest zatem identyfikacja **testów interesu publicznego innych niż ochrona konkurencji**, których stosowanie

⁸⁸ Zob. niżej podrozdział 3 niniejszego rozdziału.

⁸⁹ Zob. niżej podrozdział 2 niniejszego rozdziału.

⁹⁰ Zob. pkt 2.1 niniejszego rozdziału.

⁹¹ Zob. pkt 2.2 niniejszego rozdziału.

⁹² Zob. pkt 2.3 niniejszego rozdziału.

prawodawca dopuszcza a organy wdrażające ustawowe reguły kontroli koncentracji, a więc organy ochrony konkurencji lub inne organy władzy publicznej, stosują w praktyce⁹³. Niektóre z tych **testów, zdefiniowanych przedmiotowo lub sektorowo**, występują częściej niż inne, zarówno w prawie, jak i w aktach jego stosowania. Najczęściej są to testy **bezpieczeństwa publicznego**, w tym **obronności kraju, pluralizmu mediów oraz reguł ostrożnościowych** w usługach finansowych. Są to zatem testy, które prawo unijne traktuje jako zdefiniowane (uznane) *explicite* „**uprawnione interesy**” (*legitimate interests*) państw członkowskich UE, umożliwiające niedopuszczenie do koncentracji, która w innym przypadku byłaby przez Komisję Europejską dopuszczona. W grę wchodzi jednak także inne interesy publiczne definiowane w publicznym prawie gospodarczym poszczególnych państw i stworzonych przez nie organizacji międzynarodowych lub ponadnarodowych, które są **powszechnie akceptowane** (np. polityka dostarczania wody i odprowadzania ścieków czy polityka kulturalna) lub budzą **opory i obawy przed nawrotem protekcjonizmu** (np. interesy polityki przemysłowej czy polityki zatrudnienia).

Wobec tego jednak, że publicznoprawne regulacje testów interesu publicznego, które mogą stanowić podstawę innej oceny niż ta, która jest efektem zastosowania ekonomicznego testu konkurencji, przybierają najczęściej charakter klauzuli generalnej i/lub zawierają tylko przykładowe wyliczenia takich kryteriów. Pełny obraz ich stosowania w badanych porządkach prawnych można uzyskać dopiero wtedy, gdy skonfrontuje się je z **formalnymi** (kompetencyjnymi i proceduralnymi) **uwarunkowaniami ich wdrażania** na szczeblu unijnym i krajowym⁹⁴. W analizowanym zakresie szczególnie ważne są uwarunkowania kompetencyjne i proceduralne ochrony „interesów uprawnionych” państw członkowskich UE, gdyż ochrona ta odbywa się na dwóch poziomach – unijnym i krajowym. Nie mniej istotne są rozwiązania kompetencyjne i proceduralne przyjęte w ramach poszczególnych państw – w szczególności te, które decydują o tym, jaki organ państwowy i w jakim trybie może zastosować do oceny koncentracji kryteria inne niż test konkurencji, w tym uwarunkowania proceduralne związane z naturalną wielofazowością oceny takich koncentracji między UE a jej państwami członkowskimi i wewnątrz tych (ale także innych) państw.

Wszystkie te rozważania służą weryfikacji **trzech hipotez badawczych**. Pierwsza z nich wyraża się w przekonaniu, że dla prawidłowego funkcjonowania systemu kontroli koncentracji w ogóle, ale także w każdym kon-

⁹³ Zob. niżej podrozdział 5 niniejszego rozdziału.

⁹⁴ Tamże.

kretnym porządku prawnym (a więc także w Polsce), **testy inne niż test konkurencji** winny być formułowane normatywnie i stosowane w praktyce **wyjątkowo i w ograniczonym zakresie**. W świetle **drugiej hipotezy** prawidłowość funkcjonowania systemu kontroli koncentracji jest łatwiej zapewnić wtedy, gdy testy niezwiązane z konkurencją (inne interesy publiczne) są formułowane i stosowane **na gruncie innych** niż ustawy o ochronie konkurencji **ustaw publicznego prawa gospodarczego**. **Trzecia hipoteza**, mająca uzasadnienie przede wszystkim *pro domo sua*, zakłada, że jeżeli już testy niezwiązane z konkurencją (interesy publiczne inne ochrona konkurencji) są przewidziane w uokik, to winny być stosowane **przez organ władzy publicznej inny niż organ ochrony konkurencji**.

2. Ochrona interesów publicznych innych niż ochrona konkurencji w prawie kontroli koncentracji Unii Europejskiej

2.1. Miejsce interesów publicznych innych niż ochrona konkurencji w ocenie koncentracji o wymiarze unijnym

Zgodnie z art. 2 rozp. 4064/89 i rozp. 139/2004 **ocena koncentracji o wymiarze unijnym** dokonywała i dokonuje się **wyłącznie na podstawie** ekonomicznego **testu konkurencji**, którym pod rządami rozp. 4064/89 było „powstanie lub umocnienie pozycji dominującej, skutkiem czego konkurencja na rynku była istotnie ograniczona”, a pod rządami rozp. 139/2004 jest „**istotne utrudnienie skutecznej konkurencji**” (*significant impediment of effective competition, test SIEC*)⁹⁵. Komisja Europejska **nie miała** na podstawie rozp. 4064/89 i **nie ma** pod rządami rozp. 139/2004 **kompetencji do wydania zgody nadzwyczajnej** na dokonanie koncentracji o wymiarze unijnym, mogącej spowodować istotne utrudnienie skutecznej konkurencji, **na podstawie testu nie związanego z konkurencją** (*non-comopetition test*). Zatem, gdy KE stwierdzi, że zgłoszona jej koncentracja nie spowoduje istotnego ograniczenia skutecznej konkurencji musi ją uznać za zgodną z rynkiem wewnętrznym i wyrazić na nią zgodę (art. 2 ust. 2); gdy zaś stwierdzi, że zamierzona koncentracja ma charakter antykonkurencyjny musi ją uznać za niezgodną z rynkiem wewnętrznym (art. 2 ust. 3) i zakazać jej dokonania⁹⁶.

⁹⁵ Zob. także art. 6 i 8 rozp. 4064/89 i rozp. 139/2004, stanowiące postawy wydawania przez KE zgód i zakazów w sprawach koncentracji.

⁹⁶ Identyczne reguły obowiązywały na podstawie art. 2 ust. 2 i 3 rozp. 4064/89. Oczywiście o ile nie zostanie wydana zgoda warunkowa; zob. niżej rozdział IV.

Czy w unijnych postępowaniach w sprawach transgranicznych koncentracji o wymiarze unijnym rzeczywiście jednak nie bierze się pod uwagę żadnych czynników (okoliczności) niezwiązanych z konkurencją (*non-competition factors*)⁹⁷. Czy ocena takich koncentracji przez Komisję Europejską może być dokonywana bez uwzględniania celów innych polityk publicznych UE. Czy jest to w ogóle możliwe w świetle traktatowo ugruntowanych celów integracji europejskiej. Czy prawo UE nie zna żadnych wyjątków w tym zakresie. Wstępnej odpowiedzi na te pytania udziela samo rozporządzenie w sprawie kontroli koncentracji, m.in. poprzez odesłanie do przepisów traktatowych; te jednak uległy zmianie w 2009 r., co może utrudniać udzielenie jednoznacznych odpowiedzi na powyższe pytania.

Zakres i granice **możliwości uwzględniania przez Komisję Europejską interesów publicznych innych niż ochrona konkurencji** w ocenie transgranicznych koncentracji o wymiarze unijnym wynikają z celów oraz z niektórych przepisów rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji. Kluczowy w tym zakresie przepis **art. 2 ust. 1 rozp. 139/2004** stanowi, że koncentracje te są oceniane „zgodnie z celami (...) rozporządzenia oraz z (...) przepisami zmierzającymi do stwierdzenia, czy są one zgodne czy nie ze wspólnym rynkiem”. Aksjologiczne „**cele rozporządzenia**” zostały wyrażone w jego licznych motywach, a zwłaszcza w zawartych w nich odesłaniach do norm traktatowych. Także przyjęcie jako podstawowego kryterium oceny koncentracji o wymiarze unijnym „**zgodności ze wspólnym rynkiem**” (a nie z regułami wolnej konkurencji) każe poszukiwać określenia jego istoty w normach traktatowych.

Nie ma najmniejszej wątpliwości, że Rada UE, wydając rozp.139/2004, miała na celu przede wszystkim realizację „zadania stworzenia systemu zapewniającego niezakłóconą konkurencję na wspólnym rynku”, nałożonego na UE w art. 3 ust. 1 lit. g) TWE, i akceptowała czynienie tego „w poszanowaniu zasady otwartej gospodarki rynkowej z wolną konkurencją”. Zasady te „stanowią podstawę dalszego rozwoju wolnego rynku” (art. 4 ust. 1 TWE)⁹⁸. Świadoma ograniczeń wynikających z zasad pomocniczości (subsidiarności) i proporcjonalności, określonych w art. 5 TWE [obecnie art. 5 TUE], Rada UE stwierdziła *explicite*, że rozp. 139/2004 „nie wykracza poza to, co jest konieczne, aby osiągnąć cel, jakim jest zapewnienie, że

⁹⁷ Pytanie to pojawiło się w literaturze na tle pierwszych doświadczeń w stosowaniu rozp. 4064/89; zob. D. Banks, *Non-competition Factors and their Future Relevance under European Merger Law*, ECLR 1997, 18(3), s. 182–186; zob. także A. Schmidt, *Non-competition factors in the European competition policy: the necessity of institutional reforms*, <http://hdl.handle.net/10419/32016>.

⁹⁸ Zob. motyw 2 i 24 zdanie pierwsze rozp. 139/2004.

konkurencja na wspólnym rynku jest wolna od zakłóceń, zgodnie z zasadą otwartej gospodarki rynkowej z wolną konkurencją⁹⁹. Rodzi się jednak pytanie, jaki wpływ na aksjologię (cele) rozp. 139/2004 mają zmiany dokonane Traktatem z Lizbony z 2009 r. O ile bowiem „poszanowanie zasady otwartej gospodarki rynkowej z wolną konkurencją” (choć literalnie tylko w zakresie koordynacji polityk gospodarczych państw członkowskich UE) pozostało normą traktatową (art. 119 TFUE), o tyle „zadanie stworzenia systemu zapewniającego niezakłóconą konkurencję na wspólnym rynku” straciło tę rangę¹⁰⁰, a ochrona (skutecznej) konkurencji została włączona do kategorii rynku wewnętrznego, zdefiniowanego w art. 26 ust. 2 TFUE w drodze załączonego do TFUE Protokołu (nr 27) w sprawie rynku wewnętrznego i konkurencji. Biorąc także pod uwagę to, że „ustanowienie reguł konkurencji niezbędnych do funkcjonowania rynku wewnętrznego” zostało zaliczone do wyłącznych kompetencji UE (art. 3 ust. 1 lit. b) TFUE), można wyrazić obawę, że zmiany te nie będą neutralne dla rozumienia podstawowego „celu rozporządzenia”, jakim jest konieczność ustalania, że „koncentracje o wymiarze wspólnotowym są zgodne czy nie ze wspólnym rynkiem w świetle potrzeby zachowania i rozwoju skutecznej konkurencji (podkr. T.S.) na wspólnym rynku”¹⁰¹, rozumianej w sferze stosowania prawa konkurencji jako mechanizm zapewniający maksymalizację efektywności gospodarowania oraz ekonomicznego dobrobytu konsumentów¹⁰². Należy mieć nadzieję, że aksjologia polityki konkurencji KE, w tym dominacja ekonomicznego testu konkurencji, nie ulegnie jednak zasadniczej zmianie; w każdym razie najnowsza praktyka decyzyjna i orzecznictwo na to nie wskazują.

Jeszcze bowiem przed lizbońskimi zmianami prawa traktatowego, KE musiała dokonywać oceny koncentracji o wymiarze unijnym „w ogólnych ramach osiągania podstawowych celów określonych w art. 2 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską oraz art. 2 Traktatu o Unii Europejskiej”¹⁰³. Tak było również pod rządami rozp. 4064/89¹⁰⁴. Cele te ulegają jednak

⁹⁹ Zob. motyw 6 rozp. 139/2004.

¹⁰⁰ Przepis ten został z Traktatu usunięty; zob. szerzej A. Jurkowska-Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne reguły konkurencji Unii Europejskiej*, Instytut Wydawniczy EuroPrawo, Warszawa 2010, s. XXIV-1 i d.; zob. też S. Dudzik, *Prawo konkurencji Unii Europejskiej po Traktacie z Lizbony (artykuł recenzyjny)*, PiP 2011, z. 5, s. 87.

¹⁰¹ Zob. motyw 23 zdanie pierwsze rozp. 139/2004.

¹⁰² Takie rozumienie konkurencji (skutecznej) dominuje obecnie w polityce konkurencji KE.

¹⁰³ Zob. motyw 23 zdanie drugie rozp. 139/2004.

¹⁰⁴ W motywie 13 rozp. 4064/89 mówiło się, że Komisja Europejska powinna dokonywać oceny koncentracji w zgodzie z podstawowymi celami integracji europejskiej, wyrażonymi w art. 2 i art. 130a TWE, które wymagają rozważenia nie tylko „harmonijnego rozwoju działalności gospodarczej”, ale także „wzmacniania spójności gospodarczej i społecznej”.

znaczącym przewartościowaniom. W świetle Traktatu o UE, ustanowienie rynku wewnętrznego (obejmującego system niezakłóconej konkurencji) jest dzisiaj *explicite* powiązane z działaniami na rzecz „trwałego rozwoju Europy, którego podstawą jest zrównoważony wzrost gospodarczy oraz stabilność cen, społeczna gospodarka rynkowa o wysokiej konkurencyjności zmierzająca do pełnego zatrudnienia (podkr. T.S.) i postępu społecznego oraz wysoki poziom ochrony i poprawy jakości środowiska naturalnego”¹⁰⁵, a także ze „zwalczaniem wykluczenia społecznego [podkr. T.S.] oraz wspieraniem sprawiedliwości społecznej i ochrony socjalnej” i „wspieraniem spójności gospodarczej, społecznej i terytorialnej [podkr. T.S.] oraz solidarności między Państwami Członkowskimi” (art. 3 ust. 2 TUE). Co więcej, zgodnie z art. 9 TFUE „przy określaniu swoich polityk i działań Unia bierze pod uwagę wymogi związane ze wspieraniem wysokiego poziomu zatrudnienia [podkr. T.S.], zapewnieniem odpowiedniej ochrony socjalnej, zwalczaniem wyłączenia społecznego, a także z wysokim poziomem kształcenia, szkolenia oraz ochrony zdrowia ludzkiego”. Oznacza to, że kryteria te winny być brane pod uwagę także przy określaniu polityki ochrony konkurencji. Wreszcie, dla określania tej polityki duże znaczenie może mieć również traktatowe potwierdzenie dyskrecjonalnych uprawnień państw członkowskich w zakresie

W swych pierwszych wypowiedziach po wejściu w życie rozp. 4064/89 KE stwierdziła, że będzie brała pod uwagę konkurencyjność przedsiębiorstw zlokalizowanych w regionach zacofanych, wymagających restrukturyzacji; zob. Notes to Merger Regulation. Bulletin of the European Communities 2/90. Konieczność uwzględnienia celów wyrażonych w art. 2 Traktatu wsparł także SPI stwierdzając, że chociaż rozporządzenie w sprawie koncentracji ma w pierwszym rzędzie zapewnić stworzenie systemu wolnej konkurencji, to jednak w pewnych okolicznościach jego stosowanie musi uwzględniać społeczne efekty konkretnej koncentracji, jeśli mogłyby negatywnie wpływać na cele art. 2 TWE; zob. wyrok SPI w sprawie T-12/93 *Comité Central d'Enterprise de la Société Anonyme Vittel v. KE* (Zb. Orz. 1995, s. II-1247). Mimo to panowało raczej przekonanie, że motyw 13 rozp. 4064/89 nie stanowił furtki (*back door*) dla wprowadzenia czynników niezwiązanych z konkurencją do kontroli koncentracji; zob. wypowiedź dr Franka Fine'a cyt. w artykule D. Banksa, *Non-competition Factors...*, s. 184; zob. także J. Bourgeois, C. O'Daly, *Hard Times: employment issues in EU Merger Control* [w:] *Zmiany w polityce konkurencji na przestrzeni ostatnich dwóch dekad*, pod red. M. Krasnodębskiej-Tomkiel, UOKiK, Warszawa 2010, s. 163 i d.

¹⁰⁵ Art. 2 TWE stanowił jedynie o popieraniu przez Wspólnotę „wysokiego poziomu zatrudnienia i ochrony socjalnej”. Natomiast, jeśli chodzi o ochronę środowiska naturalnego, to już Traktat z Maastricht z 1991 r. wprowadził do TWE przepis stanowiący, że „wymogi ochrony środowiska powinny być komponentem innych polityk Wspólnoty” (art. 130r(g) TWE). W konsekwencji, KE uznała, że dotyczy to także polityki konkurencji; zob. 23rd Report on Competition Policy, pkt 162. W praktyce decyzyjnej KE czynnik ten miał jednak tylko pomocnicze (*subsidiary*) znaczenie; zob. D. Banks, *Non-competition Factors...*, s. 184.

świadczenia, zlecenia i finansowania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, zajmujących istotne miejsce wśród wspólnych wartości UE (art. 14)¹⁰⁶. Wszelkie te zmiany¹⁰⁷ oraz liczne wypowiedzi przedstawicieli Komisji Europejskiej¹⁰⁸ mogą wpłynąć na kierunki stosowania wspólnych reguł konkurencji UE, w tym na zakres uwzględniania przez Komisję Europejską interesów publicznych innych niż ochrona konkurencji w ocenie transgranicznych koncentracji o wymiarze unijnym. S. Dudzik formułuje nawet roboczą tezę, że zmiany te mogą doprowadzić do ukształtowania się w przyszłości „regulacyjnego etapu stosowania unijnego prawa konkurencji”, ze wszystkimi tego negatywnymi skutkami, m.in. dla kontroli koncentracji¹⁰⁹.

W moim przekonaniu, podstawowe cele realizowanej obecnie polityki konkurencji (wzmocnienie socjalnego wymiaru UE, ochrony integralności rynku wewnętrznego oraz zwiększenie konkurencyjności gospodarki europejskiej) będą miały ograniczony wpływ na kryteria kontroli i oceny transgranicznych koncentracji o wymiarze unijnym¹¹⁰; skuteczna konkurencja, rozumiana jako mechanizm zapewniający wysoką efektywność i dobrobyt konsumentów, pośrednio pozytywnie wpływa także na dobrobyt społeczny społeczeństw i państw członkowskich UE oraz ich bezpieczeństwo gospodarcze w skali międzynarodowej. Należy mieć nadzieję, że interwencja publiczna na gruncie rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji będzie więc w dalszym ciągu możliwa tylko wtedy, gdy koncentracja będzie redukować efektywność mechanizmu rynkowego¹¹¹, a zwiększenie konkurencyjności gospodarki europejskiej nie będzie odbywać się przede wszystkim w drodze polityki przemysłowej nie opartej na postępie technicznym i gospodarczym lub w drodze kreowania tzw. czempionów narodowych lub

¹⁰⁶ Zob. także załączony do TFUE Protokół (nr 27) w sprawie usług świadczonych w interesie ogólnym oraz art. 36 Karty Praw Podstawowych UE.

¹⁰⁷ Zob. B. Kurcz, *Lizboński miszmasz. Wpływ traktatu lizbońskiego na prawo konkurencji* [w:] *Prawo i ekonomia konkurencji. Wybrane zagadnienia*, pod red. B. Kurcza, Warszawa 2010, s. 31–35;

¹⁰⁸ Zob. J. Alumnia, *How competition policy contributes to competitiveness and social cohesion*, 14.01.2011, Lizbona (<http://ec.europa.eu/competition/speeches>); Sprawozdanie dotyczące polityki konkurencji za rok 2009, Luksemburg 2010, s. 3–6. W wypowiedziach tych J. Alumnia (komisarz ds. konkurencji) wskazuje na trzy podstawowe cele współczesnej polityki konkurencji UE: wzmocnienie modelu społecznej gospodarki rynkowej, ochrona integralności rynku wewnętrznego oraz zwiększenie konkurencyjności gospodarki europejskiej.

¹⁰⁹ S. Dudzik, *Prawo konkurencji Unii Europejskiej po Traktacie z Lizbony...*, s. 87.

¹¹⁰ Może mieć wszakże wpływ na te części polityki konkurencji, które opierają się na względnych zakazach traktowych (porozumienia, pomoc publiczna).

¹¹¹ Zob. D. Banks, *Non-competition Factors...*, s. 184.

europejskich (*national or European champions*)¹¹². Trudno jednak wykluczyć, że instrumentami polityki kontroli koncentracji będą bariery dla nabywania przedsiębiorstw unijnych przez przedsiębiorstwa obce (z państw, które konkurencyjność swoich przedsiębiorstw „zapewniają” przy pomocy narzędzi politycznych i budżetowych). Zarówno prowadzenie polityki przemysłowej i tworzenie czempionów, jak i ochrona przed „niechcianym” kapitałem obcym mogą wciąż mieć miejsce częściej na szczeblu państw członkowskich UE niż na szczeblu całej Unii.

Tak było zresztą również pod rządami rozp. 4064/89. W sprawie *Aerospatiale-Alenia/de Havilland*¹¹³, Komisja Europejska – po raz pierwszy na gruncie rozp. 4064/89 – zakazała koncentracji, która mogła doprowadzić do stworzenia tzw. europejskiego czempiona na rynku produkcji samolotów. Przeważał jednak w piśmiennictwie pogląd, że decyzja ta nie jest przejawem ważenia wspólnotowych polityk konkurencji i przemysłowej¹¹⁴. Debata na temat relacji między polityką konkurencji i polityką przemysłową wzmogła się po wydaniu przez KE decyzji w sprawie *Mannesmann/Vallourec/Ilva*¹¹⁵. Wprawdzie Merger Task Force zaproponował zakazanie tej koncentracji, gdyż doszłoby do utworzenia wspólnego przedsiębiorstwa produkującego rury stalowe, które uzyskałoby 36% udział w rynku (tym samym poziom konkurencji na tym rynku znacznie by się obniżył), ale Komisja Europejska wyraziła zgodę (warunkową) na dokonanie tej koncentracji, czyli na utworzenie silnego europejskiego producenta rur stalowych. Odrzuciła jednak argument, że uczyniła to realizując politykę przemysłową, aczkolwiek przyznała, że „może to wydawać się pożądane dla polityki przemysłowej lub z innych powodów politycznych”¹¹⁶. Jej zdaniem można tu zatem mówić o koincydencji obu tych polityk, a nie o wypieraniu polityki konkurencji przez politykę przemysłową¹¹⁷.

Także na gruncie rozp. 139/2004 rzadkie były przypadki stosowania innych kryteriów niż związane z konkurencją w sprawach koncentracji o wymiarze unijnym.

¹¹² Tamże, s. 184–185; zob. także 23rd Report on Competition Policy, pkt 155–161.

¹¹³ Zob. decyzję KE z 2.10.1991 r. w sprawie IV/M.053 *Aerospatiale-Alenia/de Havilland* (Dz. Urz. WE 1991 L 334/42).

¹¹⁴ Zob. L. Hawkes, *EC Merger Control Regulation: Not an Industry Policy Instrument: the De Havilland Decision*, ECLR 1992, 13(1), s. 34.

¹¹⁵ Zob. decyzję KE z 31.01.1994 r. w sprawie IV/M.315 *Mannesmann/Vallourec/Ilva*, dostępna na http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m315_en.pdf

¹¹⁶ Zob. C.J. Cook, C.S. Kerse, *EC Merger Control*. Second Edition, Sweet & Maxwell, London 1996, s. 164.

¹¹⁷ Zob. D. Banks, *Non-competititon Factors...*, s. 185.

W kontekście możliwości uwzględniania w ocenie koncentracji o wymiarze unijnym innych interesów publicznych niż ochrona konkurencji należy także zwrócić uwagę na znaczenie niektórych szczegółowych kryteriów oceny „zgodności czy niezgodności [tych koncentracji] ze wspólnym rynkiem”. Rozporządzenie 139/2004 nakłada mianowicie na KE **obowiązek uwzględnienia** w ocenie zgłoszonej koncentracji, m.in. „rozwoju postępu technicznego i gospodarczego, pod warunkiem, że dokonuje się on z korzyścią dla konsumentów i nie stanowi przeszkody dla konkurencji” (art. 2 ust. 1 lit. b/ rozp. 139/2004)¹¹⁸.

Jeśli chodzi o pierwszy z tych czynników, a mianowicie **postęp techniczny**, KE od początku badała, czy zamierzone koncentracje nie doprowadzą do nadmiernego skoncentrowania potencjału w zakresie badań i prac rozwojowych (*research and development*), a przez to do stworzenia lub wzmocnienia pozycji dominującej (czynnik negatywny)¹¹⁹. Zgodę na koncentrację *Du Pont/ICI* KE wydała dopiero wtedy, gdy Du Pont zaproponował środki zaradcze eliminujące zagrożenie taką dominacją¹²⁰. Rozwój postępu technicznego jest jednak współcześnie oceniany przede wszystkim z punktu widzenia wpływu koncentracji na innowacyjność gospodarki i tworzenie podstaw potencjalnej konkurencji (czynnik pozytywny).

Od początku też KE rozumiała **postęp gospodarczy** jako czynnik o charakterze pozytywnym, który może stanowić ograniczoną obronę efektywnościową (*efficiency defence*) koncentracji o charakterze antykonkurencyjnym w ramach oceny dominacji rynkowej¹²¹. Dopiero jednak zmiana podstawowego testu konkurencji w 2004 r. sprawiła, że korzyści efektywnościowe stały się stałym elementem oceny koncentracji dokonywanej w ramach testu konkurencji; znalazło to swój wyraz *explicite* w wytycznych w sprawie oceny koncentracji horyzontalnych i niehoryzontalnych.

Zakres uwzględniania interesów publicznych innych niż ochrona konkurencji w ocenie transgranicznych koncentracji o wymiarze unijnym zależy jednak nie tylko od obowiązków w tym zakresie nałożonych na KE, ale także od – motywowanych takimi interesami – możliwości interwencji państw członkowskich w toczące się przed KE postępowania w sprawach zgłoszonych zamiarów dokonania koncentracji. Te zaś są przede wszystkim konsekwencją zasad rządzących rozdziałem kompetencji w sprawach koncentracji

¹¹⁸ Identyczny przepis zawierał art. 2 ust. 1 rozp. 4064/89.

¹¹⁹ Zob. D. Banks, *Non-competition Factors...*, s. 182–183.

¹²⁰ Decyzja KE z 30.09.1992 r. w sprawie IV/M.214 *Du Pont /ICI* (Dz. Urz. WE 1993 L 7/13).

¹²¹ Zob. np. decyzja KE z 14.02.1995 r. w sprawie IV/M.477 *Mercedes Benz/Kassbohrer* (Dz. Urz. WE 1995 L 211).

między KE a państwami członkowskimi, w tym zasady wyłączności kompetencji KE w sprawach rozporządzenia o kontroli koncentracji.

Rozdział kompetencji do materialnoprawnej oceny koncentracji oraz wydawania na jej podstawie stosownych decyzji między KE i organy krajowe w ramach UE (a właściwie szerzej – w ramach EOG) **na zasadach wyłączności** wyrażają dwa przepisy art. 21 rozp. 139/2004. Pierwszy z nich stwierdza wprost, że z zastrzeżeniem kontroli Trybunału Sprawiedliwości, **Komisja Europejska posiada wyłączne kompetencje** do podejmowania decyzji przewidzianych w niniejszym rozporządzeniu (art. 21 ust. 2)¹²². Drugi stanowi równie wyraźnie, że z zastrzeżeniem kompetencji wynikających z określonych przepisów art. 4 ust. 4 oraz art. 9 rozp. 139/2004 żadne **państwo członkowskie nie stosuje własnego ustawodawstwa** krajowego dotyczącego konkurencji **w stosunku do koncentracji o wymiarze unijnym** (art. 21 ust. 3 akapit pierwszy)¹²³. Przepis ten formułuje tzw. zasadę jednej kontroli (*one stop shop principle*)¹²⁴, która przede wszystkim ma zapobiegać temu, żeby koncentracje nie były po raz drugi oceniane przez organy krajowe. Zdaniem niektórych autorów jest to dosyć skuteczny instrument (*bunt, but effective instrument*), który sprawia, że KE może skutecznie „ignorować sprzeczne [z tym przepisem] środki władz krajowych”¹²⁵.

Od zasady jednej kontroli są przewidziane **dwa wyjątki**. Pierwszym jest możliwość przekazania sprawy koncentracji o wymiarze unijnym do właściwego organu państwa członkowskiego zarówno przed dokonaniem zgłoszenia zamiaru koncentracji do KE, jako organu wyłącznie właściwego do jej oceny (art. 4 ust. 4 rozp. 139/2004), jak i po jego zgłoszeniu (art. 9 rozp. 4064/89 i rozp. 139/2004). Umożliwia to ocenę tych koncentracji w ramach podstawowego (ekonomicznego) testu konkurencji, ale z perspektywy „odrębnego rynku” lokalnego¹²⁶. **Drugim** wyjątkiem, jest możliwość interwencji państw członkowskich w toczące się przed KE postępowania w sprawach koncentracji o wymiarze unijnym, wyrażona *explicite* w prze-

¹²² Identyczny przepis zawierał art. 21 ust. 1 rozp. 4064/89; zob. także motyw 17 rozp. 139/2004.

¹²³ Odpowiedni przepis zawierał art. 21 ust. 2 rozp. 4064/89, aczkolwiek wskazywał on tylko na wyjątek z art. 9, jako że możliwość uprzedniego przekazania zamiaru koncentracji o wymiarze unijnym do właściwego organu państwa członkowskiego została ustanowiona dopiero w rozp. 139/2004 (art. 4 ust. 4); zob. także motyw 18 rozp. 139/2004.

¹²⁴ Zob. motyw 8 rozp. 139/2004; tak też w pkt. 10 pisma KE z 27.01.1999 r., przekazującego władzom brytyjskim decyzję w sprawie wniosku Wielkiej Brytanii o uznanie pewnych interesów uprawnionych w sprawie koncentracji IV/M.1346 *EdF/LE*.

¹²⁵ Zob. S. Hirsbrunner, *Legitimate Interests of the Member States and EU Merger Control*, Alliance Conference, 19 March 2009, s. 3.

¹²⁶ Nie analizowany w niniejszej monografii.

pisach art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 i art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004. Przepisy te zawierają normatywne podstawy ograniczonego stosowania przez państwa członkowskie krajowych środków ochrony ich „uprawnionych interesów” narodowych. *Ratio legis* tych przepisów wyraźnie wyklucza jednak interwencję państw członkowskich w kontrolę tych koncentracji na gruncie krajowego prawa ochrony konkurencji¹²⁷.

Z zasady wyłączności kompetencji do oceny koncentracji o wymiarze unijnym na podstawie rozp. 139/2004, a nie mających tego wymiaru na podstawie prawa krajowego (krajowych reguł prewencyjnej kontroli koncentracji w państwach członkowskich EOG), wynika także, że **państwa członkowskie UE i pozostałe państwa należące do EOG mogą swobodnie decydować o wyborze materialnego testu oceny koncentracji** „o wymiarze narodowym” (nie będących koncentracjami o wymiarze unijnym). Chociaż **większość z nich stosuje dzisiaj jako dominujący dla** ich oceny ekonomiczny **test konkurencji** (test istotnego ograniczenia konkurencji lub test powstania lub wzmocnienia pozycji dominującej), to jednak **niektóre z nich znają także** inne – niż test konkurencji – **testy interesu publicznego**, których zastosowanie stanowi podstawę wyjątkowego dopuszczenia (*public interest exemptions*) do dokonania koncentracji o charakterze antykonkurencyjnym. Ani prawo UE w ogóle, ani w szczególności rozporządzenia o kontroli koncentracji, w tym zasada wyłączności kompetencyjnej KE, nie pozbawiają bowiem państw członkowskich prawa równoległego dokonywania oceny każdej koncentracji wywołującej skutki na ich terytorium (w tym także koncentracji o wymiarze unijnym) na podstawie interesów publicznych innych niż ochrona konkurencji. Przedmiotem poniższych rozważań będą przede wszystkim normatywny wzorzec oraz decyzje i orzecznicze doświadczenia stosowania art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 i art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004.

2.2. Prawo interwencji państw członkowskich UE w postępowaniu w sprawach koncentracji w celu ochrony interesów bezpieczeństwa w zakresie produktów wojskowych

Prawo pierwotne UE ustanawia szczególne **wyłączenie (wyjątek) spod reguł wolnego handlu i konkurencji**, w tym spod zasady wyłączności rozp. 139/2004¹²⁸, dla środków podejmowanych przez państwa członkowskie

¹²⁷ Por. Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, Sixth Edition. Ed. By P. Roth QC, V. Rose, Oxford University Press, Oxford 2008, s. 468.

¹²⁸ Zob. szerzej S. Dudzik, *Współpraca Komisji Europejskiej z organami ochrony konkurencji w sprawach koncentracji*, s. 151 i d.

w celu ochrony podstawowych interesów ich bezpieczeństwa. Zgodnie z art. 346 ust. 1 lit. b) TFUE [b. art. 296 TWE, b. art. 223 TEWG] państwa członkowskie UE mogą odmówić udzielania informacji¹²⁹ oraz podejmować środki mające na celu ochronę ich podstawowych interesów bezpieczeństwa, w tym związanych z „produkcją broni, amunicji i materiałów wojennych”. **Wyłączenie** to było od początku¹³⁰ i będzie z pewnością także w przyszłości **rozumiane wąsko**; stanowisko takie zajmuje zarówno Komisja Europejska¹³¹, jak i Trybunał Sprawiedliwości¹³². Z jednej strony bowiem odnosi się ono tylko do **środków „koniecznych”** (*necessary*)¹³³ dla ochrony „**podstawowych**” interesów bezpieczeństwa (*essential security interests*)¹³⁴. Wyłączenie to znajduje zastosowanie tylko wtedy, gdy środki te odnoszą się do produkcji lub handlu „bronią, amunicją lub materiałami wojennymi” (*arms, munitions and war material*). Co więcej dotyczy tylko takich **produktów wojskowych, które są wymienione na liście**, o której mowa w art. 346 ust. 2 TFUE¹³⁵; na podstawie ówczesnego art. 223 ust. 2 TWE i późniejszego art. 296 ust. 2 TWE oraz obecnego art. 346 ust. 2 TFUE Rada, działając jednomyślnie na wniosek KE, miała i ma prawo wprowadzać zmiany do tej listy. Sądy unijne

¹²⁹ Wyjątek ten obejmuje zatem także prawo państw członkowskich do udzielania (instytucjom UE) „informacji, których ujawnienie uznaje się za sprzeczne z podstawowymi interesami jego bezpieczeństwa” (art. 346 ust. 1 lit. a) TFUE; d. art. 296 ust. 1 lit. a) TWE; d. art. 223 ust. 1 lit. a) TEWG); kwestie te (w zakresie, w jakim mają znaczenie w świetle art. 11 ust. 6 rozp. 139/2004) nie są przedmiotem rozważań niniejszej monografii.

¹³⁰ Por. Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, s. 691 (por. cyt. przez Autorów odpowiedź KE na interpelację w Parlamencie Europejskim; Dz. Urz. WE 1991 C 130/2); P. Christiansen, M. Owen, D. Sjöblom [w:] Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, First Edition. Edited by J. Faull, A. Nikpay, Oxford University Press, Oxford 1999, s. 235.

¹³¹ Zob. Komisja Europejska. Komunikat wyjaśniający w sprawie stosowania artykułu 296 Traktatu w zakresie zamówień publicznych w dziedzinie obronności. Bruksela, 7.12.2006 r., KOM(2006) wersja ostateczna, pkt 2.

¹³² Zob. wyrok ETS w sprawie C-414/97 *KE v. Hiszpania* (Zb. Orz. 1999, s. I-5585), pkt 21–22; zob. także S. Dudzik, *Współpraca Komisji Europejskiej z organami ochrony konkurencji w sprawach koncentracji*, s. 154.

¹³³ Tamże; zob. także wyrok SPI w sprawie T-26/01 *Fiozzi Munizioni v. KE* (Zb. Orz. 2003, s. II-3951), pkt 58.

¹³⁴ Tamże; zob. także Komisja Europejska. Komunikat wyjaśniający w sprawie stosowania art. 296 Traktatu w zakresie zamówień publicznych w dziedzinie obronności, Bruksela 7.12.2006, KOM(2006) 779 wersja ostateczna, pkt 4.

¹³⁵ Lista taka (*List of products referred to in Article 223 [obecnie 296] of the Treaty*) została przyjęta przez Radę decyzją z 15.04.1958 r.; zob. tę listę [w:] Bellamy & Child, *Materials on European Community Law of Competition*. 2008 edition. Ed by M. Macnab, Oxford University Press, Oxford, s. 34.

potwierdziły, że chodzi tu tylko o „produkty wojskowe” (*military products*), czyli wyposażenie (towary i technologie) zaprojektowane i wykonane **wyłączenie** (specjalnie) „**dla celów wojskowych**”¹³⁶. Wyłączenie nie obejmuje zatem środków dotyczących tzw. produktów podwójnego zastosowania (*dual use/technology products*), czyli wyposażenia (towarów i technologii), które mogą mieć zastosowanie zarówno wojskowe (militarne), jak i cywilne¹³⁷. Po trzecie wreszcie, wyłączenie to dotyczy tylko środków, które „nie mogą wpływać na warunki konkurencji na rynku wewnętrznym w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych”.

Nie ulega najmniejszej wątpliwości, że omawiane wyłączenie odnosi się m.in.¹³⁸ do środków krajowych podejmowanych przez państwa członkowskie w celu ochrony bezpieczeństwa publicznego, które mogłyby być zagrożone w wyniku transgranicznych koncentracji o wymiarze unijnym; znajduje to swoje potwierdzenie w motywie 19 rozp. 139/2004, który jednoznacznie stwierdza, że wyłączne zastosowanie tego rozporządzenia do koncentracji o wymiarze unijnym nie narusza praw państw członkowskich do działania na podstawie art. 346 TFUE¹³⁹.

Pod rządami rozp. 4064/89 państwa członkowskie siedmiokrotnie skorzystały z tego wyłączenia w sprawach koncentracji: (1-2) *British Aerospace/VSEL*¹⁴⁰ oraz *GEC/VSEL*¹⁴¹, stanowiących konkurencyjne oferty przejęcia VSEL przez British Aerospace i GEC (General Electronic Company), pro-

¹³⁶ Zob. wyrok SPI w sprawie T-26/01 *Fiozzi Munitioni v. KE* (Zb. Orz. 2003, s. II-3951), pkt 61; wyrok ETS w sprawie C-337/05 *KE v. Włochy* (Zb. Orz. 2008, s. I-2173), pkt 47.

¹³⁷ Współcześnie kontrola eksportu towarów podwójnego zastosowania do krajów nie należących do UE – jako instrument Wspólnej Polityki Handlowej UE – dokonuje się na podstawie rozporządzenia Rady (WE) nr 428/2009 z dnia 5.05.2009 r. ustanawiającego wspólny system kontroli wywozu, transferu, pośrednictwa i tranzytu w odniesieniu do produktów podwójnego zastosowania (Dz. Urz. UE 2009 L 134/1).

¹³⁸ Wyjątek ten odnosi się np. także do udzielania przez państwa członkowskie pomocy publicznej (*state aid*); w przypadku spełnienia przesłanek art. 346 ust. 1 lit. b) TFUE, państwo członkowskie może udzielić także „pomocy publicznej sprzecznej z rynkiem wewnętrznym” (zakazanej). Kwestie te nie są przedmiotem rozważań niniejszej monografii.

¹³⁹ Identyfikacyjnie zasada była formułowana w motywie 28 rozp. 4064/89, odwołującym się do art. 223 TEWG [późn. art. 296 TWE].

¹⁴⁰ Zob. decyzję KE z 24.11.1994 r. w sprawie IV/M.528 *British Aerospace/VSEL*, dostępną na http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m528_en.pdf; zob. także XXIV Report on Competition Policy, European Commission, pkt 336, s. 161; R. Whish, *Competition Law*, Sixth Edition Oxford University Press, Oxford 2009, s. 843.

¹⁴¹ Zob. decyzję KE z 7.12.1994 r. w sprawie IV/M.529 *GEC/VSEL*, dostępną na http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m529_en.pdf; zob. także XXIV Report on Competition Policy, European Commission, pkt 336, s. 161; R. Whish, *Competition Law*, s. 843.

dukujących, m.in. rakiety, w trybie oferty publicznej; (3) *GEC/Thomson-CSF(II)*¹⁴², polegającej na przejęciu przez GEC i Thompson wspólnej kontroli nad nowoutworzoną spółką, która połączy ich działalność w zakresie technik zasilania słonecznego; (4) *British Aerospace/Lagardère*¹⁴³, polegającej na utworzeniu wspólnego przedsiębiorstwa w zakresie broni zdalnie kierowanych i systemów broni towarzyszących; (5) *GEC Marconi/Alenia*¹⁴⁴, polegającej na utworzeniu przez GEC Marconi i Finmeccanica wspólnego przedsiębiorstwa w zakresie radarów naziemnych i morskich, systemów rakietowych, systemów kontroli ruchu lotniczego, systemów dowodzenia i kontroli oraz systemów symulacyjnych; (6) *British Aerospace/GEC Marconi*¹⁴⁵, polegającej na pełnym przejęciu kontroli nad Marconi Electronic Systems przez British Aerospace; (7) *SAAB/Celsius*¹⁴⁶, polegającej na przejęciu przez SAAB (kontrolowaną przez British Aerospace) i spółkę Inwestor wspólnej kontroli nad szwedzką spółką Celsius w drodze gotówkowej oferty publicznej.

We wszystkich tych sprawach, KE zaakceptowała **środki** podejmowane na podstawie ówczesnych art. 223 TEWG lub art. 296 TWE [obecny art. 346 TFUE], polegające na **poinstruowaniu** (*instructed*) przez państwa członkowskie (odpowiednio – Wielką Brytanię, Francję, Włochy lub Szwecję) stron koncentracji, **aby nie zgłaszały do KE zamiarów koncentracji** o wymiarze unijnym **w części dotyczącej** produkcji lub handlu w zakresie **działalności wojskowej** (*military activities*) czy wojskowych aspektów (*military aspects*)

¹⁴² Zob. decyzję KE z 15.05.1996 r. w sprawie IV/M.724 *GEC/Thomson-CSF(II)*, dostępna na http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m724_en.pdf; zob. także XXVI Report on Competition Policy, European Commission, pkt. 157, s. 67; R. Whish, *Competition Law*, s. 843.

¹⁴³ Zob. decyzję KE z 24.11.1994 r. w sprawie IV/M.820 *British Aerospace/Lagardère*, dostępna na http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m820_en.pdf; zob. także XXVI Report on Competition Policy, European Commission, pkt. 157, s. 67; R. Whish, *Competition Law*, s. 843.

¹⁴⁴ Dz. Urz. WE 1998 C 306/12; zob. decyzję KE z 28.08.1998 r. w sprawie IV/M.1258 *GEC Marconi/Alenia*, dostępna na http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m1258_en.pdf; zob. także R. Whish, *Competition Law*, s. 843.

¹⁴⁵ Zob. decyzję KE z 25.06.1999 r. w sprawie IV/M.1438 *British Aerospace/GEC Marconi* (Dz. Urz. WE 1999 C 241/8), dostępna na http://www.ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m1438_en.pdf; zob. także R. Whish, *Competition Law*, s. 843; A. Jones, B. Sufirin, *EC Competition Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, Oxford 2008, s. 987.

¹⁴⁶ Zob. decyzję KE z 4.02.2000 r. w sprawie COMP/M.1797 *SAB/Celsius*, dostępna na http://www.ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m1797_en.pdf; zob. także R. Whish, *Competition Law*, s. 843; A. Jones, B. Sufirin, *EC Competition Laws*, s. 988.

transakcji¹⁴⁷. Równocześnie KE uznała, że strony prawidłowo zgłosiły do niej zamiary tych koncentracji w zakresie, w jakim obejmowały one działalność niewojskową (*non-military activities*). W tym zakresie KE, jako wyłącznie właścicielka¹⁴⁸, dokonała zbadania zgłoszonych koncentracji i uznała, że nie budzą one poważnych wątpliwości z punktu widzenia ich zgodności z ówczesnym rynkiem wspólnym. W konsekwencji, wydała zgody na dokonanie wszystkich tych koncentracji na podstawie art. 6 ust. 1 lit. b) rozp. 4064/89, czyli już na zakończenie pierwszej fazy postępowania w sprawie koncentracji; w przypadku niektórych z tych koncentracji (*GEC/Thomson-CSF(II)*, *GEC Marconi/ Alenia*, *British Aerospace/GEC Marconi*) KE zaakceptowała także określone ograniczenia dodatkowe (*ancillary restrictions*).

Z powyższego wynika, że państwa członkowskie mogą podjąć wszelkie środki służące ochronie ich bezpieczeństwa narodowego, w tym unieemożliwić dokonanie zgłoszenia transgranicznych koncentracji o wymiarze unijnym, tylko wtedy, gdy koncentracje te dotyczą przedsiębiorstw prowadzących działalność wyłącznie w sferze wojskowej (militarnej). Zgłoszenie musi być zatem dokonane nawet wtedy, gdy działalność ta stanowi tylko niewielki procent ich obrotu (*British Aerospace/VSEL* oraz *GEC/VSEL*) lub gdy niektóre, wytwarzane aktualnie przez strony produkty znajdują także zastosowania niewojskowe, tj. są tzw. produktami podwójnego zastosowania (*British Aerospace/Lagardère*). Komisja Europejska nie pozostawia bowiem żadnej wątpliwości, że spełniające przesłanki jurysdykcyjne transgraniczne koncentracje o wymiarze unijnym podlegają zgłoszeniu w zakresie, w jakim obejmują zarówno **produkty cywilne, jak i produkty podwójnego przeznaczenia** (*civil and dual use product*) (*Saab/Celsius*), w tym technologie podwójnego zastosowania¹⁴⁹.

Jak wskazano wyżej, cel (ochrona podstawowych interesów bezpieczeństwa) nie jest jednak jedynym wyznacznikiem zakresu zastosowania art. 346 ust. 1 lit. b) TFUE. Przepis ten upoważnia bowiem państwa członkowskie do podejmowania koniecznych środków służących ochronie ich podstawowych interesów bezpieczeństwa tylko wtedy, gdy nie wywołują skutków antykonkurencyjnych na rynkach produktów przeznaczonych dla celów niewojskowych. Komisja Europejska nie pozostawia żadnej wątpliwości, że państwa członkowskie mogą skorzystać z wyłączenia na podstawie art. 346 TFUE tylko pod warunkiem, że zastosowane przez nie **środki nie wywołują efektu przeniesienia** (*spillover effect*) tej ochrony na sektory nie związane z produkcją na

¹⁴⁷ Zob. C.J. Cook, C.S. Kerse, *EC Merger Control*, 3rd edition, Sweet & Maxwell, London 2000, s. 241.

¹⁴⁸ Tamże.

¹⁴⁹ Zob. XXIV Report on Competition Policy, European Commission, pkt 336, s. 161.

rzecz wojska i nie ma istotnego wpływu na dostawców i kontrahentów (w tym konsumentów) chronionych przedsiębiorstw i państw członkowskich¹⁵⁰. Już w pierwszej decyzji w sprawie koncentracji, w której znalazł zastosowanie ówczesny przepis art. 223 ust. 1 lit. b) TEWG (*British Aerospace/VSEL*), KE stworzyła **specjalny test** oceny środków, jakie państwa członkowskie mogą podejmować w celu ochrony interesów ich bezpieczeństwa; test ten zastosowała dosyć konsekwentnie także w przypadku pozostałych koncentracji badanych w świetle tego przepisu, z wyjątkiem sprawy *Saab/Celsius*.

Zeby środki podejmowane przez państwa członkowskie w celu ochrony interesów bezpieczeństwa narodowego mogły być uznane za zgodne z art. 346 ust. 1 lit. b) TFUE, muszą one spełniać cztery kryteria:

- 1) część koncentracji, która nie podlega zgłoszeniu obejmuje tylko produkcję i handel bronią, amunicją i materiałami wojennymi, które są wymienione na liście, o której mowa w art. 346 ust. 2 TFUE;
- 2) środki podjęte przez państwo członkowskie są konieczne dla ochrony istotnych interesów jego bezpieczeństwa¹⁵¹;
- 3) nie występuje efekt przeniesienia z działalności wojskowej na działalność niewojskową;
- 4) koncentracja będzie miała tylko nieistotny (*non significant*) wpływ na dostawców i subkontraktorów uczestników koncentracji oraz na ministerstwa obrony innych państw członkowskich, ponieważ żaden z uczestników koncentracji nie dokonuje liczącej się sprzedaży danych produktów w innych państwach członkowskich (*British Aerospace/VSEL, GEC/VSEL*), a ponadto, w danym sektorze nie istnieją konsumenci pośredni (*GEC/Thomson-CSF(II)*) lub będą oni tylko nieznacznie dotknięci daną transakcją (*British Aerospace/Lagardère, GEC Marconi/Alenia*).

Można mieć pewne wątpliwości, czy ostatnie z kryteriów tego testu ma swoje bezpośrednie ugruntowanie w art. 346 ust. 1 lit. b) TFUE. Charakterystyczne jest, że KE nie wzięła go pod uwagę już w ocenie koncentracji *British Aerospace/GEC Marconi*. Także w piśmiennictwie rozróżnia się „przesłanki zastosowania art. 296 TWE [obecnie art. 346 TFUE]” oraz „niepowodowanie skutków negatywnych dla dostawców, konsumentów, w tym konsumentów finalnych (czyli ministerstw obrony państw członkowskich)”¹⁵².

¹⁵⁰ Por. także decyzje KE w sprawach: IV/M529 *British Aerospace/VSEL* (1994); IV M/529 *GEC/VSEL* (1994); IV/M820 *British Aerospace/Lagardère SCA* (1996); M.1745 *EADS* (2000).

¹⁵¹ Tylko w przypadku koncentracji *GEC/Thomson-CSF(II)* Komisja Europejska stwierdziła, że środki te tylko wydają się konieczne (*appear to be necessary*).

¹⁵² C.J. Cook, C.S. Kerse, *EC Merger Control*. Third Edition, Sweet & Maxwell, London 2000, s. 241.

W każdym razie, KE stoi na stanowisku, że państwa członkowskie muszą przekazywać jej wystarczające informacje, żeby mogła zweryfikować spełnienie przesłanek zastosowania art. 346 ust. 1 lit. b) TFUE i stwierdzić czy nie wystąpią negatywne skutki dla innych uczestników rynków oraz władz państw członkowskich. Informacje te mogą też być przez nią wykorzystane do zajęcia stanowiska na gruncie art. 348 TFUE [d. art. 298 TWE; d. art. 225 TEWG]¹⁵³. Niewłaściwe (nieprawidłowe) zastosowanie art. 346 TFUE, tj. podjęcie środków przewidzianych w art. 346 ust. 1 lit. b) TFUE, które „powodują zakłócenie warunków konkurencji na rynku wewnętrznym”, nakazuje bowiem KE, wspólnie z państwem członkowskim, „zbadać sposoby dostosowania tych środków do zasad ustanowionych w Traktatach” (art. 348 ust. 1 akapit 1 TFUE). Jeżeli nadużycia uprawnień przewidzianych w art. 346 TFUE nie da się wyeliminować w drodze negocjacji między KE a danym państwem członkowskim, na zasadzie odstępstwa od procedur przewidzianych w art. 258 TFUE [d. art. 226 TWE] i art. 259 TFUE [d. art. 227 TWE] KE i państwa członkowskie mogą wnieść do Trybunału Sprawiedliwości skargę. Trybunał Sprawiedliwości orzeka w tego rodzaju sprawie z wyłączeniem jawności (art. 346 akapit 2 TFUE). W żadnej z ww. spraw koncentracji nie było potrzeby zastosowania przez KE lub państwo członkowskie ww. środków prawnych.

Przez ponad dziesięć ostatnich lat przepisy art. 346 ust. 1 lit. b) TFUE [d. art. 296 ust. 1 lit. b) TWE] ani razu nie zostały formalnie zastosowane. Powody tego stanu rzeczy można wywieść już z decyzji w sprawie koncentracji *Saab/Celsius* z 2000 r., w której strona zgłaszająca początkowo podała KE – w wyniku instrukcji rządu szwedzkiego – tylko informacje dotyczące produktów cywilnych i produktów podwójnego zastosowania. Równocześnie rząd szwedzki poinformował KE, że zamierzona koncentracja jest bardzo ważna dla szwedzkiej zdolności do ochrony jej żywotnych interesów bezpieczeństwa i zaprezentował stanowisko, że aspekty koncentracji odnoszące się o produktów obronnych (*defence products*) nie powinny być badane na podstawie rozp. 4064/89. Jednakże, na wyraźną prośbę KE, strona zgłaszająca przekazała dodatkowe informacje, które umożliwiły KE ocenę wpływu zamierzonej koncentracji na konkurencję także „w odniesieniu do produktów obronnych”¹⁵⁴. Komisja Europejska wyznaczyła rynki właściwe produktowo i geograficznie (szwedzkie rynki GW/GWS, systemów broni torpedowej, C21 i łodzi podwodnych napędzanych paliwem konwencjonalnym; otwarte światowe lub europejskie rynki systemów broni torpedowej i rynki C21;

¹⁵³ Tamże.

¹⁵⁴ Zob. decyzję KE z 4.02.2000 r. w sprawie COMP/M.1797 *SAB/Celsius*, pkt 2.

otwarte światowe rynki łodzi podwodnych napędzanych paliwem konwencjonalnym) oraz nie stwierdziła antykonkurencyjnych efektów horyzontalnych i wertykalnych. W konsekwencji, wyraziła zgodę na dokonanie tej koncentracji na podstawie art. 6 ust. 1 lit. b) rozp. 4064/89. Pośrednio zatem KE odrzuciła możliwość skorzystania przez państwo szwedzkie z ww. środka (instrukcji niezgłaszania tej części transakcji, która wiąże się z działalnością wojskową), co słusznie traktuje się w literaturze jako przejaw zaostżenia stanowiska KE¹⁵⁵. Należy przyjąć, że taka sytuacja może mieć miejsce coraz częściej w związku z deregulacją rynków produktów obronnych i rozwojem konkurencji między ich największymi dostawcami.

Należy dodatkowo podkreślić, że obecnie państwa członkowskie mogą jednak wcale nie interweniować w postępowania dotyczące koncentracji na rynkach wyposażenia wojskowego, które w coraz szerszym zakresie stają się rynkami międzynarodowych zamówień publicznych, a więc tracą swój narodowy charakter¹⁵⁶. Będzie jednak do nich znajdowało „normalne” zastosowanie rozp. 139/2004, które umożliwia państwu członkowskiemu interwencję w postępowania w sprawach transgranicznych koncentracji o wymiarze unijnym, m.in. ze względu na „uprawniony interes” w zakresie „bezpieczeństwa publicznego”, które jest pojęciem szerszym od „podstawowego interesu bezpieczeństwa” (o którym mowa w art. 346 TFUE¹⁵⁷).

2.3. Ochrona „uprawnionych interesów” państw członkowskich w postępowaniach w sprawach transgranicznych koncentracji o wymiarze unijnym

2.3.1. Istota i zakres

Możliwość ochrony określonych uprawnionych interesów narodowych państw członkowskich w toczących się przed Komisją Europejską postępowaniach w sprawach koncentracji o wymiarze unijnym została stworzona w **art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89** i utrzymana w **art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004**. Te, co do zasady, jednobrzmiące przepisy określają **normatywne granice dopuszczalności tego wyjątku od zasady wyłączności kompetencyjnej KE**

¹⁵⁵ Zob. R. Whish, *Competition Law*, s. 843; S. Dudzik, *Współpraca Komisji Europejskiej z organami ochrony konkurencji w sprawach koncentracji*, s. 157.

¹⁵⁶ Por. decyzję KE w sprawie IV/M945 Matra BAe Dynamice/DASA/IFK (1998).

¹⁵⁷ Tak również W. Sadowski [w:] *Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską. Komentarz*, pod red. A. Wróbla. T. III, pod red., D. Kornobis-Romanowskiej, J. Łacny, Warszawa 2010, s. 926–928; S. Dudzik, *Współpraca Komisji Europejskiej z organami ochrony konkurencji w sprawach koncentracji*, s. 153.

w sprawach koncentracji o wymiarze unijnym na **cztery sposoby**. Po pierwsze, dopuszczają podejmowanie przez państwa członkowskie „odpowiednich środków” (*appropriate measures*) wobec koncentracji o wymiarze unijnym, ale tylko w celu ochrony innych niż ochrona konkurencji „uprawnionych interesów” (*legitimate interests*). Po drugie, enumeratywnie wskazują na trzy rodzaje „uprawnionych interesów”, ale też umożliwiają w pewnych okolicznościach ochronę „innych interesów uprawnionych”. Po trzecie, definiują podstawowe przesłanki dopuszczalności ochrony tych interesów. Po czwarte, zawierają pewne regulacje kompetencyjno-proceduralne¹⁵⁸.

Z powyżej wskazanych przepisów wynika wprost, że wyłączenie ma charakter ograniczony; jego przesłanki normatywne powinny więc być interpretowane wąsko/ściśle (*stricte*)¹⁵⁹; znalazło to swoje bezpośrednie potwierdzenie w nocie interpretacyjnej wystosowanej przez KE zaraz po wydaniu rozp. 4064/89¹⁶⁰, w którym zdefiniowano istotę tego wyjątku i zakres rozumienia trzech podstawowych „interesów uprawnionych”, a także w praktyce decyzyjnej i orzeczniczej stosowania art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 i art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004¹⁶¹, np. w częstym żądaniu przez KE podejmowania dopuszczalnej interwencji w ścisłej współpracy z KE¹⁶².

Normatywną istotę prezentowanej instytucji prawnej wyraża przede wszystkim przepis mówiący, że „państwa członkowskie mogą podjąć właściwe środki w celu ochrony uprawnionych interesów innych niż te, które są brane pod uwagę w niniejszym rozporządzeniu...” (art. 21 ust. 4 akapit pierwszy rozp. 139/2004)¹⁶³. Przepis ten, jest od początku uznawany przez KE za swoistą klauzulę generalną (*general clause*)¹⁶⁴; ma **trzy istotne elementy**. Pierwszy ogranicza zakres tego uprawnienia do **przyczyn innych, niż te, które bierze pod uwagę rozporządzenie w sprawie kontroli**

¹⁵⁸ Uwarunkowania kompetencyjne i regulacyjne stosowania instytucji prawnej ochrony interesów uprawnionych państw członkowskiej będą przedmiotem rozważań pkt 5.1 niniejszego rozdziału.

¹⁵⁹ Zob. R. Whish, *Competition Law*, s. 826.

¹⁶⁰ Zob. Notes on Council Regulation (EEC) 4064/89. Commission of the European Communities. Bulletin of the European Communities. Supplement 2/90; usunięta ze strony internetowej DG 4, ale dostępna np. [w:] Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*. Appendices, Sweet&Maxwell, 2001, s. 333–337. Cyt. niżej jako: Notes on Council Regulation (EEC) 4064/89.

¹⁶¹ Zob. niżej pkt 2.3.2 niniejszego rozdziału.

¹⁶² Komisja Europejska zażądała przynajmniej poinformowania jej o podejmowanych odpowiednich środkach w decyzjach w sprawach: Sun Alliance oraz London Electricity.

¹⁶³ Identyczny przepis zawierał art. 21 ust. 3 akapit pierwszy rozp. 4064/89.

¹⁶⁴ Zob. Notes on Council Regulation (EEC) 4064/89, s. 24.

koncentracji¹⁶⁵. Ponieważ rozp. 4064/89 i rozp. 139/2004 biorą pod uwagę wyłącznie interes publiczny w ochronie skutecznej konkurencji, przepis ten **pozwała państwom członkowskim UE i pozostałym państwom EOG chronić ich „uprawnione interesy” tylko w drodze interwencji** w postępowania w sprawie koncentracji o wymiarze unijnym **opartej na przesłankach niezwiązanych z konkurencją**. Znalazło to swoje jednoznaczne potwierdzenie np. w sprawie koncentracji *Unicredito/BHV*, do której Polska nie chciała dopuścić, m.in. z uwagi na skutki dla konkurencji na polskich rynkach bankowości detalicznej¹⁶⁶.

Dla zapobieżenia nadużywania tego przepisu KE sformułowała szczególne zasady stosowania art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 w ww. nocie interpretacyjnej z 1990 r.¹⁶⁷. Stwierdziła w niej, że – po pierwsze – klauzula ta nie tworzy nowych praw dla państw członkowskich a tylko sankcjonuje uznanie przez prawo UE posiadanych już przez nie uprawnień do interwencji w pewne aspekty koncentracji dotyczących terytoriów podlegających ich jurysdykcji na podstawach innych niż te, które są przedmiotem regulacji tego rozporządzenia. Stosowanie tej klauzuli potwierdza tylko możliwość państw członkowskich do wydania na tych podstawach decyzji, które albo zakazują dokonania koncentracji, albo wyrażają na nie zgodę. Klauzula ta nie uprawnia zatem w szczególności państwa członkowskiego do wyrażenia zgody na dokonanie koncentracji, której KE zakazała na podstawie rozporządzenia o kontroli koncentracji¹⁶⁸. Przede wszystkim jednak państwa członkowskie nie mogą pod szyldem ochrony ich uprawnionych interesów uzasadniać swoich decyzji na bazie rozważań (względów), które KE musi brać pod uwagę przy dokonywaniu oceny koncentracji w skali europejskiej (*concentrations on European scale*). Komisja Europejska podkreśliła, że – pamiętając o traktatowym wymogu zachowania i rozwoju skutecznej konkurencji na rynku wspólnym (dzisiaj: wewnętrznym) – musi ona dokonywać, w zgodzie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości w sprawach reguł konkurencji, oceny zgodności koncentracji w ogólnym kontekście osiągnięcia fundamentalnych celów Traktatu wymienionych w art. 2 d. TWE [dzisiaj: art. 3 TUE] oraz wzmocnienia spójności gospodarczej i społecznej

¹⁶⁵ Tak m.in. w pkt 10 pisma KE z 27.01.1999 r. przekazującego władzom brytyjskim decyzję w sprawie wniosku Wielkiej Brytanii o uznanie pewnych interesów uprawnionych w sprawie koncentracji IV/M.1346 *EdF/LE*.

¹⁶⁶ Zob. decyzję KE z 18.10.2005 r. w sprawie COMP/M.3894 *Unicredito/HVB*.

¹⁶⁷ Zob. Notes on Council Regulation (EEC) 4064/89, s. 24–25.

¹⁶⁸ Tamże, s. 24; zob. S. Dudzik, *Zasada wyłączności jurysdykcji Wspólnoty Europejskiej w sprawach połączeń przedsiębiorstw a uprawnienia państw członkowskich*, PiP 1996, z. 4–5, s. 185.

Wspólnoty (dzisiaj: Unii), o której mowa w art. 130a d. TWE (dzisiaj: art. 174 i d. TFUE)¹⁶⁹.

W świetle późniejszego orzecznictwa można też stwierdzić, że drugi element art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 – przypisanie tego uprawnienia „państwom członkowskim” – oraz element trzeci – określenie formy ich działania jako podejmowania „właściwych środków” ochrony ich uprawnionych interesów – są interpretowane szeroko.

Nie ulega wątpliwości, że przepis ten dotyczy **działań dowolnego organu państwa członkowskiego**, w tym niezależnego regulatora sektorowego, także wtedy, gdy został on powołany na skutek nałożenia na państwo członkowskie obowiązku jego utworzenia w drodze dyrektywy regulacyjnej¹⁷⁰ i niezależnie od tego, czy organ taki ma prawo wystąpić do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniem prejudycjalnym¹⁷¹.

„**Właściwymi środkami**” natomiast mogą być wszelkie działania tych organów, które prowadzą zarówno do całkowitego zablokowania (zakazu) danej transgranicznej koncentracji, jak i do nałożenia na strony danej transakcji takich warunków czy wymagań (np. w trybie zgody warunkowej), które utrudnią jej dokonanie; w swych decyzjach stwierdzających naruszenie art. 21 rozp. 139/2004 KE podkreśla jednolicie, że w celu ochrony „uprawnionych interesów” państwa członkowskie mogą podejmować środki, które „zakazują, poddają warunkom lub w jakikolwiek inny sposób utrudniają takie transakcje”¹⁷². Takimi środkami są najczęściej decyzje warunkowe. Ich blokująca lub ograniczająca funkcja wyraża się w tym, że w przypadku nierealizowania nałożonych na przejmującego kontrolę warunków istnieje „ryzyko cofnięcia zgody warunkowej, a przynajmniej zastosowania kar pieniężnych lub środków tymczasowych (...) przez organy administracyjne (...) sądy”¹⁷³.

¹⁶⁹ Zob. Notes on Council Regulation (EEC) 4064/89, s. 25.

¹⁷⁰ Zob. np. pkt 35–36 decyzji KE z 5.12.2007 r. w sprawie COMP/M.4685 *Enel/Acciona/Endesa*; zob. także wyroki ETS w sprawie C-224/01 *Köbler* (Zb. Orz. 2003, s. I-10239), pkt 31, oraz w połączonych sprawach C-46/93 i 48/93 *Brasserie de Pêcheur i Factorame* (Zb. Orz. 1996, s. I-1029), s. 33 i 34.

¹⁷¹ Zob. wyroki ETS w sprawach: C-106/77 *Simmentahl* (Zb. Orz. 1978, s. 629), pkt 17–21; 103/88 *Fratelli Constanzo v. Comune di Milano* (Zb. Orz. 1989, s. 1839), pkt 32; C-198/01 *Consorzio Industrii Fiammiferi* (Zb. Orz. 2003, s. I-8050).

¹⁷² Zob. pkt 22 decyzji KE z 26.09.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 *E.ON/Endesa*; pkt 24 decyzji KE z 20.12.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 *E.ON/Endesa*; pkt 22 decyzji KE z 5.12.2007 r. w sprawie COMP/M.4685 *Enel/Acciona/Endesa*.

¹⁷³ Zob. pkt 52 *in fine* decyzji KE z 20.12.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 *E.ON/Endesa*; zob także pkt 43 decyzji KE z 5.12.2007 r. w sprawie COMP/M.4685 *Enel/Acciona/Endesa*.

Zakres dopuszczalności ochrony narodowych interesów publicznych w postępowaniach w sprawach koncentracji o wymiarze unijnym był przedmiotem długich i trudnych negocjacji państw członkowskich przed wydaniem rozp. 4064/89. Wprawdzie wszyscy ówczesni członkowie WE uznawali potrzebę umożliwienia im interwencji w postępowaniu w sprawach koncentracji transgranicznych, ale nie było między nimi zgody co do tego jak długa powinna być lista „uprawnionych interesów” uzasadniających taką interwencję; niektórzy z nich optowali za długą listą, inni za krótką. W rezultacie stworzona została krótka lista¹⁷⁴ „interesów uprawnionych” *ex lege* jednak zapewniono także pewną fleksyjność tego rozwiązania¹⁷⁵, poprzez przyznanie państwom członkowskim prawa do wystąpienia do KE o uznanie „innego interesu publicznego” za „interes uprawniony” umożliwiający blokowanie zgody na koncentrację, której państwa członkowskie nie chcą dopuścić na podstawie analizy ich szerszego kontekstu politycznego. Nie zdecydowano się zatem np. na znacznie dłuższą listę – znanych prawu UE – „względów usprawiedliwiających” ograniczenie reguł integracji i konkurencji na gruncie prawa krajowego¹⁷⁶.

Z punktu widzenia zakresu dopuszczalności interwencji państw członkowskich w prowadzone przez KE postępowania w sprawach transgranicznych koncentracji o wymiarze unijnym zarówno w art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89, jak i art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004 wyróżniono **dwie grupy interesów uprawnionych**: (1) **grupę „interesów uprawnionych” *explicite***, zwanych też „interesami uznanymi” (*recognised interests*)¹⁷⁷ lub „wymienionymi i zdefiniowanymi” (*listed and defined*)¹⁷⁸, oraz (2) **grupę „innych interesów uprawnionych” (*other legitimate interest*)**, zwanych też „interesami bezimiennymi” (*innominate interests*)¹⁷⁹. Artykuł 21 ust. 4 akapit drugi rozp. 139/2004 stanowi bowiem najpierw wprost, że „bezpieczeństwo publiczne, pluralizm środków

¹⁷⁴ Jak się wskazuje w literaturze (C.J. Cook, C.S. Kerse, *EC Merger Control*, 2000, s. 238) „krótszą niż np. lista zawarta w art. 30 [obecnie 36] Traktatu, obejmującą dodatkowo moralność publiczną, politykę publiczną, ochronę zdrowia, i ochronę praw własności przemysłowej i handlowej”.

¹⁷⁵ M. Furse, *The Law of Merger Control in the EC and the UK*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2007, s. 61.

¹⁷⁶ Por. np. następujące przepisy d. TWE: art. 30, 46, 54 i 85 [dzisiaj: art. 36, 52, 61, 105 TFUE] oraz liczne przepisy prawa wtórnego.

¹⁷⁷ Zob. pkt 23 decyzji KE z 26.09.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 *E.ON/Endesa*; pkt 25 decyzji KE z 20.12.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 *E.ON/Endesa*; pkt 23 decyzji KE z 5.12.2007 r. w sprawie COMP/M.4685 *Enel/Acciona/Endesa*.

¹⁷⁸ Zob. G.M. Borges, *The legitimate Interests of Member States in the EC Merger Law*, *European Public Law* 2003, 9(3), s. 346, 350.

¹⁷⁹ Tamże, s. 352.

przekazu oraz zasady ostrożnościowe uważa się za uprawnione interesy w rozumieniu akapitu pierwszego¹⁸⁰. Narodowymi „interesami uprawnionymi” są zatem tylko trzy zdefiniowane w tym przepisie *ex lege* (*per se*) interesy: bezpieczeństwo publiczne (*public security*), pluralizm mediów (*pluralism of the media*) oraz reguły ostrożnościowe (*prudential rules*). Rozporządzenie stanowi jednak dalej, że „każdy inny rodzaj interesu publicznego musi zostać zgłoszony Komisji przez zainteresowane państwo członkowskie i jest uznawany przez Komisję po ocenie jego zgodności z zasadami ogólnymi i innymi przepisami prawa wspólnotowego zanim mogą zostać podjęte środki określone powyżej. Komisja powiadamia zainteresowane państwo członkowskie o swojej decyzji w ciągu 25 dni roboczych od dnia tego zgłoszenia” (art. 21 ust. 4 akapit trzeci)¹⁸¹. Każdy inny rodzaj interesu publicznego może być zatem chroniony na podstawie wyłączenia zawartego w art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004 (a) tylko pod warunkiem, że został on zgłoszony Komisji Europejskiej zanim podjęto służące jego realizacji środki¹⁸² i (b) tylko wtedy, gdy Komisja Europejska – w drodze decyzji wydanej w ciągu 25 dni roboczych od zgłoszenia – stwierdziła jego zgodność z generalnymi zasadami i innymi przepisami prawa UE. W ten sposób oba rozporządzenia tworzą **dwa reżimy prawne** korzystania przez państwa członkowskie z możliwości ochrony ich uprawnionych interesów. Reżimy te różnią się zasadniczo zarówno co do istoty uprawnień interwencyjnych państw członkowskich, jak i kompetencji KE do przeciwdziałania ich nadużywaniu¹⁸³.

Wyeliminowaniu możliwości podważenia zasady wyłączności kompetencyjnej KE w sprawach koncentracji o wymiarze unijnym w drodze „odpowiednich środków” służą jednak przede wszystkim materialnoprawne **przesłanki ograniczające zakres tego wyłączenia**. Zarówno art. 21 ust. 3 akapit pierwszy rozp. 4064/89, jak i art. 21 ust. 4 rozp. akapit pierwszy rozp. 139/2004 stwierdzają *explicite*, że środki krajowe, mające służyć ochronie „interesów uprawnionych” obu ww. grup (zdefiniowanych *ex lege* oraz innych, uznanych za uprawnione przez KE), mogą być stosowane tylko wtedy, gdy „są zgodne z ogólnymi zasadami i innymi przepisami prawa wspólnotowego”¹⁸⁴. Jak łatwo zauważyć, przesłanki te („zasady ogólne” i „inne przepisy prawa wspólnotowego”) zostały sformułowane na tyle ogólnie, że od początku było

¹⁸⁰ Identyczny przepis zawierał art. 21 ust. 3 akapit drugi rozp. 4064/89.

¹⁸¹ Identyczny przepis zawierał art. 21 ust. 3 akapit trzeci rozp. 4064/89.

¹⁸² Słusznie podnosi się w literaturze (R. Whish, *Competition Law*, s. 826), że prawo nie określa żadnego terminu, w jakim państwa członkowskie winny wystąpić z takim wnioskiem.

¹⁸³ Zob. szerzej niżej w pkt 5.1 niniejszego rozdziału.

¹⁸⁴ Por. także motyw 19 rozp. 139/2004.

oczywiste, że będą musiały zostać zinterpretowane w praktyce decyzyjnej i w orzecznictwie. Jak się wydaje, proces ten wciąż nie jest zakończony.

Jeśli chodzi o „zasady ogólne” (*general principles*), z którymi środki krajowe służące ochronie interesów publicznych, czyli zakazy lub ograniczenia nakładane na zamierzone koncentracje, muszą być zgodne, to w nocie interpretacyjnej wyjaśniającej zasady stosowania art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 KE uznała najpierw, że nie mogą one stanowić „ani formy arbitralnej dyskryminacji, ani nadmiernego/ukrytego [*disguised*] ograniczenia handlu między państwami członkowskimi”¹⁸⁵, a następnie stwierdziła, że „w stosowaniu zasady konieczności lub skuteczności [*efficacy*] oraz zasady proporcjonalności, środki podejmowane przez państwa członkowskie muszą sprostać kryteriom odpowiedniości (*appropriateness*) celów i muszą być ograniczone do minimum działań koniecznych dla zapewnienia ochrony danych interesów uprawnionych”. Państwa członkowskie muszą zatem wybrać spośród istniejących alternatyw „środek, który jest obiektywnie najmniej ograniczający dla osiągnięcia końcowego rezultatu [*end pursued*]”¹⁸⁶.

Warto zauważyć, że w swojej praktyce decyzyjnej, KE formułuje przesłanki dopuszczalności ochrony interesów niezwiązanych z konkurencją nieco inaczej, a do tego nie całkiem jednolicie. Mianowicie we wszystkich decyzjach wydanych na podstawie art. 21 rozp. 139/2004 stwierdza najpierw, że państwa członkowskie mogą podejmować środki ochrony tych interesów tylko wtedy, gdy „środki te są konieczne i proporcjonalne dla ochrony interesów zgodnych z zasadami ogólnymi i innymi przepisami prawa wspólnotowego”¹⁸⁷; zaraz potem jednak wskazuje, że środki te muszą pozostawać w zgodzie z „zasadami proporcjonalności i niedyskryminacji”¹⁸⁸. W decyzjach tych przeprowadza każdorazowo właśnie testy „proporcjonalności” i „niedyskryminacji”. W przypadku reżimu „innych interesów publicznych” KE stwierdza w swych decyzjach, że po otrzymaniu powiadomienia o zamiarze

¹⁸⁵ Notes on Council Regulation (EEC) 4064/89, s. 25. Zwraca uwagę, że są to przesłanki identyczne do tych, które zawężają wyłączenie spod zakazu ograniczeń w swobodnym przepływie towarów (art. 30 ust. 2 TWE; dzisiaj: art. 36 ust. 2 TFUE).

¹⁸⁶ Notes on Council Regulation (EEC) 4064/89, s. 25. Czyli muszą to być środki „odpowiednie do celu” i „ograniczone do minimum koniecznego dla zapewnienia ochrony uprawnionych interesów”; jeżeli istnieje możliwość wyboru między różnymi alternatywami, państwa członkowskie muszą więc wybrać środki najmniej restryktywne.

¹⁸⁷ Zob. pkt 22 decyzji KE z 26.09.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 *E.ON/Endesa*; pkt 24 decyzji KE z 20.12.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 *E.ON/Endesa*; pkt 22 decyzji KE z 5.12.2007 r. w sprawie COMP/M.4685 *Enel/Acciona/Endesa*.

¹⁸⁸ Zob. pkt 23 decyzji KE z 26.09.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 *E.ON/Endesa*; pkt 25 decyzji KE z 20.12.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 *E.ON/Endesa*; pkt 23 decyzji KE z 5.12.2007 r. w sprawie COMP/M.4685 *Enel/Acciona/Endesa*.

podjęcia krajowych środków ochronnych, zdecyduje ona „czy środki takie są konieczne i proporcjonalne dla ochrony interesów zgodnych z prawem wspólnotowym”¹⁸⁹ oraz czy „nie stanowią arbitralnej dyskryminacji lub nadmiernego ograniczenia swobody przedsiębiorczości lub swobody przepływu kapitału lub, w jakimkolwiek innym względzie, naruszenia zasad ogólnych lub innych przepisów prawa wspólnotowego”¹⁹⁰, czy inaczej – „nie stanowią naruszenia zasad ogólnych lub innych przepisów prawa wspólnotowego, np. środka arbitralnej dyskryminacji lub nadmiernego ograniczenia swobody przedsiębiorczości lub swobody przepływu kapitału”¹⁹¹.

W swej praktyce decyzyjnej KE odwołuje się natomiast stosunkowo rzadko do innych możliwych (zwłaszcza niepisanych, lecz tkwiących immanentnie w traktatach)¹⁹² zasad ogólnych prawa unijnego, w tym np. zasad pierwszeństwa prawa unijnego przed prawem krajowym oraz bezpośredniego skutku prawa UE. Powołała się na nie wprost w sprawie *E.ON/Endesa*, w której Hiszpania użyła argumentu (obrony), zgodnie z którym środki krajowe zostały przez nią podjęte na podstawie krajowego aktu ustawodawczego (dekretu królewskiego 4/2006), a w świetle orzecznictwa hiszpańskiego Trybunału Konstytucyjnego, hiszpańskie organy administracyjne są zobowiązane działać na podstawie prawa hiszpańskiego, nawet jeśli jest ono sprzeczne z prawem UE, a tak właśnie było w przypadku dekretu królewskiego 4/2006, który KE uznała za sprzeczny z art. 56 i 43 TWE i przeciwko któremu wszczęła postępowanie na podstawie art. 226 TWE. Komisja Europejska nie mogła zatem nie uznać, że „takie założenie jest sprzeczne z zasadami pierwszeństwa i bezpośredniego stosowania prawa wspólnotowego”¹⁹³. Znajduje to swoje pełne potwierdzenie w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości, który wielokrotnie stwierdził, że „nie tylko sądy krajowe, ale także krajowe organy administracyjne są podmiotem obowiązku odmowy, jeżeli jest to konieczne, do zastosowania przepisów prawa krajowego pozostających w konflikcie z prawem wspólnotowym i że podmioty indywidualne mogą przez to opierać się na nich przeciw przepisom krajowym”¹⁹⁴.

¹⁸⁹ Zob. pkt 24 decyzji KE z 26.09. 2006 r. w sprawie COMP/M.4197 *E.ON/Endesa*; pkt 24 decyzji KE z 5.12.2007 r. w sprawie COMP/M.4685 *Enel/Acciona/Endesa*.

¹⁹⁰ Zob. pkt 24 decyzji KE z 26.09.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 *E.ON/Endesa*.

¹⁹¹ Zob. pkt 26 decyzji KE z 20.12.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 *E.ON/Endesa*; pkt 24 decyzji KE z 5.12.2007 r. w sprawie COMP/M.4685 *Enel/Acciona/Endesa*.

¹⁹² Zob. szerzej S. Dudzik, *Współpraca Komisji Europejskiej z organami ochrony konkurencji w sprawach koncentracji przedsiębiorstw*, s. 129.

¹⁹³ Zob. pkt 57 decyzji KE z 20.12.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 *E.ON/Endesa*; zob także pkt 49 decyzji KE z 26.09.2006 r. sprawie COMP/M.4197 *E.ON/Endesa*.

¹⁹⁴ Zob. wyroki ETS w sprawach: C-106/77 *Simmenthal* (Zb. Orz. 1978, s. 629), pkt 17–21; C-103/88 *Fratelli Constanzo v. Comune di Milano* (Zb. Orz. 1989, s. 1839), pkt 32;

Tym samym KE uznała, że sam fakt, że wymogi nałożone na E.ON są oparte na przepisach krajowych sprzecznych z art. 56 i 43 TWE (dzisiaj: art. 63 i 49 TFUE) wystarczy, żeby uznać je za sprzeczne z prawem UE. Co więcej, decyzja Ministra Przemysłu, Turystyki i Handlu w zakresie, w jakim odmawia oceny zgodności przepisów krajowych z prawem UE, „stanowi sama w sobie naruszenie fundamentalnych zasad prawa wspólnotowego”¹⁹⁵.

Jeśli chodzi o „**inne przepisy prawa wspólnotowego**” (*other provisions of Community law*) [dzisiaj: prawa UE], z którymi krajowe środki ochronne muszą być zgodne, w grę wchodzi przede wszystkim swobody przepływu (*free movements*) konstruujące rynek wewnętrzny, zbudowane na zasadzie niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową (art. 12 TWE [dzisiaj: art. 18 TFUE]). Obecnie są one rozumiane szerzej¹⁹⁶. Naruszenie „swobód przepływu” było najczęstszym przypadkiem naruszenia „innych przepisów prawa wspólnotowego” dlatego, że poddanie koncentracji transgranicznej określonym przez państwo członkowskie warunkom (wymogom) w celu ochrony „interesów uprawnionych”, ogranicza z reguły „wolność gospodarczą przedsiębiorstw” (*economic freedom of undertakings*) w okresie po dokonaniu takiej koncentracji, jaką gwarantuje przede wszystkim swoboda przepływu kapitału (*free movement of capital*) i swoboda przedsiębiorczości (*right of establishment*). Komisja Europejska podkreśla często, że dla stwierdzenia ograniczenia swobody przepływu kapitału i swobody przedsiębiorczości wystarczające jest, że środki krajowe tworzą „przeszkody” (*obstacles*) dla tych swobód; nie jest konieczne, żeby „środki takie całkowicie uniemożliwiały korzystanie z tych fundamentalnych swobód”¹⁹⁷. Komisja Europejska odwołuje się tu do utrwalonego orzecznictwa, zgodnie z którym „ograniczenie swobody przedsiębiorczości jest zakazane przez art. 56 ust. 1 TWE [dzisiaj: art. 63 ust. 1 TFUE] nawet wtedy, gdy jest ograniczone co do zakresu lub jest mniejszego znaczenia”¹⁹⁸. Sprzeczności z przepisami prawa UE, w tym swobodami konstruującymi rynek wewnętrzny, nie eliminuje zaakceptowanie przez przedsiębiorstwo przejmujące kontrolę (np. E.ON)

C-198/01 *Conorzio Industria Fiammiferi* (Zb. Orz. 2003, s. I-8050), s. 49 oraz C-224/97 *Erich Ciola v. Land Vorarlberg* (Zb. Orz. 1999, s. I-2517), pkt 29–34.

¹⁹⁵ Zob. pkt 57 decyzji KE z 20.12.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 *E.ON/Endesa*.

¹⁹⁶ Por. decyzję KE w sprawie IV/M.1616 – *BSCH/A.Champalimaud*, w której uznała ona, że Portugalia chciała w tym przypadku chronić strategiczny sektor gospodarki, czego nie ma w art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89, i co jest sprzeczne z zasadami niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową i ze swobodą przedsiębiorczości.

¹⁹⁷ Zob. pkt 58 decyzji KE z 20.12.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 *E.ON/Endesa*.

¹⁹⁸ Zob. wyrok ETS w sprawach: C-49/89 *Corsica Ferries France* (Zb. Orz. 1989, s. 4441), pkt 8 oraz C-9/02 *De Lasteyrie du Saillant* (Zb. Orz. 2004, s. I-2409), pkt 43.

nad spółką z innego państwa członkowskiego (np. Endesa) nałożonych nań warunków¹⁹⁹.

W całej swej dotychczasowej praktyce decyzyjnej KE jednolicie i jednoznacznie odrzucała argumenty państw członkowskich, że dane środki ochronne mogą być uznane za „inne uprawnione interesy”, gdy służą „ogólnym celom polityki gospodarczej” (*general economic policy objectives*)²⁰⁰.

2.3.2. Dorobek decyzyjny i orzeczniczy

Ilość postępowań w sprawach koncentracji, w których podjęte przez KE działania miały związek z interwencją państw członkowskich w celu ochrony uprawnionych interesów była jak dotychczas niewielka, i to zarówno w okresie obowiązywania rozp. 4064/89, jak i pod rządami rozp. 139/2004. Sama KE klasyfikuje łącznie **osiem** spraw koncentracji jako sprawy rozstrzygnięte na podstawie art. 21 rozporządzenia o kontroli koncentracji przedsiębiorstw²⁰¹, w tym na podstawie art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 – **pięć** (po jednej w latach 1995, 1997, 1999, 2000 i 2002), a na podstawie art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004 – **trzy** (dwie w 2006 r. i jedna w 2007 r.)²⁰². Statystyka ta nie jest jednak wiarygodna. Nie ma wątpliwości, że pod rządami art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 obejmuje ona: w 1995 r. sprawę *UK Water Industry Act*²⁰³, w 1999 r. sprawę *BSCH/Champalimaud*²⁰⁴ i w 2000 r. sprawę *Cecil/Holderbank/Cimpor*²⁰⁵. Na podstawie dostępnych źródeł unijnych i piśmiennictwa nie można bowiem stwierdzić, jakie decyzje w sprawach koncentracji zostały zaklasyfikowane jako wydane na podstawie art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 w 1997 r. i w 2002 r., oraz dłużej w statystyce tej nie została ujęta decyzja w sprawie *EdF/London Electricity* wydana w 1999 r.²⁰⁶, skoro została do niej zaliczona decyzja w sprawie *UK Water Industry Act*. Pod rządami rozp. art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004 nie ma problemu ze zidentyfikowaniem

¹⁹⁹ Zob. pkt 59 decyzji KE z 20.12.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 *E.ON/Endesa*.

²⁰⁰ Zob. pkt 54 decyzji KE z 20.12.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 *E.ON/Endesa*; pkt 37 decyzji KE z 5.12.2007 r. w sprawie COMP/M.4685 *Enel/Acciona/Endesa*.

²⁰¹ Zob. <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>.

²⁰² R. Whish (*Competition Law*, s. 840) uważa za znamienne, że aż trzy z tych ośmiu zastosowań obrony klauzulą interesu uprawnionego miały miejsce w latach 2006–2007.

²⁰³ Sprawa *UK Water Industry Act* dotyczy koncentracji *Lyonnaise des Eaux/Nurthumbrian Water*, na którą KE wyraziła zgodę decyzją z 29.03.1995 r.; obie nazwy będą używane zamiennie.

²⁰⁴ Zob. decyzję KE z 20.07.1999 r. w sprawie IV/M.1616 *BSCH/A. Champalimaud*.

²⁰⁵ Zob. decyzję KE z 22.11.2000 r. w sprawie COMP/M.2054 *Cecil/Holderbank/Cimpor*.

²⁰⁶ Zob. decyzję KE z 27.01.1999 r. w sprawie IV/M.1346 *EdF/London Electricity*.

w tej statystyce dwóch spraw z 2006 r. – *E.ON/Endesa*²⁰⁷ oraz *Enel/Acciona/Endesa*²⁰⁸, a także sprawy *Unicredito/HVB* z 2007 r.²⁰⁹

Statystyka ta nie odzwierciedla także faktycznej skali spraw dotyczących transgranicznych koncentracji o wymiarze unijnym, w których w postępowaniu przed KE miały miejsce rozważania odnoszące się do „uprawnionych interesów” państw członkowskich. W rzeczywistości było około **piętnastu** takich **postępowań**. Do kategorii tej można zaliczyć postępowania w zgłoszonych KE sprawach koncentracji, które zakończyły się zgodą na ich dokonanie, wydaną na podstawie art. 6 ust. 1 lit. b) rozp. 4064/89 (sprawy *IBM/CGI*²¹⁰, *Newspaper publishing*²¹¹ oraz *Sun Alliance/Royal Insurance*²¹²) lub rozp. 139/2004 (*Alterbetis/Autostrade*²¹³ oraz *NewsCorp/BSkyB*²¹⁴), a także w sprawach, które nie kończyły się wydaniem formalnej decyzji i były omówione w innych aktach lub dokumentach KE (np. raportach z polityki konkurencji)²¹⁵. We wszystkich tych sprawach KE zaakceptowała prawo państw członkowskich do zastosowania środków ochrony ich „uprawnionych interesów”.

We wszystkich ww. sprawach, rozważania wokół kwestii możliwości odwołania się do kategorii uprawnionych interesów prowadziły do różnego rodzaju działań KE, państw członkowskich i/lub uczestników koncentracji. Z tego względu, działania te można podzielić na **cztery grupy**. Do **pierwszej** należą postępowania w sprawach koncentracji *UK Water Industry Act (Lyonnaise des Eaux/Nurthumbrian Water)*²¹⁶ i *EdF/London Electricity*²¹⁷, w których KE wydała „formalne” **decyzje na podstawie art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89, nie stwierdzające naruszenia** tego właśnie przepisu.

W sprawie *UK Water Industry Act* KE „uznała” brytyjski **interes publiczny w zakresie dostaw wody** za „**inny interes uprawniony**”. Warto zauważyć, że była to sprawa wszczęta na pierwszy – w ogóle – formalny (brytyjski)

²⁰⁷ Zob. decyzję KE: z 9.06.2006 r. i z 20.12.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 *E.ON/Endesa*.

²⁰⁸ Zob. decyzję KE z 5.12.2007 r. w sprawie COMP/M.4685 *Enel/Acciona/Endesa*.

²⁰⁹ Zob. decyzję KE z 18.10.2005 r. w sprawie COMP/M.3894 *Unicredito/HVB*.

²¹⁰ Zob. decyzję KE z 19.05.1993 r. w sprawie IV/M.332 *IBM France/CGI*.

²¹¹ Zob. decyzję KE z 14.04.1994 r. w sprawie IV/M.423 *Newspaper Publishing*.

²¹² Zob. decyzję KE z 18.06.1996 r. w sprawie IV/M.759 *Sun Alliance/Royal Insurance*.

²¹³ Zob. decyzję KE z 22.09.2006 r. w sprawie COMP/M.4249 *Abertis/Autostrade*. Sprawa sądowa została zamknięta postanowieniem Sądu z 2.09.2010 r. w sprawie T-58/09 *Schemaventotto v. Commission* (Dz. Urz. UE 2010 C 288/78).

²¹⁴ Zob. decyzję KE z 21.12.2010 r. w sprawie COMP/M.5932 *NewsCorp/BskyB*.

²¹⁵ Np. sprawy: *Thompson CSF/Racal Electronics plc* (DTI Press Release P/2000/401, 12.6.2000) czy *BAE Systems/Astrim/EADS* (DTI Press Release P/2002/732, 22.11.2002).

²¹⁶ Zob. decyzję KE z 29.03.1995 r. w sprawie *Lyonnaise des Eaux/Nurthumbrian Water*.

²¹⁷ Zob. decyzję KE z 27.01.1999 r. w sprawie IV/M.1346 *EdF/London Electricity*.

wniosek o uznanie publicznego interesu konsumentów za „inny interes uprawniony” państwa członkowskiego w rozumieniu art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89. Wniosek dotyczył zamierzonego wrogiego przejęcia przez Lyonnaise des Eaux (Francja) kontroli nad brytyjskim dostawcą wody Northcumbrian Water²¹⁸, które prowadziłyby do takiej koncentracji dostawców wody, która umożliwiłaby regulatorowi dokonywanie porównawczych kalkulacji kosztów i cen dostawy wody. Komisja Europejska uznała interes uprawniony Wielkiej Brytanii w stosowaniu krajowych przepisów regulacyjnych, oczekując jedynie, że władze brytyjskie będą ją informowały o środkach, jakie zamierzają podjąć, aby KE mogła zbadać, czy są one właściwe, proporcjonalne i niedyskryminacyjne²¹⁹. Warto zaznaczyć, że wkrótce po wydaniu tej decyzji, brytyjski regulator gospodarki wodnej (OFWAT) skierował sprawę do Komisji Monopoli i Fuzji, która uznała zamierzone przejęcie za sprzeczne z interesem publicznym, chyba że zostaną osiągnięte istotne redukcje cen dla konsumentów²²⁰. W wyniku negocjacji między OFWAT a Lyonnaise des Eaux został ustanowiony specjalny system kontroli cen²²¹. Koncentracja ta została też zgłoszona²²² i uzyskała ostatecznie zgodę Komisji Europejskiej²²³. Została też ostatecznie dopuszczona decyzją brytyjskiego Sekretarza Stanu z dnia 11.10.2002 r.

²¹⁸ Zob. szerzej XXV Report on Competition Policy 1995, European Commission 1996, pkt 145, s. 66–67; zob. też C.J. Cook, C.S. Kerse, *EC Merger Control*, 2000, s. 242; E. Navarro Varona, A. Font Galarza, J. Folguera Crespo, J. Briones Alonso, *Merger Control in the EU. Law, Economics and Practice*. Second Edition, Oxford University Press, Oxford 2005, s. 414–415; A. Jones, B. Sufrin, *EC Competition Law*, s. 986.

²¹⁹ Zob. decyzję KE (Regulation (EEC) 4064: Application by the United Kingdom of 6.3.95 for the recognition of a legitimate interest under Article 21(3) re certain provisions of the Water Industry Act 1991 (as amended by the Competition and Services (Utilities) Act 1992), przekazana władzom brytyjskim pismem z 29.3.1995 r., pkt 14, dostępną na http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/additional_data/348608.pdf.

²²⁰ Zob. raport brytyjskiej Komisji ds. Monopoli i Fuzji (Monopolies and Merger Commission. Lyonnaise des Eaux SA and Northcumbrian Water Group PLC. A report on the merger situation. Cm 2936. 4 July 1995, dostępny na http://www.competition-commission.org.uk/rep/pub_reports/1995/fulltext/368c1.pdf (7.10.2011).

²²¹ XXV Report on Competition Policy 1995, European Commission 1996, pkt 145, s. 66–67; zob. także R. Whish, *Competition Law*, s. 840–841.

²²² Dz. Urz. WE 1995 C 322/19.

²²³ Zob. decyzję KE z 29.03.1995 r. w sprawie IV/M.567 *Lyonnaise des Eaux/Northcumbrian Water* (Regulation (EEC) 4064/89: Application by the United Kingdom of 6.3.95 for the recognition of a legitimate interest under Article 21(3) re certain provisions of the Water Industry Act 1991 (as amended by the Competition and Services (Utilities) Act 1992; case), przesłaną władzom brytyjskim pismem z 29.03.1995, dostępną na http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m567_en.pdf.

W podobnej sprawie i w oparciu o podobne motywacje Wielka Brytania wystosowała w 1999 r. do Komisji Europejskiej wnioski o uznanie jej pewnych (*certain*) „interesów uprawnionych” w rozumieniu art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 w kontekście zgłoszonej KE w 1998 r. koncentracji polegającej na nabyciu przez francuską spółkę EDF londyńskiego dostawcy energii elektrycznej London Electricity (sprawa *EdF/London Electricity*). Wielka Brytania nie była przeciwna wydaniu przez KE zgody na dokonanie tej koncentracji. Zamierzała jednak – w interesie publicznym wyrażającym się w zdolności brytyjskich organów regulacyjnych do zachowania integralności systemu regulacyjnego elektroenergetyki w drodze realizacji ich obowiązków regulacyjnych, w tym dokonywania modyfikacji koncesji udzielanych regionalnym publicznym dostawcom energii elektrycznej – uwarunkować jej dokonanie od zaakceptowania przez uczestników koncentracji określonych modyfikacji posiadanej przez London Electricity koncesji. Modyfikacje te miały zapewnić, że London Electricity będzie w stanie skutecznie kontynuować koncesjonowane dostarczanie energii elektrycznej także po dokonaniu koncentracji²²⁴. W decyzji wyrażającej zgodę na dokonanie tej koncentracji²²⁵, KE uznała, że proponowane przez Wielką Brytanię modyfikacje koncesji operatora stanowią przejaw stosowania przepisów regulacyjnych w sektorze energii elektrycznej, do czego regulator ma w pełni prawo, i nie stanowią naruszenia zakazu zawartego w art. 21 ust. 2 rozp. 4064/89. Inaczej niż w sprawie *UK Water Industry Act*, KE uznała zatem, że modyfikacje te nie mogą być uznane za środki stosowane w stosunku do koncentracji w celu ochrony „uprawnionych interesów” w rozumieniu art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89, a tym samym nie istnieje potrzeba uznania ich za dopuszczalny wyjątek od zasady wyłączności kompetencji KE w sprawie zgłoszonej koncentracji o wymiarze wspólnotowym²²⁶; ww. krajowe środki regulacyjne nie dotyczyły bowiem koncentracji jako takiej, a zatem do ich stosowania państwo członkowskie (Wielka Brytania) i tak miało prawo. Komisja Europejska odmówiła władzom brytyjskim przekazania do ich rozpatrzenia

²²⁴ Zob. XXIX Report on Competition Policy 1996, European Commission 2000, pkt 197–198, s. 76.

²²⁵ Zob. decyzję KE (Council Regulation (EC) No 4064/89: Request dated 8 January from United Kingdom for the recognition of a legitimate interest under article 21(3) Case No IV/M.1346 *EdF/London Electricity*), przekazaną władzom brytyjskim pismem z 27.01.1999 r., dostępną na http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m1346_en.pdf.

²²⁶ Tamże, w szczególności pkt 14; zob. także Commission Press Release IP/99/49 (27.01.1999); R. Whish, *Competition Law*, s. 841; C.J. Cook, C.S. Kerse, *EC Merger Control*, 2000, s. 242.

sprawy zgłoszonej koncentracji na gruncie krajowego prawa konkurencji (na podstawie art. 9 rozp. 4064/89).

Do drugiej grupy postępowań, w których rozważano możliwość odwołania się do art. 21 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji należą sprawy, w których **Komisja Europejska zaakceptowała prawo państw członkowskich do zastosowania środków ochrony ich uprawnionych interesów**, które jednak nie kończyły się wydaniem formalnej decyzji na podstawie art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 lub art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004. Do grupy tej zalicza się postępowania w sprawach koncentracji, które zakończyły się zgodą na ich dokonanie, wydaną na podstawie art. 6 ust. 1 lit. b) rozp. 4064/89 (*IBM France/CGI*²²⁷, *Newspaper publishing*²²⁸ oraz *Sun Alliance/Royal Insurance*²²⁹) lub rozp. 139/2004 (*NewsCorp/BskyB*²³⁰).

Do art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 odwołano się po raz pierwszy w 1993 r. w sprawie koncentracji *IBM France/CGI*, na dokonanie której KE wydała zgodę na podstawie art. 6 ust. 1 lit. b) rozp. 4064/89²³¹. Rząd francuski poinformował jednak KE, że podjął odpowiednie środki w celu ochrony francuskich interesów uprawnionych **w sferze bezpieczeństwa publicznego**, o których mowa w art. 21 ust. 3 akapit 2; w samej decyzji odwołanie do tego przepisu jednak nie występuje²³².

Do art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 uprawniającego, m.in. do ochrony **pluralizmu mediów** w państwach członkowskich UE, KE odwołała się natomiast wprost w decyzji z dnia 14.03.1994 r. w sprawie *Newspaper publishing*, w której wyraziła zgodę na podstawie art. 6 ust. 1 lit. b) tego rozporządzenia na dokonanie koncentracji polegającej na przejęciu kontroli nad brytyjską spółką Newspaper Publishing²³³. Komisja Europejska wyraziła jednak oczekiwanie, że ewentualne środki państwowe będą spełniały wymogi określone w nocie interpretacyjnej do rozp. 4064/89 (głównie wynikające z zasady proporcjonalności) oraz że władze brytyjskie będą informowały ją o wszel-

²²⁷ Zob. decyzję KE z 19.05.1993 r. w sprawie IV/M.332 *IBM France/CGI*.

²²⁸ Zob. decyzję KE z 14.04.1994 r. w sprawie IV/M.423 *Newspaper Publishing*.

²²⁹ Zob. decyzję KE z 18.06.1996 r. w sprawie IV/M.759 *Sun Alliance/Royal Insurance*.

²³⁰ Zob. decyzję KE z 21.12.2010 r. w sprawie COMP/M.5932 *NewsCorp/BskyB*.

²³¹ Zob. decyzję KE z 19.05.1993 r. w sprawie IV/M.332 *IBM France/CGI*, dostępną na http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m336_en.pdf.

²³² Zob. XXIIrd Report on Competition Policy 1993, European Commission 1994, pkt 321, s. 197; zob. także C.J. Cook, C.S. Kerse, *EC Merger Control*, 2000, s. 239; Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, s. 688; E. Navarro Varona, A. Font Galarza, J. Folguera Crespo, J. Briones Alonso, *Merger Control in the EU*, s. 413; M. Furse, *The Law of Merger Control in the EC and the UK*, s. 59.

²³³ Zob. decyzję KE z 14.04.1994 r. w sprawie IV/M.423 *Newspaper Publishing*, dostępną na http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m423_en.pdf (8.10.2011).

kich warunkach, jakie ewentualnie będą musiały być spełnione w związku z tą koncentracją²³⁴.

Zgłoszone połączenie Sun Alliance Group oraz Royal Insurance Holdings KE uznała za koncentrację zgodną z rynkiem wewnętrznym na podstawie art. 6 ust. 1 lit. b) rozp. 4064/89 (sprawa *Sun Alliance/Royal Insurance*)²³⁵. W decyzji tej stwierdziła także wprost, że – niezależnie od jej oceny zamierzonej koncentracji na bazie testu konkurencji – władze brytyjskie mają prawo badać zmiany w rozkładzie kontroli w sektorze na podstawie ich ustawodawstwa ubezpieczeniowego; czyniąc tak, korzystają bowiem ze swego – wynikającego z art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 – prawa ochrony „uprawnionych interesów” w odniesieniu do „reguł ostrożnościowych”. Przeprowadzając testy ostrożnościowe, władze brytyjskie powinny jednak pozostawać w stałym kontakcie z Komisją Europejską²³⁶.

Ostatnią ze spraw koncentracji należących do tej grupy jest sprawa zamiaru przejścia przez News Corporation (NewsCorp) kontroli nad British Sky Broadcasting Group (BSkyB). Biorąc pod uwagę, że łączące się spółki działają głównie na różnych szczeblach rynku i że koncentracja nie powoduje istotnych antykonkurencyjnych skutków wertykalnych lub na rynkach sąsiedzkich (np. na rynku publikacji prasy czy na rynku reklam), decyzją z dnia 21.12.2010 r. KE uznała zgłoszoną koncentrację za zgodną z rynkiem wewnętrznym na podstawie art. 6 ust. 1 lit. b) rozp. 139/2004²³⁷. Decyzja w sprawie *NewsCorp/BSkyB* jest oparta wyłącznie na przesłankach testu konkurencji, do czego KE jest wyłącznie uprawniona na podstawie rozp. 139/2004. Komisja Europejska w pełni uznała prawo władz brytyjskich do oceny tej koncentracji z punktu widzenia **pluralizmu mediów** zgodnie z art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004.

²³⁴ Zob. decyzję KE z 14.04.1994 r. w sprawie IV/M.423 *Newspaper Publishing*, pkt 23 i 24; zob. także Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, s. 688–689; E. Navarro Varona, A. Font Galarza, J. Folguera Crespo, J. Briones Alonso, *Merger Control in the EU*, s. 414; A. Jones, B. Sufrin, *EC Competition Law*, s. 985.

²³⁵ Zob. decyzję KE z 18.06.1996 r. w sprawie IV/M.759 *Sun Alliance/Royal Insurance*, dostępną na http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m759_en.pdf (8.10.2011), Dz. Urz. WE 1996 C 225/12; zob. także XXVI Report on Competition Policy 1996, European Commission 1997, pkt 156, s. 67; C.J. Cook, C.S. Kerse, *EC Merger Control*, 2000, s. 242.

²³⁶ Zob. decyzję KE z 18.06.1996 r. w sprawie IV/M.759 *Sun Alliance/Royal Insurance*, pkt 17; zob. także E. Navarro Varona, A. Font Galarza, J. Folguera Crespo, J. Briones Alonso, *Merger Control in the EU*, s. 414.

²³⁷ Zob. decyzję KE z 21.12.2010 r. w sprawie COMP/M.5932 *NewsCorp/BSkyB* (Dz. Urz. UE 2011 C 37/5), dostępną na http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m5932_en.pdf; zob. także Commission Press Release IP/10/1767, Brussels, 21.12.2010.

Jako **odrębną (trzecią) grupę** spraw koncentracji, w których KE przeformowała swoją zgodę na ich dokonanie na podstawie art. 6 ust. 1 lit. b) rozp. 139/2004, ale w których państwa członkowskie UE próbowały skorzystać z możliwości ochrony ich interesów publicznych na podstawie art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004, należy traktować sprawy *UniCredito/HVB*²³⁸ oraz *Alterbetis/Autostrade*²³⁹. Wywołały one spory między państwami członkowskimi a KE, przejawiające się w nakładaniu przez KE na państwa członkowskie określonych nakazów (np. wycofania podjętych środków) lub kierowaniu sprawy do Trybunału Sprawiedliwości, a także zaskarżaniu przez państwa członkowskie decyzji KE do Trybunału Sprawiedliwości, które niekiedy wycofywano²⁴⁰.

Do grupy tej należy sprawa *UniCredito/HVB*, będąca jedyną jak dotychczas próbą skorzystania przez Polskę z wyłączenia spod zasady wyłączności kompetencji KE w sprawach transgranicznych koncentracji o wymiarze unijnym. Na tle zamierzonej (a potem dokonanej) koncentracji w sektorze bankowym z udziałem banków polskich (połączenia włoskiej grupy bankowej Unicredito Italiano, mającej w swym składzie, m.in. polski bank Pekao SA, z niemiecką grupą bankową Bayrische Hypo- und Vereinsbank, do której należał, m.in. polski bank PBK) ujawnił się mianowicie ostry konflikt między KE a władzami polskimi²⁴¹. U jego podłoża leżało porozumienie prywatyzacyjne zawarte w 1999 r. między UniCredito a polskim Skarbem Państwa, będące warunkiem *sine qua non* transakcji sprzedaży UniCredito kontrolnego pakietu akcji Pekao. Porozumienie to zawierało tzw. klauzulę niekonkurowania, która – „według interpretacji dokonanej przez Polskę”²⁴² – zabraniała UniCredito tworzenia spółek zależnych i/lub oddziałów w Polsce, przejmowania kontroli nad bankami działającymi w Polsce oraz jakiegokolwiek inwestowania kapitałowego w jakąkolwiek spółkę działającą w polskim sektorze bankowym przez okres dziesięciu lat od dnia zawarcia tej transakcji. Władze polskie twierdziły, że klauzula ta została zawarta w ww. porozumieniu w celu „ochrony konkurencji

²³⁸ Zob. decyzję KE z 18.10.2005 r. w sprawie COMP/M.3894 *Unicredito/HVB*.

²³⁹ Zob. decyzję KE z 22.09.2006 r. w sprawie COMP/M.4249 *Abertis/Autostrade*. Sprawa sądowa została zamknięta postanowieniem Sądu z 2.09.2010 r. w sprawie T-58/09 *Schemaventotto v. Commission* (Dz. Urz. UE 2010 C 288/78).

²⁴⁰ Zob. wyrok ETS w sprawie C-196/07 *KE v. Hiszpania* (Zb. Orz. 2008, s. I-41); wyrok ETS w sprawie C-207/07 *KE v. Hiszpania* (Zb. Orz. 2008, s. I-111); skarga Polski na decyzję KE z 18.10.2005 r. (sprawa T-41/06) została wycofana w 2008 r.

²⁴¹ Zob. szeroko J.K. Bielecki, *Wybrane aspekty ochrony konkurencji i konsumentów przy fuzjach banków* [w:] *Zmiany w polityce konkurencji na przestrzeni ostatnich dwóch dekad*, pod red. M. Krasnodębskiej-Tomkiel, s. 151 i d.

²⁴² Zob. Commission Press Release IP/06/277, Brussels, 8.03.2006 r.

na polskim rynku usług finansowych i bankowych”²⁴³. Powszechnie uważano jednak, że były trzy powody blokowania tej transakcji przez Polskę. Po pierwsze, transakcja ta mogła spowodować 9% spadek zatrudnienia w sektorze bankowym. Po drugie, koncentracja tworzyłaby największy bank w Polsce, zarządzany z siedziby głównej znajdującej się w Austrii. Po trzecie, połączenie podważałoby pozycję dotychczas największego banku polskiego (PKO BP), będącego wciąż własnością Skarbu Państwa²⁴⁴. Działania państwa polskiego były równie powszechnie, w tym zwłaszcza przez Komisję Europejską traktowane jako **przejaw protekcyjizmu** w zliberalizowanym **sektorze usług finansowych**²⁴⁵.

Cała sprawa rozpoczęła się od zgłoszenia zamiaru koncentracji UniCredito/HVB, mającej wymiar unijny, do Komisji Europejskiej²⁴⁶. Oba zaangażowane w nią polskie banki Pekao i PBK były największymi bankami w Polsce. Co więcej, połączone banki miałyby od 15 do 45% udziału w różnych polskich rynkach bankowości korporacyjnej, będąc do tego zdecydowanie większym bankiem niż jego najbliżsi konkurencji²⁴⁷. Mimo takich zastrzeżeń konkurencyjnych (*competition concerns*) KE wyraziła zgodę na dokonanie koncentracji UniCredito/HVB (**sprawa UniCredito/HVB**), gdyż uznała, że na wszystkich rynkach usług bankowych w Polsce pozostanie wystarczająca konkurencja, w postaci trzech innych banków posiadających rozbudowane sieci placówek, z których największy (Pekao BP) byłby tylko nieznacznie mniejszy niż bank powstający z połączenia UniCredito/HVB²⁴⁸.

W lutym 2006 r., rząd polski zaskarżył decyzję KE zezwalającą na dokonanie koncentracji UniCredito/HVB do Sądu Pierwszej Instancji, zarzucając jej błędy w definiowaniu rynków²⁴⁹ oraz **zaniechanie rozważenia przez Komisję Europejską uzasadnionych interesów RP**, których ochronę przewi-

²⁴³ Tamże; zob. także Commission Press Release IP/06/276, Brussels, 8.03.2006 r.

²⁴⁴ ‘Tussles with Brussels’, *The Economist* z 21.01.2006 r.; cyt. za: G. Monti, *EC Law of Competition*, Cambridge University Press, Cambridge 2007, s. 305.

²⁴⁵ Stanowisko takie zostało wielokrotnie wyrażone także w literaturze; zob. G. Monti, *EC Law of Competition*, s. 305; *Competition Policy and Merger Analysis in Deregulated and Newly Competitive Industries*, Edited by P.C. Carstensen and S.B. Farmer, Edward Elgar Publ. Ltd. 2008, s. 199–201.

²⁴⁶ Dz. Urz. UE 2005 C 235/4.

²⁴⁷ Poważna przewaga w udziale w rynku jest czynnikiem uznawanym za istotną podstawę dominacji rynkowej od wyroku w sprawie 85/76 *Hoffman/La Roche* (Zb. Orz. 1979, s. 461).

²⁴⁸ Zob. decyzję KE z 18.10.2005 r. w sprawie COMP/M.3894 *Unicredito/HVB* (Dz. Urz. 2005 C 278/8); zob. też IP/05/1299, dostępna na http://ec.europa.eu/comm/competiton/mergers/cases/decisions/m3894_20051018_20310_en.pdf.

²⁴⁹ Decyzja w sprawie *UniCredito/HVB* jest uznawana za standard definiowania rynków właściwych w sektorze usług bankowych i finansowych; zob. szerzej *The Oxford Encyclopedia*

duje art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004; zdaniem strony skarżącej KE powinna była „uwzględnić w swojej ocenie koncentracji UCI/HVB konieczność zagwarantowania polskiemu rządowi możliwości stosowania i implementacji strategii demonopolizacji i prywatyzacji”²⁵⁰. Skargę tę jednak później wycofała jako nie mającą szansy na powodzenie²⁵¹.

Równocześnie rząd polski, powołując się na prywatyzacyjne zobowiązanie UniCredito nienabywania innych polskich banków, podtrzymywał swoje zastrzeżenia wobec tej transakcji i naciskał na polskiego regulatora bankowego (KNB), aby jej zakazał. Skarb Państwa, **powołując się na ww. klauzulę niekonkurowania**, w dniu 20.12.2005 r., a więc już po wyrażeniu przez KE zgody na dokonanie koncentracji UniCredito/HVB, zażądał od UniCredito sprzedaży jego udziałów w PBK nabytych w wyniku połączenia z HVB. Również w liście z dnia 1.02.2006 r. Skarb Państwa zażądał dochowania zgodności z klauzulą niekonkurowania i sprzedaży udziałów w PBK w okresie trzech miesięcy. W przeciwnym wypadku całe porozumienie prywatyzacyjne dotyczące PEKAO uznane zostanie za nieważne (*revoked*).

Komisja Europejska zareagowała zdecydowanie i ostro. W kontekście sprawy UniCredito/HVB jednoznacznie stwierdziła, że będzie zdecydowanie występować przeciwko tego rodzaju „nieuprawnionej ingerencji” (*undue interference*) w jej kompetencje przez władze krajowe²⁵². W konsekwencji w dniu 8.03.2006 r. wszczęła przeciwko Polsce dwa postępowania: jedno na podstawie art. 226 TWE oraz drugie o naruszenie art. 21 rozp. 139/2004. W pierwszym z nich, występując z formalnym żądaniem ustosunkowania się do zawartej w porozumieniu prywatyzacyjnym z 1999 r. klauzuli niekonkurowania, KE zarzuciła Polsce naruszenie traktatowych swobód przepływu kapitału (art. 56 TWE) i przedsiębiorczości (art. 43 TWE)²⁵³. Powołując się na ugruntowane orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości²⁵⁴, zgodnie z którym środki państwowe, które są zdolne powstrzymać (*dissuade*) inwestorów

of European Community Law, volume III: *Competition Law and Policy*, A.G. Toth (ed.), Oxford University Press, Oxford 2008, s. 135–136.

²⁵⁰ Skarga z 6.02.2006 r., sprawa T-41/06 *Rzeczpospolita Polska/Komisja Wspólnot Europejskich* (Dz. Urz. UE 2006 C 96/33).

²⁵¹ Zob. szerzej A. Zabłocka, *Ocena antykonkurencyjnych efektów fuzji i przejęć w UE na przykładzie przejęcia BHV przez Unicredito Italiano*, dostępny na http://mikroekonomia.net/system/publication_files/329/original/24.pdf?1314952664.

²⁵² Zob. Commission Declaration, Strasburg, Plenary 15 March 2006, dostępna na http://ec.europa.eu/comm/competition/index_en.html; zob. także G. Monti, *EC Law of Competition*, s. 305.

²⁵³ Zob. Commission Press Release IP/06/276 (2006) I IP/06/277 (2006).

²⁵⁴ Zob. np. wyrok ETS w sprawach: C-367/98 *KE v. Portugalia* (Zb. Orz. 2002, s. I-4731); C-483/99 *KE v. Francja* (Zb. Orz. 2002, s. I-4781); C-503/99 *KE v. Belgia* (Zb. Orz. 2002, s. I-4809).

z innych państw członkowskich przed inwestowaniem kapitałowym, a przez to uczynić swobodę przepływu kapitału iluzoryczną, KE uznała, że zawarta w porozumieniu prywatyzacyjnym z 1999 r. **klauzula niekonkurowania stanowi środek państwowy naruszający traktatową swobodę przepływu kapitału**. Powołując się natomiast na wyrok w sprawie *Überseering*²⁵⁵, uznając nabycie udziałów w spółce w innym państwie członkowskim, które daje zdecydowany wpływ na jej działalność, za podlegające także swobodzie przedsiębiorczości, KE stwierdziła, że klauzula ta stanowi także naruszenie swobody przedsiębiorczości (art. 43 TWE). Komisja Europejska uznała także, że ww. klauzula niekonkurowania nie spełnia również wymogów zawartych w jej stanowisku z 2001 r., odnoszącym się do dopuszczalnych form działań państwa członkowskiego prywatyzującego spółkę, w której ma udziały. Zdaniem KE władze polskie nie ustaliły jasnych i szczegółowych celów politycznych, którym środek ten miałby służyć; konkurencyjna struktura polskiego rynku usług bankowych jest wystarczająco chroniona przez prawo wspólnotowe, przez co uzasadnienie jest nieważne; zawarte w tej klauzuli warunki czasowe nie spełniają wymogu konieczności, zwłaszcza w okresie poakcesyjnym; stosowanie tych warunków pozostawia władzom polskim pewien zakres swobodnego uznania. Tym samym, przynajmniej z dniem przystąpienia Polski do UE, porozumienie z 1999 r. straciło swoją moc jako sprzeczne z prawem UE²⁵⁶.

Użycie argumentacji opartej na klauzuli niekonkurowania w postępowaniu w sprawie koncentracji o wymiarze unijnym, było też jedną z przyczyn wszczęcia przeciwko Polsce postępowania w sprawie naruszenia art. 21 rozp. 139/2004²⁵⁷. Komisja Europejska zdecydowała się na ten krok po tym, jak władze polskie zażądały od UniCredito zbycia akcji PBK. Po wstępnym zbadaniu sprawy KE doszła do następujących wniosków: wezwanie do respektowania i wyrażenie zamiaru wyegzekwowania klauzuli niekonkurowania stanowi środek podjęty przez państwo polskie; środek ten może *de facto* uniemożliwić lub przynajmniej poważnie zaszkodzić koncentracji UniCredito/HVB; środek ten jest nadmiernie (*unduly*) nacelowany na ochronę konkurencji. Komisja Europejska wzięła też pod uwagę to, że żaden inny hipotetyczny interes publiczny nie został jej zakomunikowany, a w każdym razie klauzula niekonkurowania nie może być przywoła w celu zapobieżenia koncentracji UniCredito/HVB, ponieważ jako taka zdaje się być sprzeczna z prawem wspólnotowym, a w szczególności swobodą przepływu kapitału i swobodą przedsiębiorczości.

²⁵⁵ Zob. wyrok ETS z 5.11.2002 r. w sprawie C-208/00 *Überseering* (Zb. Orz. 2002, s. I-9919).

²⁵⁶ Zob. Commission Press Release IP/01/872.

²⁵⁷ Zob. Commission Press Release IP/06/277 (2006).

Kryzys w stosunkach między KE a władzami polskimi został jednak zażegnany bez postępowania sądowego, gdyż UniCredito, któremu bardzo zależało na dokonaniu tej koncentracji, zgodził się sprzedać 200 z 438 oddziałów banku PBK niezależnemu nabywcy oraz zachować niezależność PBK²⁵⁸.

Sprawa *Albertis/Autostrade* rozpoczęła się od zgłoszenia KE zamiaru pełnego połączenia hiszpańskiej spółki Abertis z włoską spółką Autostrade przez jej przyłączenie do Albertis, na co KE wyraziła zgodę na podstawie art. 6 ust. 1 lit. b/ rozp. 139/2004²⁵⁹. Nie stwierdziła bowiem pokrywania się działań obu spółek na europejskim rynku uzyskiwania koncesji na udostępnianie autostrad płatnych (*grant of toll motorways concessions*). Władze włoskie zmierzały jednak do zablokowania tej transgranicznej transakcji. W dniu 4.08.2006 r. Minister Infrastruktury i Gospodarki wydał w jej sprawie negatywną opinię, a w dniu 5.08.2006 r. włoska instytucja odpowiedzialna za udzielanie koncesji na prowadzenie autostrad (ANAS) wydała decyzję odmawiającą udzielenia zgody na tę koncentrację. Zarówno opinia Ministra Infrastruktury i Gospodarki, jak i decyzja ANAS były związane z obawą, że powstały z tego połączenia podmiot nie będzie w stanie we właściwy sposób realizować inwestycji koniecznych dla utrzymania i rozwoju sieci autostrad oraz spełniać wymaganych standardów jakości i bezpieczeństwa.

Dnia 18.10.2006 r. KE wysłała do Włoch swe wstępne konkluzje, w których wyraziła poważne wątpliwości, czy oba te akty są zgodne z art. 21 rozp. 139/2004; skłaniała się do stwierdzenia, że stanowią one raczej nieuprawnione utrudnienia w połączeniu zarządzających autostradami spółek Abertis z Autostrade²⁶⁰. Komisja Europejska stwierdziła, że ww. akty nie definiują wystarczająco jasno faktycznych i prawnych zastrzeżeń władz włoskich oraz nie określają wyraźnie, jaki interes publiczny byłby naruszony przez tę koncentrację; tymczasem, zamiar skorzystania z uprawnienia wynikającego z art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004 nie został KE wcześniej zakomunikowany. Komisja Europejska była też zdania, że każdy domniemany interes publiczny może być chroniony w ramach posiadanej przez Autostrade koncesji. W konsekwencji oświadczyła, że jeżeli odpowiedź władz włoskich na ww. wątpliwości nie będzie zadowalająca, wyda decyzję o naruszeniu art. 21

²⁵⁸ Zob. liczne doniesienia prasowe, cyt. [w:] *Competition Policy and Merger Analysis...*, s. 201.

²⁵⁹ Zob. decyzję KE z 22.09.2006 r. w sprawie COMP/M.4249 *Aberis/Autostrade*, Brussels, 22.09.2006. SG-Grefe (2006) D/205359; zob. także IP 06/1244; Dz. Urz. WE 2006 C 268/7.

²⁶⁰ Zob. Press Release IP 06/1418, Brussels 18.10.2006 r.

ust. 4 rozp. 139/2004. Jednakże, w dniu 7.11.2006 r. władze włoskie odstąpiły od tych zamiarów, cofając ww. akty²⁶¹.

Mimo wyjaśnień złożonych przez władze włoskie, w dniu 31.01.2007 r. KE wystosowała jednak do władz włoskich kolejną wstępną opinię w sprawie naruszenia przez nie art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004 przez odmowę udzielenia zgody na transfer posiadanej przez Autostrade koncesji na rzecz nowopowstającej spółki New Abertis²⁶²; odmowa ta była jednym z podanych przez spółkę powodów rezygnacji z planowanego połączenia. W wydanej opinii KE uznała, że brak wcześniejszego ustalenia i wystarczająco jasnego zdefiniowania kryteriów interesu publicznego leżących u podstaw postępowania w sprawie zgody na transfer koncesji oraz odmowa pozytywnego rozpatrzenia wniosku Autostrade i Abertis stanowią środki państwowe, o których mowa w art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004, które przyczyniły się *de facto* do zablokowania, a w każdym razie poważnego utrudnienia koncentracji o wymiarze unijnym. Przez zastosowanie tego środka bez wcześniejszego zgłoszenia go KE i uzyskania jej zgody na jego podjęcie, władze włoskie naruszyły obowiązki zgłoszenia i powstrzymania się od dokonania koncentracji, o których mowa w tym przepisie. Zdaniem KE środki te są sprzeczne z zasadą pewności prawnej (*legal certainty*) i zdają się stwarzać możliwość nieuprawnionego ograniczenia swobody przepływu kapitału i swobody przedsiębiorczości. Komisja Europejska oświadczyła wreszcie, że jeżeli ta wstępna ocena się potwierdzi, wyda decyzję o naruszeniu art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004.

W lipcu 2007 r. Włochy przedstawiły projekt reguł w zakresie ram regulacyjnych dla koncesjonowania autostrad. Celem tego było rozwianie wątpliwości KE przedstawionych w drugiej opinii wstępnej²⁶³. Reguły te zostały ostatecznie przyjęte w dniu 13.08.2008 r. W tej sytuacji KE zamknęła postępowanie w sprawie naruszenia przez władze włoskie art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004 w zakresie reguł koncesjonowania autostrad.

Jednakże, w dniu 11.02.2009 r. „decyzję” tę zaskarżyła do Sądu Pierwszej Instancji spółka holdingowa Schemaventotto, mająca 50,1% udziałów w Atlantia (b. Autostrade), żądając anulowania (domniemanych) decyzji zawartych w liście Komisji Europejskiej z dnia 13.08.2008 r.²⁶⁴ Zdaniem skarżącej spółki, KE popełnia błąd, wskazując art. 21 jako podstawę stwierdzenia zgodności z prawem UE reguł przyjętych przez Włochy w czerwcu 2008 r., które nie są istotne z punktu widzenia środków podjętych w 2006 r. w celu zablokowania koncentracji *Abertis/Autostrade*. Skarga Schemaventotto

²⁶¹ MEMO 06/414, Brussels, 7.11.2006 r.

²⁶² Zob. Press Release IP 07/117, Brussels, 7.01.2007 r.

²⁶³ Zob. Press Release IP/07/1119, Brussels, 18.07.2007 r.

²⁶⁴ Zob. Dz. Urz. UE 2008 C 82/34.

została odrzucona jako niedopuszczalna²⁶⁵. Sąd uznał, że stanowisko KE zawarte w liście z dnia 13.08.2008 r. nie zawiera „decyzji”, na które przysługuje skarga.

Czwartą najważniejszą **grupę** postępowań, które dotyczyły stwierdzenia, czy zastosowane przez państwo członkowskie środki ochrony ich interesów narodowych są zgodne z art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 lub art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004, stanowią sprawy, w których KE wydała **decyzje stwierdzające naruszenie** przez państwo członkowskie tych przepisów, a niekiedy także występowała do Trybunału Sprawiedliwości przeciwko państwu członkowskiemu (Portugalii i Hiszpanii) na podstawie art. 226 TWE (dzisiaj art. 258 TFUE). Na podstawie art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 KE interweniowała w sprawach koncentracji *BSCH/A.Champalimaud*²⁶⁶ oraz *Cecil/Holderbank/Cimpor*²⁶⁷; tylko w jednym przypadku państwo członkowskie zaskarżyło taką decyzję do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości²⁶⁸. Na gruncie art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004 interwencja taka miała miejsce w sprawach *E.ON/Endesa* (dwukrotnie)²⁶⁹ oraz *Enel/Acciona/Endesa*²⁷⁰.

Zamiar transgranicznej koncentracji hiszpańskiej grupy bankowej Banco Santander Central Hispano (BSCH) i świadczących usługi finansowe przedsiębiorstw Portugalczyka A. Champalimaud (AC) został zgłoszony Komisji Europejskiej jako zamiar koncentracji o wymiarze wspólnotowym w dniu 30.06.1999 r.²⁷¹ Komisja Europejska wyraziła zgodę na tę koncentrację w dniu 3.08.1999 r. (sprawa *BSCH/Champalimaud*)²⁷². Jednakże, już w dniu 18.06.1999 r. transakcja ta została zakazana przez portugalskiego Ministra Finansów. W konsekwencji portugalski organ nadzoru finansowego (ICP) zawiesił wykonywanie praw do głosowania w Mundial Confiança, powołując się na „reguły ostrożnościowe”, czego jednak KE nie uznała²⁷³. Komisja

²⁶⁵ Zob. postanowienie Sądu z 2.09.2010 r. w sprawie T-58/09 *Schemaventotto v. Commission* (Dz. Urz. UE 2010 C 288/78).

²⁶⁶ Zob. decyzję KE z 20.07.1999 r. w sprawie IV/M.1616 *BSCH/A. Champalimaud*.

²⁶⁷ Zob. decyzję KE z 22.11.2000 r. w sprawie COMP/M.2054 *Cecil/Holderbank/Cimpor*.

²⁶⁸ Zob. wyrok ETS w sprawie C-42/01 *Portugalia v. KE* (Zb. Orz. 2004, s. I-6079); zob. też T. Mäkelä, *The Court of Justice rules for the first time on Article 21(3) of the Merger Regulation in Case C-42/01 Portuguese Republic v. Commission*, Competition Policy Newsletter, Number 1 – Spring 2005, s. 19 i d.; B. Rodger, *Case C-42/01 Portugal v. Commission, with adnotations*, CMLR 2005, 42(5), s. 1525–1527.

²⁶⁹ Zob. decyzję KE: z 9.06.2006 r. i z 20.12.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 *E.ON/Endesa*.

²⁷⁰ Zob. decyzję KE z 5.12.2007 r. w sprawie COMP/M.4685 *Enel/Acciona/Endesa*.

²⁷¹ Zgłoszenie koncentracji M.1616 Antonio de Sommer Champalimaud/Banco Santander Central Hispano (Dz. Urz. WE 1999 C 197/4).

²⁷² Decyzja KE z 3.08.1999 r. (dostępna na stronie KE tylko w języku portugalskim); zob. Dz. Urz. WE 1999 C 306/8.

²⁷³ Zob. niżej pkt 3.3 niniejszego rozdziału.

Europejska podjęła **dwie decyzje przeciwko środkom władz portugalskich** (decyzja z dnia 20.07.1999 r. i finalna decyzja z dnia 20.10.1999 r.)²⁷⁴. Decyzją z dnia 20.07.1999 r.²⁷⁵ stwierdziła, że wobec poważnych wątpliwości co do tego, czy decyzja Ministra Finansów z dnia 18.06.1999 r. jest uzasadniona **regułami ostrożnościowymi**, władze portugalskie powinny były poinformować KE zanim została ona podjęta. Nie uczyniły tego jednak, naruszając tym samym obowiązki wynikające z art. 21 rozp. 4064/89. W celu zbadania, czy decyzja Ministra Finansów z dnia 18.06.1999 r. jest rzeczywiście uzasadniona względami ostrożnościowymi, a jeśli nie, to czy jej zamiarem jest ochrona interesów publicznych, które mogą być uznane za interesy uprawnione, KE nakazała Portugalii natychmiastowe zawieszenie stosowania tej decyzji i środków będących jej konsekwencją przez cały okres trwania postępowania. Ponieważ Portugalia nie uwzględniła nakazu, KE wszczęła na podstawie art. 226 TWE formalną przyspieszoną procedurę w sprawie naruszenia przez Portugalię obowiązków²⁷⁶. Wobec braku satysfakcjonującej odpowiedzi na jej formalny list wszczynający tę procedurę, KE podjęła decyzję o skierowaniu sprawy do Trybunału Sprawiedliwości. Także Portugalia złożyła do Trybunału Sprawiedliwości skargi na decyzje KE z dnia 20.06.1999 r.²⁷⁷ i z dnia 20.10.1999 r.²⁷⁸ Sprawy te nie stanęły jednak na forum Trybunału, gdyż strony zgłoszonej koncentracji odstąpiły od jej dokonania, a następnie przystąpiły do zaproponowanego przez portugalski rząd kompromisowego rozwiązania, na mocy którego grupa finansowa AC miała zostać podzielona między BSCH i największy portugalski bank państwowy Caixa Geral de Depositos (CGD)²⁷⁹.

²⁷⁴ Zob. szerzej XIXth Report of Competition Policy. European Commission, Brussel 2009, pkt 194–196; zob. także Commission Brussels, 27.03.2000 r.

²⁷⁵ Zob. Commission Decion of 20 July 1999 relating to a proceeding pursuant to Article 21 of Council Regulation 4064 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings (Case No IV/M.1616 BSCH/A. Champalimaud), dostępna na http://ec.europa.eu/como/competititon/mergers/cases/decisions/m1724_19990720_1290_en.pdf, dalej jako: decyzja KE z 20.07.1999 r. w sprawie IV/M.1616 BSCH/A. *Champalimaud*.

²⁷⁶ Zob. XIXth Report of Competition Policy, s. 63.

²⁷⁷ Zob. Action brought on 13 October 1999 by the Portuguese Republic against the Commission of the European Commission (C-391/99) (Dz. Urz. WE 2000 C 302/25); zarządzeniem przewodniczącego ETS z 13.09.2000 r. sprawa została wykreślona z rejestru Trybunału.

²⁷⁸ Zob. Action brought on 27 December 1999 by the Portuguese Republic against the Commission of the European Commission (C-509/99) (Dz. Urz. WE 2000 C 302/25); zarządzeniem przewodniczącego ETS z 14.09.2000 r. sprawa została wykreślona z rejestru Trybunału.

²⁷⁹ Nowa transgraniczna koncentracja została w konsekwencji zgłoszona i zaaprobowana przez KE; zob. decyzję KE z 11.01.2000 r. w sprawie M.1799 BSCH/Banco Totta Y CP/A. *Champalimaund*.

W dniu 15.06.2000 r. hiszpańska spółka Secilpar (kontrolowana w pełni przez portugalską spółkę Secil), działając wspólnie z szwajcarską spółką Holderbank, ogłosiła wstępną ofertę zakupu portugalskiej spółki cementowej Cimpor, znajdującej się w końcowej fazie prywatyzacji. Dnia 16.06.2000 r. Secilpar i Holderbank zwróciły się, zgodnie z wymogami portugalskiego prawa o prywatyzacji, do portugalskiego Ministra Finansów o zezwolenie na nabycie, w drodze publicznej oferty zakupu, 100% udziału w kapitale zakładowym Cimpor. Finalnym efektem prywatyzacji miał być natychmiastowy podział aktywów Cimpor między Secil (w zakresie działalności m.in. w Hiszpanii) a Holderbank (w zakresie działalności m.in. w Portugalii)²⁸⁰. W dniu 4.07.2000 r. KE otrzymała zgłoszenie zamiaru koncentracji polegającej na przejęciu przez Secil i Holderbank wspólnej kontroli nad Cimpor. Początkowo zawieszono postępowanie w tej sprawie zostało w końcu zamknięte w dniu 11.01.2001 r. z uwagi na wycofanie zgłoszenia z dnia 4.07.2000 r. zanim KE podjęła decyzję w tej sprawie. Wniosek Cecil i Holderbank z dnia 16.06.2000 r. został oddalony zarządzeniem Ministra Finansów z dnia 5.07.2000 r. z uzasadnieniem, że państwo portugalskie sprzeciwia się likwidacji ograniczeń w wykonywaniu prawa głosu, przewidzianych w umowie spółki Cimpor oraz nie zamierza wyzbyć się swoich szczególnych uprawnień akcjonariusza Cimpor. Odstępując od tego drugiego warunku Secil i Holderbank w dniu 7.07.2000 r. wystąpiły ponownie o zezwolenie na nabycie – przede wszystkim na rynku – ponad 10% akcji Cimpor. Wniosek ten został ponownie odrzucony zarządzeniem z dnia 11.08.2000 r., gdyż rząd hiszpański nie uznał, że transakcja taka jest zgodna z celami prywatyzacji. W konsekwencji portugalski regulator rynku papierów wartościowych (CMVM) wycofał w dniu 11.08.2000 r. publiczną ofertę zakupu zgłoszoną przez Secilpar.

Przeciwdziałając blokowaniu koncentracji przez państwa członkowskie z powodów protekcyjnych lub innych²⁸¹, KE wszczęła postępowanie o naruszenie przez Portugalię art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89. Po uzyskaniu odpowiedzi portugalskiego Ministra Finansów, że w analizowanej sprawie Portugalia stosowała swoje przepisy prywatyzacyjne a nie przepisy o kontroli koncentracji²⁸², KE podjęła decyzję w sprawie *Secil/Holderbank/*

²⁸⁰ Byłyby to zatem dwie koncentracje; zob. wyrok ETS w sprawie C-42/01 *Portugalia v. KE* (Zb. Orz. 2004, s. I-6079), pkt. 27.

²⁸¹ Zob. XXX Report on Competition Policy 2000, European Commission 2001, pkt 288, s. 86.

²⁸² Warto zauważyć, że przepisy te zostały uznane za sprzeczne z prawem wspólnotowym (przede wszystkim art. 56 TWE) w wyroku ETS w sprawie C-367/98 *KE v. Portugalia* (Zb. Orz. 2002, s. I-4731).

*Cimpor*²⁸³, stwierdzającą sprzeczność z prawem UE interesów chronionych przez dwa zarządzenia portugalskiego Ministra Finansów odmawiające niezbędnej zgody na wspólne nabycie przez Cecil i Holderbank akcji Cimpor w procesie jej prywatyzacji w zakresie przekraczającym 10% kapitału spółki i zobowiązała władze portugalskie do uchylene tych zarządzeń²⁸⁴. Zarządzenia te zostały wydane mimo uwag, jakie KE wystosowała do rządu portugalskiego w trakcie postępowania wszczętego na skutek zgłoszenia do niej tej koncentracji. Komisja Europejska zauważyła mianowicie, że zarządzenia te ani „nie wydają się chronić żadnego interesu publicznego uznanego za ‘uzasadniony’ w art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89”, ani nie zostały zgłoszone jako środki mające chronić „inny interes uprawniony”, o którym mowa w art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89.

W 2001 r. rząd portugalski zaskarżył tę decyzję KE do Trybunału Sprawiedliwości na podstawie art. 230 TWE [obecny art. 263 TFUE]. Sąd, przychylając się do opinii Rzecznika Generalnego Tizzano²⁸⁵, wydał wyrok²⁸⁶, w którym stwierdził, że dla zapewnienia *effet utile* tych przepisów KE była uprawniona do wydania decyzji na podstawie art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 w sprawie zgodności interesów uprawnionych państw członkowskich z zasadami ogólnymi i innymi przepisami prawa UE niezależnie od tego, czy interesy te zostały zgłoszone KE czy nie²⁸⁷. Przede wszystkim jednak Trybunał Sprawiedliwości dokonał precyzyjnej alokacji kompetencji między krajowymi i wspólnotowymi władzami oraz interwencjami, których mogą dokonać władze krajowe i wspólnotowe z punktu widzenia skutecznej kontroli koncentracji respektującej zasady prawidłowej administracji, pewności prawnej oraz uprawnionych interesów przedsiębiorstw. Szczególnie ważne jest, że TS uznał art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 za *lex specialis*, mający priorytet nad działaniami podjętymi na podstawie art. 226 TWE w celu sankcjonowania braku wypełniania przez państwa członkowskie ich zobowiązań²⁸⁸.

Szeroko dyskutowanymi i ocenianymi w literaturze są hiszpańskie próby niedopuszczenia do przejścia przez niemiecką grupę energetyczną E.ON kontroli nad hiszpańską spółką energetyczną Endesa w drodze skorzystania

²⁸³ Zob. decyzję C (2000) 3543 wersja ostateczna – PT z 22.11.2000 r.; zob. także Commission Press Release IP/00/1338, Brussels, 22.11.2000 r.

²⁸⁴ Zob. decyzję KE w sprawie COMP/M.2054 – *Cecil/Holderbank/Cimpor*.

²⁸⁵ Opinia Rzecznika Generalnego Antonia Tizzano przedstawiona w dniu 22.01.2004 r. w sprawie C-42/01 *Portugalia v. KE* www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/.

²⁸⁶ Zob. wyrok ETS z 22.06.2004 r. w sprawie C-42/01 *Portugalia v. KE* (Zb. Orz. 2004, s. I-6079).

²⁸⁷ Tamże, pkt 284, s. 101; zob. także R. Whish, *Competition Law*, s. 842.

²⁸⁸ Tamże, pkt 286, s. 101.

z ochrony „interesów uprawnionych” na podstawie art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004, znane pod nazwą **saga Endesa**. Przedmiotem sporów między Hiszpanią i KE były dwie transakcje: zamiar przejęcia przez E.ON kontroli nad Endesą, a następnie, wobec braku możliwości jego dokonania²⁸⁹, zamiar nabycia aktywów Endesy przez E.ON wspólnie z włoską spółką Enel i hiszpańską spółką Acciona.

Początkiem sagi Endesa było zgłoszenie w listopadzie 2005 r. przez hiszpańską spółkę gazową (Gas Natural) hiszpańskiemu organowi ochrony konkurencji (CNMV) zamiaru przejęcia Endesy (jako transakcji o wymiarze krajowym), podlegającego ocenie na gruncie prawa hiszpańskiego; CNMV oraz hiszpański regulator energetyczny (CNE) wydały zgodę na dokonanie tej transakcji. Zanim jednak oferta Gas Natural została skutecznie przyjęta przez akcjonariuszy Endesy, w dniu 21.02.2006 r. zamiar przejęcia Endesy, w drodze publicznej oferty nabycia całości jej akcji, ogłosił także E.ON. Dnia 16.03.2006 r. E.ON dokonał też zgłoszenia zamiaru tej koncentracji (jako transakcji o wymiarze unijnym) do Komisji Europejskiej. Komisja wyraziła na nią bezwarunkową zgodę na podstawie art. 6 ust. 1 lit. b) rozp. 139/2004²⁹⁰. Zgodnie z obowiązującym ówczesnie ustawodawstwem krajowym, transakcja ta nie wymagała dodatkowo zgody CNE.

Kilka dni po ujawnieniu zamiaru przejęcia Endesy przez E.ON, hiszpańska Rada Ministrów przyjęła w trybie pilnym dekret królewski 4/2006, na mocy którego nie tylko rozszerzyła zakres kompetencji władz publicznych odnoszących się do sektorów regulowanych, ale także rozciągnęła zakres zastosowania nowych przepisów na postępowania będące w toku (w toku było wtedy jednak tylko postępowanie w sprawie *E.ON/Endesa*)²⁹¹. W dniu

²⁸⁹ A. Jones, B. Sufrin, *EC Competition Law*, s. 988.

²⁹⁰ Zob. decyzję KE z 25.04.2006 r. w sprawie COMP/M.4110 *E.ON/Endesa*.

²⁹¹ Royal-Decree-Law 4/2006 of 24 February, modifying the functions of the Comisión Nacional de Energía, ratified by the Spanish Assembly by Resolution of 23 March 2006; cyt. za decyzją KE z 20.12.2006 r., s. 3. Dekretem tym stworzono obowiązek uzyskania uprzedniej decyzji CNE na każde nabycie przez jakąkolwiek spółkę ponad 10% kapitału akcyjnego lub udziałów dających istotny wpływ w spółce działającej w sektorach regulowanych (głównie w zakresie przesyłu i dystrybucji gazu i elektryczności). Zgoda taka mogła być odmówiona w przypadku: (a) zaistnienia istotnego ryzyka lub negatywnych skutków dla działalności regulowanej; (b) potrzeby ochrony interesu publicznego w sektorze energetycznym, w szczególności właściwego gwarantowania celów polityki sektorowej, ze szczególnym uwzględnieniem aktywów uznawanych za strategiczne (głównie sieci i innej infrastruktury); (c) zagrożenia, że przedsiębiorstwo działające w sektorze regulowanym nie będzie mogło prowadzić tej działalności na skutek innej działalności nabywcy lub przedsiębiorstwa przejmowanego; (d) zagrożenia bezpieczeństwa publicznego.

3.02.2006 r. KE wszczęła przeciwko Hiszpanii postępowanie na podstawie art. 226 TWE (obecnie art. 258 TFUE)²⁹², zarzucając jej naruszenie ww. dekretem królewskim traktatowych przepisów o swobodzie przepływu kapitału (art. 56 TWE; obecnie art. 63 TFUE) i swobodzie przedsiębiorczości (art. 43 TWE; obecnie art. 49 TFUE). W 2008 r. Trybunał Sprawiedliwości uznał, że Hiszpania nie wykonała swoich zobowiązań wynikających z prawa UE²⁹³. Stwierdził także, że przewidziane w dekrete królewskim środki (nabywanie akcji lub aktywów spółek, system uprzednich zezwoleń) nie mogą być uznane za rzeczywiste i poważne zagrożenie dla bezpieczeństwa dostaw energii oraz za właściwe dla zagwarantowania realizacji zamierzonego celu w postaci bezpieczeństwa dostaw energii. Trybunał Sprawiedliwości uznał również, że przyjęta regulacja nie jest proporcjonalna i najmniej restrykcyjna. Co więcej, środki te są sformułowane tak ogólnie, że dopuszczają dużą dyskrecjonalność ich stosowania przez regulatora i trudność kontroli sądowej.

Mimo toczącego się postępowania sądowego, zgodnie z wymogami dekretu królewskiego 4/2006, E.ON wystąpił do CNE o wydanie bezwarunkowej zgody na przejęcie Endesy. Dnia 27.07.2006 r. CNE wyraziła zgodę na dokonanie koncentracji, ale pod dziewiętnastoma warunkami. W dniu 3.11.2006 r. decyzja ta została zmieniona (w trybie odwołania administracyjnego) przez hiszpańskiego Ministra Przemysłu, Turystyki i Handlu poprzez częściową modyfikację warunków CNE. Decyzją z dnia 26.9.2006 r., odnoszącą się do decyzji CNE²⁹⁴, oraz decyzją z dnia 20.12.2006 r., dotyczącą decyzji Ministra²⁹⁵, Komisja Europejska uznała, że Hiszpania naruszyła w obu przypadkach art. 21 rozp. 139/2004 przez przyjęcie i wprowadzenie w życie, bez wcześniejszego poinformowania o tym KE i uzyskania jej zgody, decyzji Ministra Przemysłu, Turystyki i Handlu z dnia 3.11.2006 r., uzależniającej zgodę na przejęcie przez E.ON kontroli nad Endesą od czterech

²⁹² Infr. No 2006/2222.

²⁹³ Zob. wyrok ETS w sprawie C-207/07 *KE v. Hiszpania* (Zb. Orz. 2008, s. I-111), pkt 45 i d.; zob. szerzej S. Dudzik, *Współpraca Komisji Europejskiej z organami ochrony konkurencji w sprawach koncentracji*, s. 133–134.

²⁹⁴ Commission Decision of 26.09.2006 relating to a proceeding pursuant to Article 21 of Council Regulation (EC) No 139/2002 on the control of concentration between undertakings (Case No COMP/M.4197 *E.ON/Endesa*), Brussels, 26.09.2006, C (2006)4279 final; zob. także Press Release IP/06/1265.

²⁹⁵ Commission Decision of 20.12.2006 relating to a proceeding pursuant to Article 21 of Council Regulation (EC) No 139/2002 on the control of concentration between undertakings (Case No COMP/M.4197 *E.ON/Endesa*), Brussels, 20.12.2006 C (2006)7039 final; zob. także Press Release IP/06/1853.

warunków (modyfikujących warunki nałożone na E.ON przez CNE)²⁹⁶. Naruszały one traktatowe swobody przepływu kapitału (art. 56 TWE) i przedsiębiorczości (art. 43 TWE). Jeden z nich naruszał także swobodę przepływu towarów (art. 28 TWE; obecnie art. 34 TFUE)²⁹⁷. Nastąpiła także ingerencja w wyłączną kompetencję KE do podejmowania decyzji w sprawach koncentracji. W tej sytuacji Komisja Europejska zażądała od Hiszpanii cofnięcia wydanych warunków do dnia 19.01.2007 r., mimo że E.ON zaakceptował warunki zmodyfikowane²⁹⁸. Hiszpania nie wykonała w tym terminie decyzji CNE z dnia 26.09.2005 r. i z dnia 20.12.1996 r. Na skutek wniesionej przez KE skargi na Hiszpanię, Trybunał Sprawiedliwości uznał, że naruszyła ona przez to swoje zobowiązania traktatowe, pozbawiając art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004 jego skuteczności²⁹⁹.

E.ON zdecydował się nie czekać na rozstrzygnięcie sądowe i postanowił przejąć aktywa Endesy poprzez ich odkupienie od włoskiej spółki Enel i hiszpańskiej spółki Acciona, które zgłosiły do Komisji Europejskiej zamiar przejęcia wspólnej kontroli nad Endesą; zgłoszenie przeprowadzenia tej transakcji, jako koncentracji o wymiarze unijnym, trafiło do Komisji Europejskiej, która wyraziła na nią zgodę już w pierwszej fazie postępowania (na podstawie art. 6 ust. 1 lit. b/ rozp. 139/2004) uznając, że zgłoszona koncentracja nie budzi istotnych wątpliwości co do jej zgodności z rynkiem wewnętrznym (sprawa *Enel/Acciona/Endesa*)³⁰⁰; niektóre należące do Enel i Endesy spółki zależne i aktywa w wielu krajach (w tym w Polsce) miały być później sprzedane niemieckiemu koncernowi E.ON. Jednocześnie, w dniu 5.12.2007 r. Komisja Europejska wydała decyzję³⁰¹, w której stwierdziła, że Hiszpania naruszyła art. 21 rozp. 139/2004 przez przyjęcie i wprowadzenie w życie, bez wcześniejszego poinformowania o tym KE i uzyskania jej zgody, decyzji hiszpańskiego regulatora energetycznego (CNE) z dnia 4.07.2007 r., częściowo zmodyfikowanej przez Ministra Przemysłu Turystyki i Handlu decyzją z dnia 10.10.2010 r. (działających na podstawie ww. dekretu kró-

²⁹⁶ W decyzji z 26.09.2006 r. KE uznała 18 z 19 nałożonych warunków za naruszające prawo UE; zob. niżej pkt 3.1 niniejszego rozdziału.

²⁹⁷ Zob. szerzej niżej pkt 3.1 niniejszego rozdziału.

²⁹⁸ Zob. pkt 21 i 59 cyt. wyż. decyzji z 20.12.2006 r.

²⁹⁹ Zob. wyrok ETS w sprawie C-196/07 *KE v. Hiszpania* (Zb. Orz. 2008, s. I-41).

³⁰⁰ Zob. decyzję w sprawie COMP/M.4685 *Enel/Acciona/Endesa* z 5.07.2007 r. SG-Greffe (2007) D/2042293/4.

³⁰¹ Commission Decision of 5.12.2007 relating to a proceeding pursuant to Article 21 of Council Regulation (EC) No 139/2002 on the control of concentration between undertakings (Case No COMP/M.4685 *Enel/Acciona/Endesa*). Brussels, 5.12.2007, C(2007)5913 final; zob. także IP/07/1858, 5.12.2007 oraz IP/08/164, 31.1.2008; zob. XXXVII Report on Competition Policy, European Commission 2008, pkt 11, s. 12.

lewskiego 4/2006), uzależniającej zgodę na przejęcie przez Enel i Acciona kontroli nad Endesą od sześciu warunków naruszających traktatowe swobody przepływu kapitału (art. 56 TWE) i przedsiębiorczości (art. 43 TWE), a w przypadku jednego z nich – także swobodę przepływu towarów (art. 28 i 29 TWE). Komisja Europejska zażądała ich wycofania w terminie do dnia 10.1.2008 r. Warunki te i ich ocena przez KE są zbieżne z warunkami i oceną w ww. sprawie *E.ON/Endesa*. Decyzja KE z dnia 25.12.2007 r. została zaskarżona do SPI w dniu 13.02.2008 r.³⁰²; skarżąca Hiszpania twierdziła m.in., że KE nie miała kompetencji do wydania decyzji w tej sprawie (powinna raczej wszcząć postępowanie sądowe na podstawie art. 226 TWE) oraz nie musiała zgłaszać KE zastosowanego środka krajowego, gdyż podejmując go władze hiszpańskie odwoływały się wprost do „bezpieczeństwa publicznego”. Sąd nie rozstrzygnął tych spraw, gdyż sprawa została wykreślona z rejestru postanowieniem z dnia 1.10.2010 r.³⁰³

Reasumując należy raz jeszcze podkreślić, że ilościowy dorobek decyzyjny Komisji Europejskiej odnoszący się do interwencji państw członkowskich w postępowania w sprawach koncentracji w celu ochrony ich uprawnionych interesów jest raczej skromny. Z niewielkiej ilości spraw, w których państwa członkowskie (z reguły Wielka Brytania) powoływały się na art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 w latach 1993–2000 wynika, że wyłączenie to miało pod rządami tego rozporządzenia ograniczone znaczenie praktyczne³⁰⁴. Z dwoma wyjątkami, państwom członkowskim udawało się przekonać KE co do legalności ich interwencji na bazie „uprawnionych interesów”. Tylko w sprawach koncentracji *BSCH/Champalimaud* oraz *Cecil/Holderbank/Cimpor*³⁰⁵ Portugalii nie udało się formalnie zablokować tych koncentracji lub uzależnić zgody na ich dokonanie od spełnienia określonych warunków lub dodatkowych zobowiązań w sytuacji, gdy KE skłonna była uznać zgłoszoną koncentrację o wymiarze unijnym za zgodną ze wspólnym rynkiem. Kontestowana przez władze portugalskie koncentracja *BSCH/Champalimaud* doszła jednak do skutku, chociaż w innym kształcie

³⁰² Nadano jej numer T-65/08; postanowieniem Prezesa Sądu z 30.04.2008 r. w sprawie T-65/08 *Hiszpania v. Komisja* (Dz. Urz. UE 2008 C 155/08), odrzucony został wniosek o zawieszenie wykonania decyzji KE z 25.12.2007 r. w sprawie COMP/M.4685 *Enel/Acciona/Endesa*.

³⁰³ Dz. Urz. UE 2010 C 209/51.

³⁰⁴ Por. L. Ritter, W.D. Braun, *European Competition Law: a Practitioner's Guide*. Third Edition, Kluwer Law International, The Hague 2005, s. 532.

³⁰⁵ Zob. decyzję KE z 22.11.2000 r. w sprawie COMP/M.2054 *Cecil/Holderbank/Cimpor*; zob. także XXX Report on Competition Policy 2000, European Commission 2001, 288, s. 86.

niż była zgłoszona; Komisja Europejska odniosła więc tylko połowiczne zwycięstwo³⁰⁶.

Także pod rządami art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004 ilość interwencji państw członkowskich w postępowania w sprawach transgranicznych koncentracji o wymiarze unijnym nie była duża. Tylko w jednym przypadku (sprawa *NewsCorp/BSkyB*) państwo członkowskie (Wielka Brytania) skutecznie uzasadniło dopuszczalność ochrony swych uprawnionych interesów w sektorze mediów. Inne państwa członkowskie – „stare” (np. Hiszpania i Włochy) i „nowe” (np. Polska) – podejmowały próby obrony przed zgodą KE na dokonanie takich koncentracji, ale czyniły to – jak Portugalia w sprawie *BSCH/Champalimaud* – głównie w celu ochrony ich „generalnych interesów gospodarczych”, co jest sprzeczne z istotą ochrony „interesów uprawnionych”, o których mowa w art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004. Ostatecznie niemiecka grupa E.ON mogła przejąć kontrolę nad hiszpańską Endesą. W mocy pozostała także decyzja KE wyrażająca zgodę na dokonanie koncentracji *UniCredito/HVB*, aczkolwiek Unicredito zgodził się ostatecznie na sprzedaż 200 z 438 oddziałów banku PBK niezależnemu nabywcy i zachować niezależność PBK, na czym zależało rządowi polskiemu³⁰⁷. Również w sprawie *Albertis/Autostrade* KE zamknęła ostatecznie postępowanie wszczęte na podstawie art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004 po tym, jak rząd włoski spełnił jej żądania w zakresie reguł wydawania koncesji autostradowych³⁰⁸.

Mimo twardego i z reguły skutecznego oporu Komisji Europejskiej wobec nadużywania instytucji uprawnionych interesów, nie można wykluczyć, że państwa członkowskie UE będą także w przyszłości próbowały odwoływać się do swych uprawnień wynikających z art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004, w szczególności w przypadku zamiarów przejęcia przez przedsiębiorstwo zagraniczne kontroli nad przedsiębiorstwami krajowymi działającymi w sektorach strategicznych (np. wydobywania surowców lub przesyłu energii) lub w środkach masowego przekazu (dla zapewnienia wolności słowa).

³⁰⁶ Tak S. Mohamed, *National interests limiting E.U. cross-border bank mergers*, ECLR 2000, 21(5), s. 256.

³⁰⁷ A. Zabłocka, *Ocena antykonkurencyjnych efektów fuzji i przejęć w UE na przykładzie przejęcia BHV przez Unicredito Italiano*, dostępny na http://mikroekonomia.net/system/publication_files/329/original/24.pdf?1314952664.

³⁰⁸ Zob. Commission Press Release IP/07/1119, Brussels, 18.07.2007 r.

3. Uchylenie lub odstąpienie od zakazu na podstawie interesów publicznych innych niż ochrona konkurencji

3.1. Zgody nadzwyczajne na dokonanie antykonkurencyjnych koncentracji wydawane przez władze publiczne inne niż organ ochrony konkurencji

W zdecydowanej większości zbadanych porządków prawnych kontroli koncentracji organy ochrony konkurencji oceniają zgłoszone im zamiary koncentracji **na podstawie ekonomicznego testu konkurencji (ewentualnie ekonomicznego testu bilansującego)**, którego zastosowanie może stanowić **podstawę zakazu** ich dokonania. Zakaz taki nie może być uchylony przez żaden inny organ władzy publicznej (poza oczywiście sądem kontrolującym prawidłowość tej decyzji) stosujący ten sam test konkurencji (test bilansujący). Sytuacja wygląda zupełnie inaczej, gdy **na podstawie ustawy o ochronie konkurencji inny organ władzy publicznej jest uprawniony do oceny** lub ponownej oceny **antykonkurencyjnej koncentracji** (już zakazanej lub mającej być zakazaną przez organ ochrony konkurencji) **na podstawie testów interesu publicznego innych niż ochrona konkurencji**. Zakres zastosowania takiego rozwiązania jest różny w różnych częściach świata i w różnych krajach. Oczywiście jest, że nie występuje ono w krajach, w których ocena koncentracji dokonuje się na podstawie generalnego – normatywnie niezdefiniowanego – testu interesu publicznego (np. na Malcie) lub jednoznacznie sformułowanego ekonomiczno-społecznego testu bilansującego (np. w Brazylii, Austrii, Szwecji, Bułgarii i Rumunii), pozwalającego organowi ochrony konkurencji ważyć skutki koncentracji w sferze konkurencji i w innych dziedzinach życia społecznego. Tam, gdzie rozwiązanie takie występuje, ustawy o ochronie konkurencji określają – mniej lub bardziej ogólnie – kryteria uchylania zakazu koncentracji w interesie publicznym innym niż ochrona konkurencji oraz kompetencje i procedury wydawania zgód nadzwyczajnych na dokonanie antykonkurencyjnych koncentracji.

W badanych porządkach prawnych kontroli koncentracji **najbardziej rozwiniętych państw pozaeuropejskich** rozwiązanie takie raczej nie występuje, jako że w ocenie koncentracji dominuje w nich ekonomiczny test konkurencji³⁰⁹. Jedynym **wyjątkiem** są tu **Indie**, których ustawa o ochronie konkurencji przyznaje rządowi centralnemu kompetencję do uchylenia (*override*) zarządzenia Indyjskiej Komisji Konkurencji lub udzielenia wyłączenia

³⁰⁹ Zob. szerzej rozdział I niniejszej monografii.

spod obowiązywania określonych przepisów ustawy, jeżeli jest to w interesie publicznym lub interesie bezpieczeństwa państwa³¹⁰.

Mimo tożsamyh podstaw aksjologicznych, za przypadek taki nie można uznać rozwiązania polegającego na tym, że o zgodę na dokonanie koncentracji, którą same strony uznają za antykonkurencyjną, wystąpią one bezpośrednio (a więc z pominięciem zgłoszenia do administracyjnego organu ochrony konkurencji) do sądu powszechnego lub specjalnego sądu ds. konkurencji, który, w sytuacji gdy antykonkurencyjny charakter koncentracji się potwierdzi, może jednak dopuścić do jej dokonania w drodze autoryzacji (*authorisation*), czyli wyjątku spod ustawowego zakazu. Taka sytuacja może mieć miejsce w USA, Kanadzie oraz Nowej Zelandii i Australii.

Przykładowo, gdy do Australijskiego Trybunału Konkurencji zostanie bezpośrednio skierowany wniosek o dopuszczenie (*authorisation*) na dokonanie koncentracji, która powoduje lub może spowodować istotne ograniczenie konkurencji, zgoda taka może być wydana, jeżeli zostanie stwierdzone, że „zamierzona koncentracja spowoduje lub może spowodować taką korzyść publiczną, że należy zezwolić na jej dokonanie”. Ustawa nie definiuje owej „korzyści publicznej” (*benefit to the public, public benefits*), ale wskazuje Trybunałowi, że powinien wziąć pod uwagę okoliczności takie jak istotny wzrost realnej wartości eksportu, możliwość zastąpienia importu i wszelkie inne sprawy wpływające na międzynarodową konkurencyjność gospodarki australijskiej. Zdaniem organów ochrony konkurencji, pojęcie to powinno być rozumiane szeroko i obejmować wszelkie wartości (dobra) ogółu (więcej niż konsumentów), w tym wkład danej koncentracji do osiągania ekonomicznych celów efektywności i postępu³¹¹. Nie jest to jednak lista wyczerpująca; powszechnie uważa się, że w grę wchodzić mogą także „korzyści publiczne” takie jak: wzrost efektywności, racjonalizacja przemysłu, wzrost zatrudnienia, ochrona środowiska itp.³¹², czyli zarówno efektywnościowe korzyści ekonomiczne, jak i korzyści społeczno-gospodarcze.

Sytuacja w tym zakresie wygląda całkowicie inaczej w Europie. W sporej grupie państw europejskich, głównie w „starych” państwach członkowskich UE, organy władzy publicznej inne niż niezależne organy ochrony

³¹⁰ Art. 54 indyjskiej ustawy o konkurencji z 2002 r.; zob. A. Chitale, *India* [w:] *Merger Control 2008*, s. 172.

³¹¹ Zob. R.V. Miller, *Australia* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 15: April 2008, s. 3–5; zob. także prezentowane tam orzeczenia Trybunału w sprawach: Re Queensland Co-operative Milling Association Ltd (1976) 25. F.L.R. 169; Re Howard Smith Industries Ltd (1977) 28. F.L.R. 385; Re Media Council of Australia (1987) 88 F.L.R. 1. Re Australian Association of Pathology Practices (2004) 206 A.L.R. 271.; Re Air Alliance (1998) A.T.P.R. (Corn.) 50–265.

³¹² Zob. C. Oddie, P. Ryan, *Australia* [w:] *Merger Control 2008*, s. 37.

konkurencji mają istotny wpływ na ostateczną ocenę zamierzonych koncentracji. Tak jest w Wielkiej Brytanii, Niemczech, Francji, Belgii, Grecji, Hiszpanii, Holandii, Portugalii, Włoszech i Rumunii oraz w Norwegii i Szwajcarii.

Przypadek brytyjski zasługuje na szczególne potraktowanie. Jeszcze do 2002 r. w systemie kontroli koncentracji w tym kraju stosowany był generalny test interesu publicznego (*public interest test*). W świetle obecnie obowiązującej ustawy o przedsiębiorstwie z 2002 r. organy ochrony konkurencji – Urząd Uczciwego Handlu i Komisja Konkurencji – stosują wyłącznie ekonomiczny test istotnego ograniczenia konkurencji (SLC), natomiast inne interesy publiczne mogą być zapewnione w drodze interwencji Ministra ds. Gospodarki, Innowacji i Kwalifikacji (*Secretary of State for Business, Innovation and Skills*)³¹³. Jest przy tym charakterystyczne, że w brytyjskim systemie kontroli koncentracji wyróżniane są trzy różne typy spraw koncentracji, w których rozważane są interesy publiczne (*public interest cases*): (1) sprawy, w których występuje „interes publiczny” (*public interest*), (2) sprawy, w których ma miejsce „szczególny interes publiczny” (*special public interest*) oraz (3) sprawy koncentracji o wymiarze unijnym, w których w grę wchodzi „uprawnione interesy” w rozumieniu art. 21 unijnego rozporządzenia o kontroli koncentracji³¹⁴. Sprawy te łączy zaangażowanie Ministra; różni je natomiast charakter stosowanych testów oceny; w pierwszym przypadku stosowany jest zarówno test SLC (przez Urząd ds. Uczciwego Handlu), jak i test interesu publicznego, w sprawach drugiego rodzaju test SLC nie jest w ogóle rozważany, a w sprawach trzeciej kategorii Komisja Europejska stosuje swój własny test SIEC³¹⁵.

W pierwszej z ww. kategorii spraw (tzw. *public interest cases*), ustawa o przedsiębiorstwie upoważnia Ministra ds. Gospodarki, Innowacji i Kwalifikacji do interwencji wtedy, gdy uważa on, że jedno lub więcej uwarunkowań interesem publicznym (*public interest considerations*) określonych w ustawie, albo określonych przez niego samego, jest lub może być ważne dla oceny koncentracji. Aktualnie ustawa wymienia następujące uwarunkowania interesu publicznego³¹⁶: (1) bezpieczeństwo narodowe (w tym bezpieczeństwo publiczne); (2) interesy w zapewnieniu stabilności systemu finansowego

³¹³ Art. 42 i d. brytyjskiej ustawy o przedsiębiorstwie z 2002 r.; zob. także brytyjskie Wytyczne w sprawie oceny fuzji. Część 6, s. 65 i d.

³¹⁴ Zob. N. French, A. Jones, M. McElwee, *United Kingdom* [w:] *Merger Control 2010*, s. 382.

³¹⁵ Tamże.

³¹⁶ Art. 42 ustawy o przedsiębiorstwie z 2002 r.; zob. także N. French, A. Jones, M. McElwee, *United Kingdom* [w:] *Merger Control 2010*, s. 382–383.

Wielkiej Brytanii³¹⁷; (3) potrzeba: (a) prawidłowej prezentacji wiadomości w prasie; (b) wolnego wyrażania opinii w prasie; (c) wystarczającego pluralizmu poglądów w prasie; (d) wystarczającego pluralizmu osób kontrolujących przedsiębiorstwa medialne (tzw. test pluralizmu); (e) dostępności szerokiej skali nadawców radiowych i telewizyjnych gwarantujących wysoką jakość i odwołujących się do szerokiej różnorodności testów i interesów; (f) istnienia osób prowadzących lub kontrolujących przedsiębiorstwa medialne, które zapewniają standardy i cele określone w ustawie o łączności³¹⁸.

Kategoria spraw szczególnego interesu publicznego (tzw. *specific public interest cases*) obejmuje tzw. szczególne sytuacje koncentracyjne (*special merger situations*), czyli takie, które nie podlegają właściwości Urzędu ds. Uczciwego Handlu, albowiem nie spełniają normalnych ustawowych progów jurysdykcyjnych wyrażonych obrotem lub udziałem w rynku, przez co nie mogłyby być skierowane do Komisji Konkurencji; ich skierowanie do Komisji Konkurencji jest mimo to możliwe właśnie z powodów interesu publicznego; do kategorii tej należą (a) pewne koncentracje medialne³¹⁹ (b) oraz koncentracje z udziałem kontraktorów rządowych.

Wreszcie, Sekretarz Stanu jest uprawniony do wydania tzw. postanowienia o interwencji europejskiej (*European Intervention Notice*), na mocy którego może skierować do Komisji Konkurencji sprawę koncentracji o wymiarze unijnym, która jest przedmiotem oceny Komisji Europejskiej na podstawie testu SIEC, ale z powodów interesu publicznego. Przykładem takiego rozważania konsekwencji dla interesu publicznego był ostatnio zamiar przejęcia przez General Electric części Smiths Group zajmującej się produkcją kosmiczną (*aerospace*)³²⁰.

Znamienne jest, że także w Niemczech, od wejścia w życie ustawy kartelowej do dzisiaj, istnieje możliwość uchylenia zakazu antykonkurencyjnej koncentracji, wydanej na podstawie bilansującego (ekonomicznego) testu konkurencji (ekonomicznego testu bilansującego)³²¹, ze względu na interes publiczny inny niż ochrona konkurencji. Inaczej niż w Wielkiej Brytanii, Minister Gospodarki i Technologii może interweniować dopiero wtedy,

³¹⁷ Przykładem zastosowania tej instytucji była ministerialna zgoda na fuzję banków *Lloyds TSB/HBOS*, prezentowana przez M. Błachucki, R. Stankiewicz, *Decyzja zezwalająca na dokonanie koncentracji z naruszeniem testu istotnego ograniczenia konkurencji (art. 20 ust. 2 ustawy antymonopolowej)*, PUG 2010, Nr 6, s. 8.

³¹⁸ Art. 319 ustawy o łączności z 2003 r. (Communications Act 2003); zob. N. French, A. Jones, M. McElwee, *United Kingdom* [w:] *Merger Control 2010*, s. 382.

³¹⁹ Tamże.

³²⁰ Zob. N. French, A. Jones, M. McElwee, *United Kingdom* [w:] *Merger Control 2010*, s. 382.

³²¹ Zob. wyż. rozdział I niniejszej monografii.

gdy Federalny Urząd Kartelowy wyda decyzję zakazującą dokonania takiej koncentracji. Minister może wtedy wyrazić zgodę nadzwyczajną (*ministerial authorisation; Ministererlaubnis*) na dokonanie koncentracji, jeżeli przyniesie ona korzyści dla gospodarki, przeważające nad szkodą konkurencyjną, albo jest usprawiedliwiona (*overriding*) interesem publicznym; decyzja taka może być powiązana z warunkami nałożonymi na strony koncentracji³²².

Także we Francji, nawet po reformie z 2009 r., Minister Gospodarki zachowuje istotny wpływ na dopuszczalność koncentracji, chociaż nie może kwestionować decyzji Urzędu ds. Konkurencji z powodów odnoszących się do ekonomicznych skutków koncentracji dla konkurencji. Minister Gospodarki może natomiast podjąć ostateczną decyzję opartą na przesłankach interesu publicznego, zastępującą wcześniejszą decyzję Urzędu. Decyzja Ministra, wyrażająca zgodę lub zakazującą takiej koncentracji, może być oparta na czynnikach takich jak: rozwój przemysłowy i technologiczny (rozwój techniczny), konkurencyjność firm na rynkach międzynarodowych oraz dobrobyt społeczny³²³. Jak się podkreśla, z możliwości tej będzie on korzystał wyjątkowo (jak dotychczas z niej nie skorzystał). Może go do tego skłonić kryzys gospodarczy³²⁴.

Również w pozostałych państwach europejskich, w których dopuszczenie antykonkurencyjnej koncentracji ze względu na interesy publiczne inne niż ochrona konkurencji jest możliwe, regułą jest, że **koncentracja** taka musi być **najpierw zakazana** przez niezależny organ ochrony konkurencji stosujący wyłącznie ekonomiczny test konkurencji lub ekonomiczny test bilansujący (np. w Szwajcarii³²⁵). Dopiero wtedy, w określonym ustawowo terminie i w określonym trybie, określony organ władzy publicznej, może uchylić zakaz koncentracji ze wskazanych w ustawie powodów publicznych³²⁶. W Belgii, Rada Ministrów może wyrazić zgodę na dokonanie koncentracji ze względu na interes ogólny, który przeważa nad zidentyfikowanym i określonym w decyzji Rady Konkurencji ryzykiem dla konkurencji. Rada Ministrów może także całkowicie lub częściowo odrzucić warunki i obowiązki nałożone przez Radę Konkurencji³²⁷. Także w Holandii, w sytuacji

³²² Art. 42 niemieckiej ustawy kartelowej z 1957 r.

³²³ Art. L. 430-7 Kodeksu Handlowego; zob. także J. Philippe, J.-N. Mailard, *France* [w:] *Merger Control 2010*, GCR, s. 138, 140 i 141.

³²⁴ Tamże, s. 140; zob. także L. Vogel, J. Vogel, *France* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 112 i 115.

³²⁵ Art. 10 i 11 szwajcarskiej federalnej ustawy kartelowej z 1995 r.; zob. także M. Meinhardt, B. Merkt, A. Waser, *Switzerland* [w:] *Merger Control 2010*, s. 354.

³²⁶ Zob. szerzej pkt 5.2 niniejszego rozdziału.

³²⁷ Art. 60 § 1 zdanie pierwsze i § 2 w zw. z art. 8 § 6 belgijskiej ustawy o konkurencji z 2006 r.; zob. także J. Stuyck, I. Buelenes, *Belgium* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 39.

gdy Zarząd Urzędu ds. Konkurencji odmawia wydania zgody na dokonanie zamierzonej koncentracji, Minister ds. Gospodarki, może ponownie ocenić koncentrację i wyrazić na nią zgodę, jeżeli uzna, że jest ona konieczna z ważnych powodów w interesie ogólnym (gospodarczym lub niegospodarczym), który przeważa oczekiwane ograniczenie konkurencji³²⁸. W Grecji, w sytuacjach wyjątkowych, właściwi ministrowie (obecnie ds. finansów oraz rozwoju regionalnego i konkurencyjności) mogą wyrazić zgodę na koncentrację, której dokonania zakazała Komisja Konkurencji, kierując się kryteriami nie dotyczącymi warunków konkurencji na rynku. Decyzja taka może obejmować warunki i obowiązki dla zapewnienia skutecznej konkurencji lub osiągnięcia korzyści ekonomicznych lub innych (socjalnych) pokrywających niekorzystne konsekwencje dla konkurencji³²⁹. W Hiszpanii, w sytuacji wydania decyzji zakazującej dokonania koncentracji lub wydania na nią zgody warunkowej, Minister Gospodarki może wyjątkowo zdecydować, czy przedłożyć sprawę Radzie Ministrów. Rząd musi zdecydować, czy potwierdzić decyzję Rady Ministrów, zmodyfikować ją czy też wyrazić zgodę (bezwarunkową lub warunkową) na dokonanie koncentracji na podstawie interesu publicznego innego niż ochrona wolnej konkurencji. Także w Portugalii niedawna reforma nie wyeliminowała możliwości zastosowania kryteriów niezwiązanych z konkurencją w trybie zgody nadzwyczajnej Ministra Gospodarki na dokonanie koncentracji, której zakaze Urząd ds. Konkurencji. Minister Gospodarki może wydać decyzję zezwalającą na dokonanie koncentracji, jeżeli powodowane przez nią korzyści dla fundamentalnych interesów gospodarki narodowej będą przewyższać negatywne skutki dla konkurencji; decyzja taka może zawierać warunki i obowiązki, które minimalizują jej negatywne skutki dla konkurencji³³⁰.

Podobne rozwiązania są stosowane w jednym „nowym” państwie członkowskim UE – w Rumunii i w dwóch innych państwach europejskich – w Szwajcarii i Norwegii³³¹. W Rumunii, jeżeli rumuńska Rada Konkurencji wyda decyzję zakazującą dokonania koncentracji dotyczących przedsiębiorstw publicznych, decyzja ta może być uchylona przez ministra i musi

³²⁸ Art. 47 holenderskiej ustawy o konkurencji z 1997 r.; zob. także S. Beeston, F. van de Jagt, *Netherlands* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 213; W. Knibbeler, P. Kreijger, *Netherlands* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 250.

³²⁹ Art. 4e ust. 3 greckiej ustawy o konkurencji z 1977 r.; zob. także A. Almyroudi, P. Bernitsas, *Greece* [w:] Rowley & Baker, *Internetaional Mergers...*, s. 21-10.

³³⁰ Zob. M. Marques Mendes, P. Vilarinho Pires, *Portugal* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 277.

³³¹ Art. 21 norweskiej ustawy o konkurencji z 2004 r.; zob. także B. Sundet, H. Stemshaug, *Norway* [w:] *Merger Control 2008*, s. 266.

być opublikowana w Dzienniku Urzędowym wraz z decyzją zakazową³³². Przypadek rumuński jest jednak szczególnie, jako że już sama decyzja Rady Konkurencji jest oparta na ekonomiczno-społecznym teście bilansującym, stąd będzie przedmiotem rozważań w dalszej części tego podrozdziału. W Szwajcarii, Komisja Konkurencji, wydając decyzję zakazową, musi ją przekazać rządowi dla ewentualnego wydania zgody nadzwyczajnej. W takiej sytuacji, Rada Federacji (szwajcarski rząd) może, na wniosek przedsiębiorstw, w wyjątkowych przypadkach (*in exceptional cases*), wyda zgodę na dokonanie koncentracji, jeżeli jest to „konieczne dla nieodpartych [*compelling*] powodów interesu publicznego”³³³.

Trochę inne rozwiązanie zastosowano we Włoszech, gdzie Rada Ministrów, na wniosek Ministra Przemysłu, może sformułować wytyczne, na podstawie których Urząd ds. Konkurencji i Rynku może w wyjątkowych przypadkach dopuścić dokonanie zakazanej koncentracji, gdy przemawia za tym ogólny narodowy interes gospodarczy³³⁴. Realizując taką kompetencję, Urząd ds. Konkurencji i Rynku musiałby podjąć konieczne zarządzenia (*orders*) dla przywrócenia pełnej konkurencji w określonym terminie³³⁵.

We wszystkich tych przypadkach zgoda nadzwyczajna rządu – całej Rady Ministrów (w Belgii, we Włoszech, w Norwegii, w Szwajcarii) lub jej członka najczęściej odpowiedzialnego za sprawy gospodarcze (w Grecji, Portugalii, Hiszpanii, Holandii) – może być wydana wtedy, gdy przemawiają za tym interesy publiczne sformułowane z reguły raczej ogólnie (generalnie). Niekiedy jednak ustawodawcy precyzują te interesy lub wyróżniają ich szczegółowe kategorie. W Belgii np. Rada Ministrów uwzględnia w swej ocenie i w uzasadnieniu decyzji w szczególności interes ogólny bezpieczeństwa narodowego, konkurencyjność sektora w kontekście konkurencji międzynarodowej oraz interesy konsumentów i rynku pracy³³⁶. W Grecji zgoda nadzwyczajna może być wydana, gdy koncentracja rodzi korzyści ogólnogospodarcze przeważające/pokrywające (*offseting*) powodo-

³³² Art. 14 ust. 2 rumuńskiej ustawy o konkurencji z 1996 r.; zob. także A.I. Ioachimesu, *Romania* [w:] *Merger Control 2008*, s. 285.

³³³ Art. 11 szwajcarskiej federalnej ustawy kartelowej z 1995 r.; zob. także J. Borer, P. Sommer, D. Mamane, *Switzerland* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 18: August 2009, s. 57-20.

³³⁴ Art. 25 ust. 1 włoskiej ustawy o konkurencji z 1990 r.

³³⁵ Zob. R. Caiazza, *Italy* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 21: March 2011, s. 30-27; G.L. Zampa, *Italy* [w:] *Merger Control 2008*, s. 196.

³³⁶ Art. 60 § 1 zd. drugie 2 belgijskiej ustawy o konkurencji; zob. L. Garzaniti, Th. Janssen, P. Goffinet, *Belgium* [w:] *Merger Control 2008*, s. 57 i 59; J. Stuyck, I. Buelens, *Belgium* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 39; P. L'Ecluse, M. Favart, A. Bailleux [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 17: April 2009, s. 6-10.

wane przez nią ograniczenie konkurencji, lub jest uznana za konieczną dla spełnienia nadrzędnego interesu publicznego, w szczególności, gdy przyczynia się do modernizacji i racjonalizacji produkcji, przyciąga inwestycje, wzmacnia konkurencyjność na rynkach europejskich i międzynarodowych oraz generuje zatrudnienie³³⁷. W Hiszpanii ustawa o ochronie konkurencji formułuje niewyłączną listę powodów interesu publicznego; są to: obrona i bezpieczeństwo narodowe, ochrona zdrowia publicznego i bezpieczeństwa, wolny przepływ towarów lub usług wewnątrz kraju, ochrona środowiska, promocja technologicznych B+R, utrzymanie celów regulacji sektorowych³³⁸. W Portugalii kwestie nie związane z konkurencją można wziąć pod uwagę także w przypadku międzynarodowej konkurencyjności gospodarki portugalskiej³³⁹. Interwencja Króla Norwegii możliwa jest w sprawach ochrony środowiska, zatrudnienia, sprawach socjalnych, rolnictwa i innych polityk lub interesu publicznego, które przeważają nad kwestiami konkurencji³⁴⁰.

Obawy (np. ustawodawcy polskiego) przed wprowadzeniem instytucji zgody nadzwyczajnej na dokonywanie antykonkurencyjnych koncentracji wydawanej przez rząd (Radę Ministrów lub ministra odpowiedzialnego za sprawy gospodarcze) rozwiązać powinna stwierdzona w przeprowadzonych badaniach prawidłowość, że decyzje takie w ww. porządkach prawnych są wydawane niezmiernie rzadko. Rządy nie korzystają z tych prerogatyw wcale lub korzystają z nich wyjątkowo. W Holandii nadzwyczajnej zgody na dokonanie antykonkurencyjnej koncentracji Minister Gospodarki nie wydał jeszcze nigdy, aczkolwiek raz było o to proszony; uznał jednak wtedy, że nie ma wystarczającego interesu ogólnego³⁴¹. Także hiszpański Minister Gospodarki nie skorzystał ze swych prerogatyw; nawet w kontrowersyjnej sprawie *Gaz Natura/Union Fenosa* (dopuszczonej pod warunkami) nie skierował sprawy do rozstrzygnięcia przez rząd³⁴²; uważa się, że nie będzie tego

³³⁷ Zob. E. Bourtzalas, *Grece* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 132.

³³⁸ Art. 60 hiszpańskiej ustawy o konkurencji z 2007 r..

³³⁹ Zob. C. Bothelo Moniz, P. de Gouveia e Melo, *Portugal* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 246, 248–249.

³⁴⁰ Art. 21 norweskiej ustawy z 2004 r.; zob. także B. Sundet, H. Stemshaug, *Norway* [w:] *Merger Control 2008*, s. 266; M. Magnusen, S.M. Klevstrands, *Norway* [w:] *Merger Control 2010*, s. 279 I 281.

³⁴¹ Art. 47 holenderskiej ustawy o konkurencji; zob. także S. Beeston, F. van de Jagt, *Netherlands* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 213; W. Knibbeler, P. Kreijger, *Netherlands* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 250.

³⁴² Zob. R. García-Gallardo, M. Arias Díaz, *Spain* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 295.

czynił także w przyszłości³⁴³. Taki przypadek nie zdarzył się do tej pory także w Szwajcarii³⁴⁴. Również we Włoszech nie zostały jeszcze wydane wytyczne Rady Ministrów, które mogłyby stanowić podstawę zgody nadzwyczajnej³⁴⁵. W Portugalii decyzję taką wydano tylko raz w sprawie *Brisal/AEA*; ani razu też przy ocenie koncentracji na podstawie kwestii niezwiązanych z konkurencją nie wzięto pod uwagę np. międzynarodowej konkurencyjności gospodarki narodowej³⁴⁶. Również w Norwegii z możliwości uchylene decyzji Urzędu ds. Konkurencji na podstawie kryteriów interesu publicznego skorzystano tylko raz w sprawie z sektora rolnego³⁴⁷. W Grecji jedyną decyzję nadzwyczajną wydano w 1996 r. w sprawie *Kamari/Vossinakis*; jak się jednak podkreśla, w ostatnich latach, sama Komisja Konkurencji, badając zgłoszenia koncentracji, uwzględniała ich skutki dla gospodarki narodowej, np. w sektorach takich jak budownictwo czy bankowość, z uwagi na ich znaczenie dla dochodu narodowego, rynków zatrudnienia oraz konkurencyjności międzynarodowej³⁴⁸.

Wprawdzie także w Niemczech ministerialne zgody nadzwyczajne są wydawane niezmiernie rzadko, bo w całym okresie obowiązywania ustawy wydane zostały tylko 5 razy na 21 podjętych prób (dwa razy były to zgody bezwarunkowe, trzy razy – warunkowe)³⁴⁹. Trzeba jednak przyznać, że niektóre z tych zgód były mocno kontestowane. Z największą krytyką opinii publicznej, sądów i przedstawicieli nauki³⁵⁰ spotkała się zwłaszcza zgoda Ministra Gospodarki na przejęcie Ruhrgas przez E.ON; prof. V. Emmerich publicznie zarzuca jej nawet korupcyjne podłoże³⁵¹. Transakcja została bowiem najpierw dwukrotnie zakazana przez Federalny Urząd Kartelowy

³⁴³ Zob. M. Araujo, K.J. Jörgens, C. Pérez-Abad, *Spain: Merger Control* [w:] *The European Antitrust Review 2011*, s. 3; zob. także M. Błachucki, R. Stankiewicz, *Decyzja zezwalająca na dokonanie koncentracji z naruszeniem testu istotnego ograniczenia konkurencji...*, s. 8.

³⁴⁴ Zob. J. Borer, P. Sommer, D. Mamane, *Switzerland* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 21: March 2011, s. 57-10.

³⁴⁵ Zob. R. Caiazzo, *Italy* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 21: March 2011, s. 30-27; G.L. Zampa, *Italy* [w:] *Merger Control 2008*, s. 196.

³⁴⁶ Zob. C. Bothelo Moniz, P. de Gouveia e Melo, *Portugal* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 249.

³⁴⁷ Zob. M. Magnusen, S.M. Klevstrands, *Norway* [w:] *Merger Control 2010*, s. 281.

³⁴⁸ Zob. A. Economou, *Greece* [w:] *Merger Control 2008*, s. 155.

³⁴⁹ Zob. M. Rosenthal, *Germany* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, GCR, s. 125.

³⁵⁰ Zob. szerszej V. Emmerich, *Kartellrecht*, 11. Auflage, C.H. Beck, München 2008, s. 475, zwłaszcza przypis 136; autor wskazuje tam na orzeczenia sądów i publikacje, kontestujące tę decyzję.

³⁵¹ W podręczniku (*Kartellrecht*, s. 475) pisze wprost: „Jedoch gelang es E.ON mit Hilfe korrupter Politiker (...) ebenfalls zweimal eine Ministererlaubnis durchzusetzen“. Zob. także tamże, s. 482.

ze względu na dramatyczne pogorszenie się warunków konkurencji na wielu rynkach energetycznych. Minister Gospodarki wydał jednak na nią zgodę, motywując ją koniecznością wzmocnienia międzynarodowej konkurencyjności spółki Ruhrgas zarówno po stronie popytu, jak i podaży, oraz potrzebą poprawy bezpieczeństwa dostaw energii w szczególności w kontraktach z Rosją (przez długoterminowe dostawy taniego gazu)³⁵². Zdaniem krytyków tej decyzji doprowadziła ona do ostatecznej monopolizacji niemieckich rynków dostaw energii elektrycznej i gazu naturalnego. Warto jednak zaznaczyć, że u podstaw tej monopolizacji leży wcześniejsze zgody Federalnego Urzędu Kartelowego i Komisji Europejskiej, które dopuściły do duopolizacji rynku energii elektrycznej w Niemczech, pozwalając na dokonanie koncentracji tworzących RWE (przez przejęcie VEW)³⁵³ i E.ON (w drodze fuzji Veba i Viag)³⁵⁴. Nie tylko zatem rząd niemiecki, w interesie publicznym innym niż ochrona konkurencji (czytaj: dobrobytu własnych konsumentów), ale także organy ochrony konkurencji działające wyłącznie w interesie ochrony konkurencji, wyraziły zgodę na daleko posuniętą koncentrację rynków energetycznych, które dawno już straciły wymiar narodowy. W międzyczasie ustawodawca niemiecki zaostrzył kontrolę nadużywania pozycji dominującej (w praktyce głównie przez RWE i E.ON) na rynkach energetycznych³⁵⁵. Z kontestacją nie spotkała się natomiast ostatnia z wydanych do tej pory niemieckich zgód ministerialnych, dzięki której mogło dojść do antykonkurencyjnej koncentracji dwóch szpitali w Greifswaldzie; zgoda ta miała na celu zapewnić długoterminowe utrzymanie zdolności leczniczych i badawczych w unikalnych obszarach medycyny³⁵⁶.

3.2. Odstąpienie od zakazu dokonania koncentracji przez organ ochrony konkurencji

Odstąpienie od zakazu dokonania antykonkurencyjnej koncentracji przez organ ochrony konkurencji jest możliwe, co do zasady, tylko w **pięciu państwach członkowskich UE**: w Austrii, Szwecji, Bułgarii, Rumunii i Polsce. Przyjęte w tych krajach rozwiązania różnią się jednak dosyć istotnie. Wspólne

³⁵² Verfügung von 18.09.2002 – 1 B 1-220 840/129, niepubl.; zob. także WuW/E DEV 751; zob. także M. Błachucki, R. Stankiewicz, *Decyzja zezwalająca na dokonanie koncentracji z naruszeniem testu istotnego ograniczenia konkurencji...*, s. 7.

³⁵³ BKartA WuW/E DEV 301 – RWE/VEW.

³⁵⁴ Decyzja KE z 13.06.2000 r. w sprawie *Veba/VIAG* (Dz. Urz. WE 2001 L 188/1).

³⁵⁵ Zob. aktualne brzmienie art. 29 niemieckiej ustawy kartelowej z 1957 r.

³⁵⁶ Decyzję taką Minister wydał np. w sprawie *Universitätsklinikum Greifswald/Kreis Krankenhaus Wolgast*; zob. M. Rosenthal, *Germany* [w:] ICG to: *Merger Control 2011*, s. 125.

i charakterystyczne dla trzech pierwszych państw jest jednoznaczne oparcie oceny koncentracji zgłaszanych do organów ochrony konkurencji **na ekonomiczno-społecznym teście bilansującym** ich skutki dla koncentracji ze skutkami w sferze innych interesów publicznych³⁵⁷. Różny jest natomiast charakter organu ochrony konkurencji działającego w ramach przyjętego w tych krajach modelu instytucjonalnego.

Rozwiązanie austriackie wyróżnia się przede wszystkim tym, że jest stosowane w kraju, w którym – jako jedynym w Europie – realizowany jest czysty sądowy model instytucjonalny ochrony konkurencji³⁵⁸. Federalny Urząd Kartelowy, do którego wpływają zgłoszenia koncentracji, nie może ich ani zakazać, ani odstąpić od zakazu. Jeżeli stwierdzi, że zachodzą przesłanki takiego zakazu lub odstąpienia od niego, musi skierować sprawę do Sądu Kartelowego, który może takie decyzje wydać; jest więc jedynym organem ochrony konkurencji, który ma prawo nie wydać zakazu dokonania antykonkurencyjnej koncentracji wtedy, gdy dana koncentracja jest konieczna dla zachowania lub poprawy konkurencyjności międzynarodowej przedsiębiorstw i jest ekonomicznie uzasadniona³⁵⁹. W modelu tym, także wtedy gdy rozpatrywane jest odstąpienie od zakazu (zgoda na dokonanie koncentracji wywołującej przeważające skutki antykonkurencyjne), administracyjny organ ochrony konkurencji i uczestnicy koncentracji przedstawiają swoje stanowisko niezawisłemu sądowi powszechnemu, którego rozstrzygnięcia podlegają instancyjnej kontroli sądowej; charakterystyczne dla austriackiego modelu ochrony konkurencji (w tym kontroli koncentracji) jest daleko idące prawo udziału w postępowaniach administracyjnych i sądowych tzw. partnerów społecznych.

Raczej wyjątkowo, zgodę nadzwyczajną może wydać także Sąd Rynkowy w Szwecji, usytuowany w systemie administracji publicznej, przy czym może to zrobić tylko na wniosek szwedzkiego Urzędu ds. Konkurencji.

W Bułgarii i Rumunii realizowany jest administracyjny model instytucjonalny ochrony konkurencji³⁶⁰. W modelu tym zgłoszenia koncentracji wpływają do organu ochrony konkurencji i są przez ten organ ewaluowane na podstawie szeroko zdefiniowanego ekonomiczno-społecznego testu bilan-

³⁵⁷ Zob. szerzej rozdział I niniejszej monografii.

³⁵⁸ Zob. szerzej T. Skoczny, *Instytucjonalne modele wdrażania reguł konkurencji na świecie – wnioski dla Polski*, RPEiS 2011, Nr 2, s. 81.

³⁵⁹ Art. 12 ust. 2 pkt 2 austriackiej ustawy kartelowej; zob. także A. Reidlinger, A. Zellhofer, *Austria* [w:] *Merger Control 2008*, s. 46; F. Urlesberger, S. Stegbauer, *Austria* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 33.

³⁶⁰ Zob. szerzej T. Skoczny, *Instytucjonalne modele wdrażania reguł konkurencji na świecie...*, s. 85.

sującego. Co więcej, bułgarski model instytucjonalny kontroli koncentracji nie akcentuje nawet priorytetu dla testu konkurencji, a więc bardzo szeroko otwiera bramy dla ocen opartych na kryteriach niezwiązanych z konkurencją. Bułgarska Komisja Ochrony Konkurencji może mianowicie wyrazić zgodę na dokonanie antykonkurencyjnej koncentracji, jeżeli prowadzi ona do modernizacji produkcji lub gospodarki jako całości, poprawy struktury rynku, promocji inwestycji, tworzenia nowych miejsc pracy, lepszego zaspokajania potrzeb konsumentów i jeżeli efekty pozytywne generalnie przeważają nad negatywnym wpływem na konkurencję na rynku właściwym³⁶¹. Także rumuńska Rada Konkurencji może wydać zgodę na dokonanie antykonkurencyjnej koncentracji, gdy zamierzona koncentracja służy realizacji polityki przemysłowej, społecznej i ochrony środowiska, których wymogi są ważne z antykonkurencyjnymi skutkami zamierzonej koncentracji³⁶².

Zarówno w Bułgarii, jak i w Rumunii głównym zabezpieczeniem prawidłowego stosowania kryteriów interesów publicznych innych niż ochrona konkurencji jest to, iż podstawowym elementem administracyjnego modelu ochrony koncentracji jest organ kolegialny³⁶³. Jeżeli zgodę na dokonanie antykonkurencyjnej koncentracji wydaje organ kolegialny, to można założyć, że wtedy jest większa możliwość wyważenia obu rodzajów interesów publicznych. Jak wskazano wyżej, w Rumunii dodatkowo istnieje prawo uchylenia przez organ rządowy niektórych zakazów koncentracji wydanych przez kolegialny organ ochrony konkurencji.

W Polsce, konfrontacja interesu publicznego w ochronie konkurencji z innymi interesami publicznymi może mieć miejsce **wyłącznie przed Prezesem UOKiK**. Polski ustawodawca dopuścił bowiem możliwość wyrażenia zgody na koncentrację, która na podstawie ekonomicznego testu konkurencji (istotnego ograniczenia konkurencji, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku) powinna zostać zakazana (jako koncentracja antykonkurencyjna). W drodze bezpośrednio powiązanych ze sobą norm kompetencyjnych (art. 20 uokik³⁶⁴) ustawodawca

³⁶¹ Art. 28 ust. 2 bułgarskiej ustawy o ochronie konkurencji; zob. także F. Urlesberger, I. Stoyanov, *Bulgaria* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 59; N. Gouginski, A. Petrow, *Bulgaria* [w:] *Merger Control 2008*, GCR, s. 73; F. Urlesberger, I. Stoyanov, *Bulgaria* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 59.

³⁶² A.I. Ioachimesu, *Romania* [w:] *Merger Control 2008*, s. 285.

³⁶³ Zob. szerzej T. Skoczny, *Instytucjonalne modele wdrażania reguł konkurencji na świecie...*, s. 85.

³⁶⁴ Identyczny przepis (art. 19 ust. 1 i 2) zawierała także uokik z 2000 r. Zgody nadzwyczajnej nie przewidywała natomiast ustawa antymonopolowa z 1990 r., ale też pod jej rządami Prezes UOKiK był tylko uprawniony, a nie zobowiązany do wydania decyzji

stworzył jednak instytucję prawną „odstąpienia od zakazu”³⁶⁵. Przepis ten stanowi bowiem podstawę wydania przez Prezesa UOKiK zarówno (1) decyzji o zakazie dokonania koncentracji mogącej spowodować istotne ograniczenie konkurencji (art. 20 ust. 1), jak i (2) decyzji o odstąpieniu od wydania decyzji zakazującej dokonania antykonkurencyjnej koncentracji w szczególności wtedy, gdy „przyczyni się ona do rozwoju ekonomicznego lub postępu technicznego” lub „może ona wywrzeć pozytywny wpływ na gospodarkę narodową” (art. 20 ust. 2)³⁶⁶. Z konstrukcji art. 20 wynika, że ustawodawca traktuje **odstąpienie od zakazu dokonania koncentracji antykonkurencyjnych jako sytuację wyjątkową (nadzwyczajną)**³⁶⁷, jako **wyjątek od reguły zakazu** takich koncentracji³⁶⁸. Prezes UOKiK jest zatem zobowiązany wydać decyzję zakazującą dokonania koncentracji, o której mowa w ust. 1, zawsze z wyjątkiem sytuacji, w której są spełnione przesłanki odstąpienia od jej wydania (odstąpienia od zakazu), wskazane w ust. 2 tego artykułu³⁶⁹. Rozwiązanie to nie ma swego odpowiednika w żadnym innym z badanych porządków prawnych kontroli koncentracji, przede wszystkim w kontekście ustrojowym. Z uwagi na występujący w Polsce monistyczno-

zakazującej koncentracji o charakterze antykonkurencyjnym (art. 11a ust 4 lit. a); ustawa nie określała jednak, w jakich okolicznościach mógł takiej decyzji nie wydać.

³⁶⁵ Zdaniem M. Stefaniuka (*Publicznoprawne reguły konkurencji*, Verba, Lublin 2005, s. 279) odstąpienie od zakazu jest „wariantem decyzji politycznej”, która przybiera postać „zbliżoną do reguły rozsądku”. Z „regułą rozsądku” test interesu publicznego wyrażony w art. 19 ust. 2 uokik z 2000 r. utożsamiany był także przez K. Strzyczkowskiego (*Nowe prawo konkurencji. Uwagi o projekcie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, PUG 2000, Nr 9, s. 6). Słusznie krytycznie wobec tego ostatniego stanowiska zob. M. Błachucki (*System postępowania antymonopolowego w sprawach koncentracji przedsiębiorców*, UOKiK, Warszawa 2012, s. 304).

³⁶⁶ Bezsporne jest, że zawarty w tym przepisie katalog przesłanek odstąpienia od zakazu ma charakter otwarty.

³⁶⁷ Stąd nazywana ona bywa zgodą „wyjątkową”, „nadzwyczajną” lub „wyjątkową (nadzwyczajną)”.

³⁶⁸ Tak też E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Twigger, Warszawa 2002, s. 170; *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod red. C. Banasińskiego, E. Piontka, LexisNexis, Warszawa 2009, s. 374; M. Błachucki, *System postępowania antymonopolowego w sprawach koncentracji przedsiębiorców*, s. 304. Zdaniem A. Madały (A. Madała [w:] A. Bolecki, S. Drozd, S. Famirska, M. Kozak, M. Kulesza, A. Madała, T. Wardyński, *Prawo konkurencji*, s. 490) wynika to m.in. z tego, że „na Prezesie UOKiK spoczywa obowiązek analizy, czy w danej sprawie nie zachodzą przesłanki z art. 20 ust. 2 u.o.k.k.”.

³⁶⁹ W pełni zgadzam się z poglądem E. Stawickiego (*Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod red. A. Stawickiego, E. Stawickiego, s. 496), że zakazu koncentracji nie może wydać także wtedy, gdy jest możliwość wydania decyzji warunkowej (art. 19 uokik z 2007 r.); w tym przypadku jednak ustawodawca uregulował kompetencje Prezesa UOKiK w odrębnym artykule.

-monokratyczny system ochrony konkurencji, obie te kompetencje realizuje (1) **ten sam jednoosobowy organ ochrony konkurencji**; (2) **w drodze jednej decyzji**; (3) **wydanej po przeprowadzeniu jednolitego** (jednofazowego) **postępowania w sprawach koncentracji**; (4) na Prezesie UOKiK jako organie administracji publicznej leży też ciężar dowodu w przypadku całej tej decyzji³⁷⁰. E. Stawicki słusznie podkreśla, iż ustawodawca nie przeniósł ciężaru dowodu na okoliczność, że zachodzą przesłanki odstąpienia od zakazu (wydania zgody nadzwyczajnej) na przedsiębiorcę zgłaszającego zamiar jej dokonania; dla umiejscowienia ciężaru dowodu rozstrzygające znaczenie ma zatem art. 83 uokik³⁷¹. Tym samym całkowicie błędne i nieuzasadnione jest stanowisko, w myśl którego przy stosowaniu art. 20 ust. 2 „ciężar dowodu w całości obciąża przedsiębiorcę”³⁷² lub „ciężar udowodnienia istnienia okoliczności, że zamierzona transakcja przyczyni się do rozwoju ekonomicznego lub do postępu technicznego lub też może wyrzucić pozytywny wpływ na gospodarkę narodową spoczywa na stronie postępowania”³⁷³; stanowisko takie reprezentuje jednak Prezes UOKiK³⁷⁴ i podziela Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów³⁷⁵.

Tworząc instytucję prawną „odstąpienia od zakazu” dokonania koncentracji antykonkurencyjnej (art. 20 uokik z 2007 r., art. 19 uokik z 2000 r.), służącą konfrontacji interesu publicznego w ochronie konkurencji z innymi interesami publicznymi, ustawodawca nie określił wyraźnie jej materialnoprawnego charakteru i zakresu. Nie ulega jednak wątpliwości, że instytucja ta ma swoje ugruntowanie w kategorii „interesu publicznego” (art. 1 ust. 1 uokik), nie ograniczonego do „interesu publicznego w ochronie konkurencji”³⁷⁶, ale nie zdefiniowanego w tym przepisie. Dla określenia charakteru i zakresu „interesu publicznego”, leżącego u podstaw instytucji prawnej

³⁷⁰ Zob. T. Skoczny [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod red. naukową T. Skoczego, s. 901.

³⁷¹ Zob. E. Stawicki [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod red. A. Stawickiego, E. Stawickiego, s. 504–505. Słusznie też kontestuje E. Stawicki (tamże, s. 505, przypis 1946) pogląd E. Modzelewskiej-Wąchal (*Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, s. 171) o możliwości posiłkowego posługiwania się w tym zakresie art. 6 kc.

³⁷² M. Błachucki, *System postępowania antymonopolowego w sprawach koncentracji przedsiębiorców*, s. 304.

³⁷³ M. Błachucki, R. Stankiewicz, *Decyzja zezwalająca na dokonanie koncentracji z naruszeniem testu istotnego ograniczenia konkurencji...*, s. 6.

³⁷⁴ Decyzja Prezesa UOKiK z 9.10.2009 r. w sprawie Nr DKK-67/09 *Cogifer/Koltram*, pkt 133.

³⁷⁵ Wyrok SOKiK z 13.04.2011 r. w sprawie XVII AmA 78/09 *Orzeł Biały*.

³⁷⁶ Podkreślają to wyraźnie komentatorzy uokik z 2000 r. (E. Modzelewska, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, s. 170–171) i uokik z 2007 r. (T. Skoczny [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod red. T. Skoczego,

„odstąpienia od zakazu”, musi więc wystarczyć jego treść normatywna, którą można wywieść z art. 20 ust. 2 uokik³⁷⁷. Wynika z tego przede wszystkim, że nieuprawniona byłaby taka interpretacja tego przepisu, w myśl której obie decyzje Prezesa UOKiK, o których mowa w art. 20 ust. 1 i ust. 2, **służą realizacji tego samego** czy tak samo rozumianego **interesu publicznego w ochronie konkurencji**, o którym mowa w art. 1 ust. 1 uokik. Gdyby bowiem tak było, to art. 20 ust. 2 (podobnie jak wcześniej art. 19 ust. 2 uokik z 2000 r.) byłby przepisem martwym – w ogóle nie mógłby zostać zastosowany. Interes publiczny w ochronie konkurencji może bowiem być albo zagrożony/naruszony – w przypadku istotnego ograniczenia konkurencji – albo nie zagrożony/naruszony – w przypadku braku istotnego ograniczenia konkurencji. Prezes UOKiK, jako organ ochrony konkurencji, po dokonaniu oceny skutków zamierzonej koncentracji w świetle tak rozumianego interesu publicznego, albo wyrażałby zgodę na jej dokonanie (zwykłą, na podstawie art. 18, lub warunkową, na podstawie art. 19), albo wydawałby zakaz jej dokonania (na podstawie art. 20 ust. 1). *Tertium non datur*. Żadna koncentracja nie może bowiem jednocześnie „istotnie ograniczać” i „istotnie nie ograniczać” konkurencji, a zatem nie może być jednocześnie zgodna i sprzeczna z interesem publicznym w ochronie konkurencji³⁷⁸. Rozwiązania zawartego w art. 20 w żadnym wypadku nie można więc utożsamiać z ekonomicznym testem bilansującym, stosowanym np. w Niemczech czy w Szwajcarii³⁷⁹, dopuszczającym wazenie pro- i antykonkurencyjnych skutków zamierzonej koncentracji na różnych rynkach. W moim przekonaniu, instytucji prawnej „odstąpienia od zakazu” dokonania koncentracji antykonkurencyjnej (zgody nadzwyczajnej) nie można też charakteryzować w sposób zbliżony do tzw. reguły rozsądku (*rule of reason*)³⁸⁰, wypracowanej

s. 902; E. Stawicki [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod red. A. Stawickiego, E. Stawickiego, s. 505).

³⁷⁷ Tylko w ten sposób mogę rozwiązać wątpliwość E. Stawickiego (E. Stawicki [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod red. A. Stawickiego, E. Stawickiego, s. 504) na tle mojego, pewnie zbyt skrótowego sformułowania (T. Skoczny [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod red. T. Skoczego, C.H. Beck, 2009, s. 902).

³⁷⁸ Stanowisko to znalazło poparcie w piśmiennictwie; zob. np. E. Stawicki [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod red. A. Stawickiego, E. Stawickiego, s. 502 i d. Tak wcześniej również E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, s. 171.

³⁷⁹ Zob. wyżej rozdział I niniejszej monografii.

³⁸⁰ Porównanie takie jest częste w polskim piśmiennictwie; zob. np. K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2008, s. 560; E. Stawicki [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod red. A. Stawickiego, E. Stawickiego, s. 500.

na gruncie stosowania zakazu praktyk ograniczających konkurencję, gdzie przedmiotem ważenia są również tylko pro- i antykonkurencyjne skutki porozumień horyzontalnych i wertykalnych. W systemie prewencyjnej kontroli koncentracji, także w Polsce, możliwość wydania zgody nadzwyczajnej winna być rozważana w ramach ekonomicznego testu konkurencji; przewaga prokonkurencyjnych (np. efektywnościowych) skutków zamierzonej koncentracji nad skutkami antykonkurencyjnymi, np. pogorszeniem podmiotowej struktury konkurencji, powinna prowadzić do wydania zgody bezwarunkowej (na podstawie art. 18 uokik).

Instytucja prawna „odstąpienia od zakazu” (art. 20 ust. 2 uokik) powinna więc być rozumiana jako instrument umożliwiający Prezesowi UOKiK wyrażenie zgody na dokonanie koncentracji, jeżeli powodowane przez nią **straty w sferze interesu publicznego w ochronie konkurencji** okażą się **mniej niż korzyści społeczno-gospodarcze w sferze innego interesu publicznego**, którego ochrona na gruncie uokik jest uprawniona (art. 20 ust. 2 w zw. z art. 1 ust. 1). Stanowisko takie nie może być kwestionowane ani na gruncie dominacji na gruncie uokik interesu publicznego w ochronie konkurencji³⁸¹, ani na bazie materialnoprawnej treści art. 20 ust. 2 uokik z 2007 r. (także art. 19 ust. 2 uokik z 2000 r.) tylko dlatego, że przesłanki uzasadniające odstąpienie od zakazu dokonania antykonkurencyjnej koncentracji zostały w tym przepisie wskazane wyłącznie przykładowo, a do tego pierwsza z nich („przyczynianie się do rozwoju ekonomicznego i postępu technicznego”) jest rodzajowo bliska jednemu z istotnych kryteriów ekonomicznego testu konkurencji³⁸². W samym piśmiennictwie zresztą panuje raczej zgoda na takie rozumienie instytucji prawnej odstąpienia od zakazu, które wyraża się w obowiązku Prezesa UOKiK konfrontowania antykonkurencyjnych skutków zamierzonej koncentracji z „przewidywanymi korzyściami w interesie ogólnym” lub „pozytywnym oddziaływaniem na otoczenie gospodarcze³⁸³, „korzyściami leżącymi w ogólnym interesie społeczno-gospodarczym”³⁸⁴,

Ten ostatni autor dostrzega tę, w moim przekonaniu kardynalną różnicę, stąd traktuje art. 20 ust. 2 jako „szczególną emanację reguły rozsądku” (tamże, s. 501–502).

³⁸¹ Taki pogląd zdają się reprezentować M. Błachucki i R. Stankiewicz [w:] *Decyzja zezwalająca na dokonanie koncentracji z naruszeniem testu istotnego ograniczenia konkurencji...*, s. 5 i d.

³⁸² Zob. art. 2 ust. 1 lit. b) rozp. 139/2004.

³⁸³ E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, s. 171.

³⁸⁴ K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, s. 560. Prezentowana przez K. Kohutka przykładowa lista takich „korzyści” obejmuje jednak także prokonkurencyjne skutki koncentracji (tamże), za co jest on słusznie krytykowany w literaturze (E. Stawicki [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod red. A. Stawickiego, E. Stawickiego, s. 501).

„pozytywnymi skutkami koncentracji, jakie mogą ujawniać się w innych niż konkurencja dobrach społecznych i gospodarczych podlegających ochronie ze względu na interes publiczny”³⁸⁵, „korzyściami w innych sferach gospodarki lub warunkach funkcjonowania państwa lub życia społecznego”³⁸⁶ czy „korzyściami ogólnogospodarczymi, będącymi udziałem wszystkich uczestników rynku”³⁸⁷. Wyrażane niekiedy obawy, że tak szeroka możliwość uzasadniania odstąpienia od zakazu dokonania antykonkurencyjnych koncentracji potrzebami realizacji innych interesów społeczno-gospodarczych, „posłużenia się w zasadzie każdym, dowolnym argumentem”³⁸⁸, może naruszać art. 20 Konstytucji RP³⁸⁹, nie zmaterializowały się. Warto na marginesie zauważyć, że takie rozumienie instytucji odstąpienia od zakazu dokonania antykonkurencyjnej koncentracji jest zgodne z instytucją prawną zgody nadzwyczajnej, wydawanej wyłącznie na podstawie testu interesu publicznego jednoznacznie innego niż ochrona konkurencji przez organy władzy politycznej inne niż organy ochrony konkurencji w krajach takich jak np. Wielka Brytania, Niemcy, Francja, Belgia, Grecja, Hiszpania, Holandia czy Portugalia; także w tych państwach zgoda ta wydawana jest bardzo rzadko³⁹⁰.

Oczywistą konsekwencją takiego rozumienia instytucji prawnej odstąpienia od zakazu (zgody nadzwyczajnej) jest więc taka interpretacja przepisów art. 18–20 uokik, zgodnie z którą Prezes UOKiK wydaje, na podstawie art. 18, zwyczajną (bezwartunkową) zgodę na dokonanie koncentracji, która nie powoduje istotnego ograniczenia konkurencji dlatego, że albo nie powoduje istotnego ograniczenia konkurencji w ogóle (np. nie powoduje powstania lub umocnienia pozycji dominującej), albo jej określone skutki antykonkurencyjne (np. pogorszenie struktury podmiotowej rynku, np. przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej) są zrównoważone lub przeważone przez jej określone skutki prokonkurencyjne w rozumieniu ultymatywnego celu komentowanej ustawy, jakim jest lub powinien być tzw.

³⁸⁵ E. Stawicki [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod red. A. Stawickiego, E. Stawickiego, s. 501.

³⁸⁶ A. Madała [w:] A. Bolecki, S. Drozd, S. Famirska, M. Kozak, M. Kulesza, A. Madała, T. Wardyński, *Prawo konkurencji*, LexisNexis, Warszawa 2011, s. 489.

³⁸⁷ *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod red. C. Banasińskiego, E. Piontka, s. 374; M. Błachucki, *System postępowania antymonopolowego w sprawach koncentracji przedsiębiorców*, s. 304.

³⁸⁸ M. Błachucki, R. Stankiewicz, *Decyzja zezwalająca na dokonanie koncentracji z naruszeniem testu istotnego ograniczenia konkurencji...*, s. 3.

³⁸⁹ Obawę przed nadmiarem władzy zdaje się dostrzegać przede wszystkim J. Olszewski, *Nadzór nad koncentracją przedsiębiorców jako forma prewencyjnej ochrony konkurencji*, Wyd. Uniwersytetu Rzeszowskiego, Rzeszów 2004, s. 389.

³⁹⁰ Zob. wyżej pkt 3.1 niniejszego rozdziału.

dobrobyt konsumentów; taką decyzję podejmuje np. z uwagi na korzyści wynikające z „postępu technicznego lub gospodarczego nie szkodzącego konsumentom i nie stanowiącego formy przeszkody dla konkurencji”³⁹¹ lub gdy stwierdzi, że koncentracja spowoduje wzrost efektywności czy zwiększenie zdolności inwestycyjnej lub innowacyjnej przedsiębiorcy powstałego w wyniku koncentracji. Prezes UOKiK zakazuje natomiast – na podstawie art. 20 ust. 1 – zamierzonej koncentracji wtedy, gdy antykonkurencyjnych skutków koncentracji nie usprawiedliwiają żadne okoliczności mieszczące się w interesie publicznym w ochronie konkurencji³⁹². Takie rozumowanie oznacza, że jeśli tego zrównoważenia lub przeważenia nie ma, to Prezes UOKiK nie ma prawa uznać, że badana antykonkurencyjna koncentracja będzie w interesie publicznym w ochronie konkurencji. Stosowanie art. 18 i art. 20 ust. 1 powinno zatem być tożsame z modelem realizowanym przez Komisję Europejską oraz zdecydowaną większość państw członkowskich UE, bazującym wyłącznie na podstawowym (ekonomicznym) teście konkurencji lub ekonomicznym teście bilansującym.

Należy więc przyjąć, że art. 20 ust. 2 kreuje instytucję prawną **indywidualnej zgody nadzwyczajnej na dokonanie koncentracji** spełniającej przesłanki (kryteria) zakazu, o którym mowa w art. 20 ust. 1, poprzez **odstąpienie od wydania decyzji zakazującej**. Zgoda ta ma charakter **decyzji szczególnej**. Szczegółność zgody wyraża się po pierwsze w tym, że **wydaje ją organ ochrony konkurencji** (Prezes UOKiK w drodze decyzji administracyjnej), który jest **zobowiązany do jej wydania** w przypadku spełnienia przesłanek uzasadniających odstąpienie od zakazu. **Ciężar dowodu** w zakresie także tych przesłanek **pozostaje po stronie Prezesa UOKiK**, a nie jest przeniesiony na przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji, co wcale nie znaczy, że zgłaszający zamiar koncentracji jest zwolniony z obowiązku dostarczenia wszelkich istotnych informacji (wiadomości i dokumentów) nie tylko w ogłoszeniu, ale także w trakcie postępowania (tzw. ciężar dostarczenia dowodów). Po drugie, szczególny charakter tej zgody (przez odstąpienie od zakazu) przejawia się przede wszystkim w tym, że jest ona wydawana wtedy, gdy antykonkurencyjna koncentracja jest **uzasadniona** (usprawiedliwiona) przykładowo wskazanymi w ustawie **przesłankami ogólnymi** (pozytywnymi), **odnoszącymi się do innych wartości niż ochrona konkurencji**. Zbieżność podmiotowa (kompetencyjna) oraz przedmiotowa (otwarty charakter przesłanek) rozwiązania przyjętego przez polskiego ustawodawcę

³⁹¹ Tak art. 2 ust. 1 lit. b) rozp. 139/2004.

³⁹² W ramach testu konkurencji, obok efektywności, równoważący efekt mogą przynieść także wysoka siła nabywcza oraz potencjalna konkurencja, którą spowodują nowe wejścia na rynek.

mogłaby pozwolić twierdzić, że polska instytucja odstąpienia od zakazu dokonania antykonkurencyjnej koncentracji jest w dużym stopniu zbieżna z konstrukcją ekonomiczno-społecznego testu bilansującego występującego w Austrii, Szwecji, Bułgarii i Rumunii³⁹³.

Konstrukcja zgody nadzwyczajnej przyjęta w art. 20 ust. 2 zakłada więc, że Prezes UOKiK musi najpierw udowodnić, że w wyniku zgłoszonej mu koncentracji „konkurencja na rynku zostanie istotnie ograniczona, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku”, a dopiero potem, że odstąpienie od zakazu takiej (antykonkurencyjnej) koncentracji jest „uzasadnione” przewagą korzyści w sferze innego lub innych interesów publicznych (społeczno-gospodarczych) niż interes publiczny w ochronie konkurencji. W decyzji administracyjnej wydanej na podstawie art. 20 ust. 2 Prezes UOKiK musi zatem zarówno udowodnić spełnienie przesłanek „zakazu” oraz przesłanek „odstąpienia od zakazu”, jak i wykazać pozytywny rezultat ważenia (testu bilansującego) obu tych kategorii³⁹⁴. Brak spełnienia przesłanek zakazu czyni bezzasadnym badanie przesłanek odstąpienia od zakazu. Brak udowodnienia spełnienia przesłanek odstąpienia od zakazu spowoduje, że Prezes UOKiK musi zakazać dokonania koncentracji. Brak przeprowadzenia testu bilansującego (ważenia) strat dla konkurencji i korzyści społeczno-gospodarczych leżących poza sferą konkurencji kazałoby uznać zgodę nadzwyczajną za naruszającą art. 20 ust. 2 w zw. z art. 1 ust. 1 uokik.

Takie rozumienie podstaw prawnych decyzji o odstąpieniu od zakazu zostało przyjęte w jednej z pierwszych decyzji Prezesa UOKiK, wydanej na podstawie art. 19 ust. 2 uokik z 2000 r. (decyzja w sprawie *BUMAR*)³⁹⁵. Prezes UOKiK stwierdził w niej mianowicie, że wymienione w tym przepisie „korzyści powinny być udziałem gospodarki jako całości lub przynajmniej branż powiązanych z branżami reprezentowanymi przez przedsiębiorców dokonujących koncentracji. Równocześnie, odstąpienie od zakazu koncentracji w takich przypadkach uzasadnione jest jedynie wówczas, gdy korzyści z koncentracji o charakterze ogólnogospodarczym przeważają nad negatywnymi skutkami w sferze konkurencji”. W swej późniejszej praktyce decyzyjnej Prezes UOKiK wielokrotnie jednak wykraczał poza ten standard, odstępując od zakazu dokonania koncentracji na podstawie argumentów związanych, m.in. z konkurencją (ważąc pro- i antykonkurencyjne skutki koncentracji).

³⁹³ Zob. wyżej pkt 3.1 niniejszego rozdziału.

³⁹⁴ Silnie akcentowany [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod red. C. Banasińskiego, E. Pionka, s. 375–376.

³⁹⁵ Zob. decyzję Prezesa UOKiK z 6.08.2002 r., Nr DDI-61/02 *BUMAR*.

Ilość wydanych dotychczas w Polsce zgód nadzwyczajnych przez odstąpienie przez Prezesa UOKiK od zakazu nie jest znaczna (dziewięć zgód). Z publicznie dostępnych informacji wiadomo, że na podstawie art. 19 ust. 2 uokik z 2000 r. wydano ich osiem³⁹⁶, a na podstawie art. 20 ust. 2 uokik z 2007 r. – tylko jedną³⁹⁷. Trzy z nich dotyczyły koncentracji służących restrukturyzacji przemysłu zbrojeniowego³⁹⁸, trzy związane były z programem rekonsolidacji elektroenergetyki³⁹⁹, dwie dalsze były skutkiem wycofania się z rynku polskiego jednego z operatorów platform cyfrowych⁴⁰⁰, a jedna dopuściła do koncentracji dwóch jedynych producentów i dostawców dokumentów urzędowych⁴⁰¹. W tej sytuacji trudno mówić o istnieniu ugruntowanej polityki stosowania tego przepisu. Pewne znaczenie dla niej mają jednak także rozważania zawarte w decyzjach zakazujących dokonania koncentracji, wydanych na podstawie art. 20 ust. 1 uokik z 2007 r., w których strony wносиły o odstąpienie od zakazu na podstawie art. 20 ust. 2, ale Prezes UOKiK z instytucji tej nie skorzystał⁴⁰²; w dwóch przypadkach decyzje Prezesa UOKiK potwierdził już także SOKiK⁴⁰³. Na gruncie analizy tych decyzji (niekiedy nie w pełni dostępnych) można już jednak wyciągnąć pewne wnioski co do przesłanek uzasadnienia odstąpienia od zakazu antykonkurencyjnych koncentracji, jakie Prezes UOKiK będzie zapewne rozważał także w przyszłości.

Jeśli chodzi o zgody nadzwyczajne na dokonanie koncentracji służących restrukturyzacji przemysłu zbrojeniowego (sektora produkcji broni i materiałów do niej zbliżonych), Prezes UOKiK wyraził taką zgodę na przejście przez P.H.Z. Bumar S.A. kontroli nad piętnastoma firmami przemysłu

³⁹⁶ Zob. decyzje Prezesa UOKiK: z 10.11.2001 r., Nr DDI-59/2001 *PTC Wizja*, Dz. Urz. UOKiK 2002, Nr 1, poz. 7; z 10.11.2001 r., Nr DDI-60/2001 *Polska Korporacja Partycypacyjna*, Dz. Urz. UOKiK 2002, Nr 1, poz. 8; z 6.08.2002 r., Nr DDI-61/02 *BUMAR*, Dz. Urz. UOKiK 2002, Nr 5, poz. 180; z 29.08.2002 r., Nr DDI-70/02 *Agencja Rozwoju Przemysłu/pięć spółek sektora lotniczo-radioelektrycznego*; z 17.07.2006 r., Nr RKT-48/2006 *NITROERG*; z 22.12.2006 r., Nr DOK-163/06, *PGE*; z 8.03.2007 r., Nr DOK-29/07 *EP*.

³⁹⁷ Zob. decyzję z 28.09.2007 r., Nr DKK-32/07 *ENEA/Elektrownia Koźienice*.

³⁹⁸ Zob. decyzje Prezesa UOKiK: z 17.07.2006 r., Nr RKT-48/2006 *NITROERG*; z 6.08.2002 r., Nr DDI-61/02 *BUMAR*, Dz. Urz. UOKiK 2002, Nr 5, poz. 180.

³⁹⁹ Zob. decyzje Prezesa UOKiK: z 22.12.2006 r., Nr DOK-163/06, *PGE*; z 8.03.2007 r., Nr DOK-29/07 *EP*; decyzję z 28.09.2007 r., Nr DKK-32/07 *ENEA/Elektrownia Koźienice*.

⁴⁰⁰ Zob. decyzje Prezesa UOKiK: z 10.11.2001 r., Nr DDI-59/2001 *PTC Wizja*, Dz. Urz. UOKiK 2002, Nr 1, poz. 7; z 10.11.2001 r., Nr DDI-60/2001 *Polska Korporacja Partycypacyjna*, Dz. Urz. UOKiK 2002, Nr 1, poz. 8.

⁴⁰¹ Zob. decyzję z 15.11.2003 r., Nr RWA-16/2003 *PWPW/Drukarnia Skarbowa*.

⁴⁰² Zob. decyzje Prezesa UOKiK: Nr DKK-10/99 *Orzeł Biały/Baterpol*; z 13.01.2011 r., Nr DKK-1/2001 *PGE/Energia*; *Empik/Merlin*.

⁴⁰³ Zob. wyrok SOKiK z 13.04.2011 r., XVII Ama 78/09, w sprawie *Orzeł Biały*, niepubl.

zbrojeniowego, które stanowić miały grupę kapitałową amunicyjno-rakietowo-pancerną, oraz na przejęcie przez Agencję Rozwoju Przemysłu kontroli nad pięcioma spółkami sektora lotniczo-radioelektrycznego⁴⁰⁴. Zamierzone koncentracje były wynikiem realizacji rządowego programu „Strategia przekształceń strukturalnych przemysłowego potencjału obronnego w latach 2002–2005” z dnia 14.5.2002 r. W decyzji w sprawie *BUMAR* Prezes Urzędu stwierdził, że nowopowstała grupa kapitałowa będzie posiadać pozycję dominującą na krajowym rynku uzbrojenia i sprzętu wojskowego (należącym do tzw. rynku produkcji specjalnej), z wyodrębnionym segmentem tego rynku, tj. rynkiem produkcji i obrotu wyrobów amunicyjno-rakietowo-pancernych. Odwołując się do otwartego charakteru przesłanek usprawiedliwiających odstąpienie od zakazu dokonania koncentracji Prezes UOKiK uznał jednak, że skumulowanie zasobów kapitałowych, finansowych, technologicznych, produkcyjnych oraz marketingowo-handlowych, pozostających do dyspozycji poszczególnych spółek wchodzących w skład grupy, doprowadzi do **stworzenia efektywnej struktury produkcyjnej przemysłowego potencjału obronnego (PPO)**. Bardzo podobna argumentacja została zawarta w zgodzie nadzwyczajnej na dokonanie koncentracji *Agencja Rozwoju Przemysłu/pięć spółek sektora radio-elektrycznego*⁴⁰⁵. Można byłoby więc przyjąć, że w obu przypadkach Prezes UOKiK uzasadnił odstąpienie od zakazu obu zamierzonych koncentracji argumentami efektywnościowymi. Prezes UOKiK nie odwołał się natomiast do argumentów związanych z bezpieczeństwem państwa. W uzasadnieniu *in fine* decyzji w sprawie *BUMAR* stwierdził natomiast, że – z uwagi na specyfikę produkowanych wyrobów – uczestnicy koncentracji nie są konkurentami w rozumieniu art. 4 pkt 10 uokik z 2000 r., a zatem w wyniku tej koncentracji nie nastąpi istotne ograniczenie konkurencji na rynku właściwym (sic!), bowiem podstawowy profil produkcji jej uczestników, jakkolwiek pokrewny, nie jest tożsamy.

Z podobnych powodów wyrażona została zgoda nadzwyczajna na połączenie dwóch producentów materiałów wybuchowych dla celów cywilnych – ZTS „ERG-BIERUŃ” oraz ZTS NITRON⁴⁰⁶, dokonane także w ramach „Strategii przekształceń strukturalnych przemysłowego potencjału obronnego w latach 2002–2005” z dnia 14.05.2002 r. Stwierdziwszy, że w wyniku zamierzonej koncentracji dojdzie do połączenia największych krajowych

⁴⁰⁴ Zob. decyzje Prezesa UOKiK: z 6.08.2002 r., Nr DDI-61/02 *BUMAR*, Dz. Urz. UOKiK 2002, Nr 5, poz. 180; z 29.08.2002 r., Nr DDI-70/02 *Agencja Rozwoju Przemysłu/pięć spółek sektora lotniczo-radioelektrycznego*, niepubl.

⁴⁰⁵ Powołuję się tu na informacje zawarte [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod red. C. Banasińskiego, E. Pionka, s. 375–376.

⁴⁰⁶ Zob. decyzję Prezesa UOKiK z 17.07.2006 r., Nr RKT-48/2006 *NITROERG*.

konkurentów na krajowym rynku materiałów wybuchowych „tradycyjnych”, zapalników elektrycznych i nieelektrycznych, a tym samym nie tylko do umocnienia pozycji dominującej, ale także do istotnego ograniczenia konkurencji na tych rynkach, Prezes UOKiK uznał, że „odstąpienie od zakazu dokonania tej koncentracji jest uzasadnione z uwagi na potrzebę ochrony interesu publicznego, jak i z uwagi na to, że koncentracja ta przyczyni się do rozwoju gospodarczego i postępu technicznego”. W decyzji zawarte są szczegółowe analizy i argumenty na poparcie tego stanowiska.

W decyzji w sprawie koncentracji *PWPW/Drukarnia Skarbowa*⁴⁰⁷ Prezes UOKiK przeprowadził jednolitą (łącną) ocenę skutków koncentracji, w której wykazał, że w wyniku jej dokonania na krajowym rynku druków zabezpieczonych powstanie bardzo silna pozycja dominująca, wskutek czego konkurencja na rynku zostanie istotnie ograniczona (faktycznie wyeliminowana), czyli spełnione byłyby przesłanki wydania zakazu jej dokonania. Stwierdził jednak, że uzasadnione jest odstąpienie od takiego zakazu, gdyż przemawiają za tym potrzeby ochrony interesu publicznego. Prezes UOKiK uznał, w dużym stopniu akceptując uzasadnienie zawarte we wniosku Ministra Skarbu o udzielenie zgody na komercjalizację Przedsiębiorstwa Państwowego Drukarnia Skarbowa w celu innym niż prywatyzacja, że wynikające z połączenia korzyści dla interesów Państwa i obywateli, w tym dla poprawy bezpieczeństwa narodowego, jak również dla gospodarki narodowej (powstanie silnej finansowo i technologicznie firmy, zdolnej do konkurencji międzynarodowej) oraz rozwoju technologicznego (zintegrowanie systemów informatycznych związanych z produkcją i personalizacją dokumentów publicznych), będą przeważać nad stratami płynącymi z ograniczenia konkurencji.

Trzy zgody nadzwyczajne wydano w przypadku zamiarów koncentracji stanowiących realizację przyjętego przez RM z dnia 28.03.2006 r. „Programu dla elektroenergetyki”, przewidującego konsolidację przedsiębiorców branży elektroenergetycznych należących do Skarbu Państwa w cztery grupy: PGE, Energetyka Południe⁴⁰⁸, ENERGA (ta grupa powstała w wyniku kilku następujących po sobie operacji koncentracyjnych, na dokonanie których Prezes UOKiK wyraził zgodę na podstawie art. 17 uokik z 2000 r.)⁴⁰⁹ i ENEL.

W przypadku koncentracji polegającej na przejęciu przez Polskie Sieci Energetyczne kontroli nad BOT, Elektrownią Dolna Odra i 8 spółkami

⁴⁰⁷ Zob. decyzję Prezesa UOKiK z 15.11.2003 r., Nr RWA-16/2003 *PWPW/Drukarnia Skarbowa*.

⁴⁰⁸ Ta grupa przyjęła później nazwę TAURON.

⁴⁰⁹ Zob. decyzję Prezesa UOKiK: z 15.11.2006 r., Nr DOK-140/06; z 16.02.2007 r., Nr DOK-19/07 *ENEA*.

dystrybucyjnymi⁴¹⁰, Prezes UOKiK stwierdził, że zamierzona koncentracja doprowadzi przede wszystkim do powstania pozycji dominującej na rynku wytwarzania i wprowadzania do obrotu energii elektrycznej, na krajowym rynku świadczenia usług systemowych oraz na krajowym rynku wytwarzania i wprowadzania do obrotu energii elektrycznej pochodzącej ze źródeł odnawialnych; koncentracja doprowadzi też do istotnego ograniczenia konkurencji na poszczególnych rynkach sektora elektroenergetycznego w wyniku powiązań wertykalnych, jakie zachodzą pomiędzy jej uczestnikami. Jednakże, w ocenie Prezesa UOKiK zamierzona koncentracja spełnia przesłanki wskazane w art. 19 ust. 2 uokik z 2000 r. „Koncentracja ta przyczyni się bowiem do zapewnienia bezpieczeństwa energetycznego kraju oraz spowoduje powstanie nowych miejsc pracy” [podkr. T.S.].

W przypadku koncentracji polegającej na przejściu przez Energetykę Południe kontroli nad czterema elektrowniami i spółkami dystrybucyjnymi (tzw. konsolidacja pionowa)⁴¹¹, Prezes UOKiK ustalił, że w jej wyniku dojdzie do istotnego ograniczenia konkurencji na kilku rynkach sektora elektroenergetycznego w Polsce, na które koncentracja wywiera wpływ w układzie wertykalnym. Prezes UOKiK odstąpił od wydania zakazu zamierzonej koncentracji w oparciu o argumenty wskazujące, że „przyczyni się ona do zapewnienia bezpieczeństwa energetycznego Polski” [podkr. T.S.], albowiem nowopowstała „grupa kapitałowa będzie dysponowała potencjałem, który pozwoli jej znacznie lepiej odpowiedzieć na wyzwanie, przed jakim stoi polski rynek elektroenergetyczny, dotyczące znacznego wzrostu popytu na energię. Modernizacja i odbudowa mocy wytwórczych, zwiększenie mocy wytwórczych celem sprostania zwiększonemu popytowi w kolejnych latach oraz modernizacja i rozbudowa sieci przesyłowych i dystrybucyjnych może być bardziej skutecznie realizowana przez utworzoną grupę kapitałową EP, w szczególności ze względu na fakt, iż grupa ta będzie miała lepsze możliwości pozyskiwania relatywnie tańszego kapitału na inwestycje modernizacyjne, odtworzeniowe oraz rozwojowe”. Za usprawiedliwiające odstąpienie od zakazu Prezes UOKiK uznał także łatwiejszą dla grupy kapitałowej minimalizację ryzyk rozwojowych oraz realizację zobowiązań wynikających z Protokołu z Kioto oraz z aktów prawa wspólnotowego.

Już pod rządami uokik z 2007 r. Prezes UOKiK odstąpił od wydania zakazu na dokonanie koncentracji polegającej na przejściu przez ENEA kontroli nad Elektrownią Kozienice, będącej także elementem realizacji „Programu dla elektroenergetyki” z 2006 r. Wprawdzie stwierdził, że

⁴¹⁰ Zob. decyzję Prezesa UOKiK z 22.12.2006 r., Nr DOK-163/06 PGE.

⁴¹¹ Zob. decyzję Prezesa UOKiK z 8.03.2007 r., Nr DOK-29/07 EP.

w wyniku tej koncentracji dojdzie do istotnego ograniczenia konkurencji w poszczególnych rynkach sektora elektroenergetycznego w Polsce, na które koncentracja wywiera wpływ w układzie wertykalnym (krajowego rynku wytwarzania i wprowadzania do obrotu energii elektrycznej, krajowego rynku obrotu hurtowego energią elektryczną, lokalnych rynków sprzedaży detalicznej energii elektrycznej i dystrybucji energii elektrycznej), ale odstąpił od zakazu jej dokonania akceptując przedłożone przez ENEA „argumenty o pozytywnych skutkach koncentracji równoważących jej negatywne skutki dla konkurencji” (podkr. T.S.), w myśl których koncentracja *ENEA/Elektrownia Koźienice*: (1) przyczyni się do rozwoju ekonomicznego i postępu technicznego, (2) pozytywnie wpłynie na gospodarkę narodową i (3) wywoła inne pozytywne skutki. Prezes UOKiK uznał też, że „przyczyni się ona do zapewnienia bezpieczeństwa energetycznego Polski” w świetle „Programu dla elektroenergetyki” (podkr. T.S.), w którym kładzie się szczególny nacisk na budowę nowych mocy wytwórczych w energetyce. Zgodził się też z argumentem, że „dużym inwestycjom będą mogły podołać jedynie duże przedsiębiorstwa. Powstała w rezultacie niniejszej koncentracji grupa kapitałowa będzie dysponowała potencjałem, który pozwoli jej znacznie lepiej odpowiedzieć na wyzwanie, pod jakim stoi polski rynek elektroenergetyczny, dotycząc[y] znacznego wzrostu popytu na energię. Modernizacja i odbudowa mocy wytwórczych, zwiększenie mocy wytwórczych celem sprostania zwiększonemu popytowi w kolejnych latach oraz modernizacja i rozbudowa sieci przesyłowych i dystrybucyjnych może być skuteczniej realizowana przez utworzoną grupę kapitałową, w szczególności ze względu na fakt, iż grupa ta będzie miała lepsze możliwości pozyskiwania relatywnie tańszego kapitału na inwestycje modernizacyjne, odtworzeniowe oraz rozwojowe”.

Warto w tym miejscu zaznaczyć, że w 2011 r. Prezes UOKiK nie odstąpił od zakazu dokonania koncentracji polegającej na przejściu przez PGE kontroli nad grupą kapitałową ENERGA⁴¹², mimo że transakcja ta stanowiła także element realizacji – zmodyfikowanego przez rząd – „Programu dla elektroenergetyki” i że argumenty przedstawione przez zgłaszającego były bardzo podobne, a do tego lepiej uzasadnione. Zgłaszający argumentował, że zamierzona koncentracja: „przyczyni się do zwiększenia bezpieczeństwa energetycznego Polski”, „doprowadzi do wystąpienia bezpośrednich korzyści dla klientów”, „przyczyni się do rozwoju technicznego” oraz „przyczyni się do rozwoju ekonomicznego”. Prezes UOKiK nie podzielił jednak stanowiska PGE. W jego ocenie „w przypadku przedmiotowej koncentracji nie zachodzą przesłanki zawarte w art. 20 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji

⁴¹² Zob. decyzję Prezesa UOKiK z 13.01.2011 r., Nr DKK-1/2011 *PGE/Energa*.

i konsumentów. Brak jest bowiem argumentów uzasadniających, że odstąpienie od zakazu koncentracji jest uzasadnione”. Stanowisko to poparł jednak argumentami pozostającymi raczej w obszarze potencjalnych i hipotetycznych skutków koncentracji dla konkurencji i dobrobytu konsumentów⁴¹³, a nie dowodami na brak przesłanek „odstąpienia od zakazu”; co więcej, nie uznał za okoliczność uzasadniającą odstąpienie od zakazu dokonania tej koncentracji stanowiska Rządu, wyrażonego w aktualnie obowiązującej wersji „Programu dla elektroenergetyki”, uznając – inaczej niż Rada Ministrów – że „dalsza konsolidacja sektora nie jest konieczna”. Słabość argumentacji Prezesa UOKiK widać wyraźnie w następującym stwierdzeniu: „W ocenie organu antymonopolowego większość koncentracji przynosi określone korzyści ich uczestnikom (będące wynikiem np. określonych synergii, uzyskaniem efektu skali). W związku z tym przychylając się do argumentacji przedstawionej przez Wnioskodawcę, należałoby uznać, iż w zasadzie w każdej sprawie w której dochodzi do istotnego ograniczenia konkurencji, należałoby skorzystać z art. 20 ust. 2 uokik. Przyjęcie argumentacji podnoszonej przez zgłaszającego oznaczałoby także *de facto* przyzwolenie PGE na konsolidację całej branży energetycznej. Większe bowiem wtedy byłyby możliwe do uzyskania synergii i efekt skali niż w przypadku niniejszej koncentracji”⁴¹⁴.

⁴¹³ Zob. np. następujące fragmenty uzasadnienia braku możliwości zastosowania art. 20 ust. 2 uokik z 2007 r. „Niniejsza koncentracja doprowadzi do istotnych, negatywnych zmian w strukturze sektora elektroenergetycznego w Polsce. Podkreślić natomiast należy, iż odpowiednia struktura rynku jest podstawowym czynnikiem, aby mogła na nim zaistnieć konkurencja...”; „im bardziej skoncentrowany jest rynek tym bardziej prawdopodobne, że jego uczestnicy podniosą ceny. W ocenie organu antymonopolowego istnieje natomiast realne zagrożenie, że PGE będzie chciało wykorzystać uzyskaną w wyniku koncentracji pozycję rynkową, aby „odzyskać” wydatki na zakup Energii podnosząc ceny energii elektrycznej”; „[n]awet jednak w przypadku obniżenia kosztów działalności obu podmiotów do jakich może dojść w wyniku niniejszej koncentracji (w wyniku np. określonych synergii czy uzyskania efektu skali), w ocenie organu antymonopolowego jest mało prawdopodobne, aby skutki tego w pozytywnym tego słowa znaczeniu odczuli inni uczestnicy szeroko rozumianego rynku energii elektrycznej. Po koncentracji PGE nie będzie miało bowiem w zasadzie żadnej motywacji, żeby dzielić się ewentualnymi korzyściami z tego tytułu z innymi uczestnikami rynku”; „ponadto w ocenie organu antymonopolowego przejęcie przez PGE kontroli nad Energią może również wpłynąć negatywnie na planowane przez Energię inwestycje. PGE kontrolując Energię będzie w ocenie organu antymonopolowego starało się prowadzić taką politykę, aby ewentualne inwestycje dokonywane przez Energię nie „konkurowały” z tymi prowadzonymi przez PGE”.

⁴¹⁴ Pozostawiając na uboczu trochę demagogiczny charakter tej argumentacji, nie można nie zauważyć, że w rzeczywistości u podstaw zakazu koncentracji PGE/ENERGA leżało harwardzkie kryterium antykonkurencyjnego skutku strukturalnego w wymiarze horyzontalnym (zmniejszenie ilości uczestników rynku z 4 na 3) oraz brak akceptacji zapropo-

W drodze dwóch decyzji⁴¹⁵ Prezes UOKiK wydał zgodę nadzwyczajną na trzy z pięciu zamierzonych operacji koncentracyjnych (polegających na: przejściu kontroli przez Polską Telewizję Cyfrową Wizja TV Sp. z o.o. w Warszawie nad Wizja TV Sp. z o.o. w Warszawie i UPC Broadcast Centre Ltd. w Wielkiej Brytanii; objęciu przez Polską Telewizję Cyfrową Wizja TV Sp. z o.o. w Warszawie udziałów Telewizyjnej Korporacji Partycypacyjnej S.A. w Warszawie; przejściu kontroli przez Telewizyjną Korporację Partycypacyjną S.A. w Warszawie nad Wizją TV Sp. z o.o. w Warszawie i UPC Broadcast Centre Ltd. w Wielkiej Brytanii), realizujących umowę UPC N.V, Groupe Canal+, UPC Polska, PTC TV i TKP o połączeniu działalności polegającej na satelitarnym przekazie „wprost do domu” (*direct-to-home*, DTH) DTHCanal+ – prowadzonej do tej pory przy za pośrednictwem odrębnych platform cyfrowych Cyfra+ i Wizja TV – w formie wspólnej platformy nadawczej DTH dla dystrybucji programów i usług adresowanych do polskich widzów. Oceniając łącznie skutki zamierzonej koncentracji na wyznaczonym rynku właściwym w sprawie płatnej telewizji cyfrowej nadawanej za pośrednictwem satelity⁴¹⁶, Prezes UOKiK uznał, że połączenie platform spowoduje istotne osłabienie konkurencji (jedynym konkurentem nowopowstałej platformy będzie Polsat Cyfrowy), ale „przyniesie wymierne korzyści konsumentom (abonentom) i nie będzie stanowiło bariery dostępu do rynku dla dostawców kanałów telewizyjnych” (podkr. T.S.). Powołując się na otwarty katalog przesłanek usprawiedliwiających odstąpienie od zakazu, Prezes UOKiK wydał zgodę na zamierzoną koncentrację, **kierując się przede wszystkim argumentami efektywnościowymi (*efficiencies*)** – brakiem wystarczającej ilości abonentów (dla trzech operatorów) dla zrównoważenia przychodów i kosztów działalności, redukcją kosztów stałych, a w rezultacie korzyści dla abonentów. W moim przekonaniu, na dokonanie tej koncentracji Prezes UOKiK powinien był wydać zgodę (bezwarunkową) na podstawie art. 17 uokik z 2000 r., jako że argument korzyści efektywnościowych ewidentnie mieści się w podstawowym teście konkurencji. Na tej samej podstawie prawnej mogła być oparta ewentualna zgoda na dokonanie koncentracji jako koncentracji z udziałem upadającego

nowanych przez PGE warunków, które mogły wyeliminować zagrożenia dla konkurencji w wymiarze wertykalnym. Zob. szerzej T. Skoczny, *Consolidation of the Polish Electricity Sector. The Merger Law Perspective*, YARS 2011, 4(4).

⁴¹⁵ Zob. decyzje Prezesa UOKiK: z 10.11.2001 r., Nr DDI-59/2001 *PTC Wizja*, Dz. Urz. UOKiK 2002, Nr 1, poz. 7; Nr DDI-60/2001 *Polska Korporacja Partycypacyjna*, Dz. Urz. UOKiK 2002, Nr 1, poz. 8.

⁴¹⁶ Rynek został wyznaczony w zgodzie z wyrokami Sądu Antymonopolowego z 18.11.1998 r., XVII Ama 52/98, niepubl. oraz z 2.04.2001 r., XVII Ama 12/01, niepubl.

przedsiębiorstwa (*failing firm*), jako że ekonomicznym powodem tej transakcji była porażka biznesowa przejmowanego operatora w Polsce, brak dla niej realnej alternatywy oraz zagrożenie utratą aktywów; transakcja była również zbliżona do dokonywanych na tym rynku koncentracji w innych państwach członkowskich UE⁴¹⁷.

Jeżeli jednak przyjąć, że interes publiczny, którego realizacji ma służyć instytucja odstąpienia od zakazu dokonania antykonkurencyjnej koncentracji, nie może pokrywać się z interesem publicznym w ochronie konkurencji, to ani obrona argumentem upadającej spółki (*failing company defence*), ani tzw. korzyści (względny) efektywnościowe, stanowiące immanentne czynniki funkcjonalne ekonomicznego testu konkurencji⁴¹⁸, w żadnym wypadku nie mogły być przesłankami usprawiedliwiającymi wydanie decyzji nadzwyczajnej na podstawie art. 19 ust. 2 uokik z 2000 r. oraz art. 20 ust. 2 uokik z 2007 r.⁴¹⁹ Należy jednak zauważyć, że obrony argumentem upadającego przedsiębiorcy nie zastosowano wprost jeszcze w żadnym postępowaniu w sprawach koncentracji w Polsce; trudno więc jednoznacznie stwierdzić, czy Prezes UOKiK zastosowałby go w ramach ekonomicznego testu konkurencji (na podstawie art. 18), czy jako okoliczność uzasadniającą odstąpienie od zakazu (na podstawie art. 20 ust. 2)⁴²⁰.

W dotychczasowej praktyce decyzyjnej Prezesa UOKiK nie znajdujemy również wprost i wyraźnie usprawiedliwienia odstąpienia od zakazu antykonkurencyjnej koncentracji względami (korzyściami) efektywnościowymi. W rzeczywistości jednak argumenty efektywnościowe występowały silnie w obu decyzjach dotyczących zgłoszonych operacji koncentracyjnych, służących utworzeniu jednej (wspólnej) platformy cyfrowej dla dystrybucji programów i usług adresowanych do polskich widzów⁴²¹. Prezes UOKiK zgodził się, że z uwagi na wysokie koszty stałe efektywny (dostatecznie „wydajny”) operator platformy satelitarnej musi posiadać odpowiednią ilość abonentów. Skoro aktualna i potencjalna ilość abonentów w Polsce nie wystarczała, aby efektywnie mogli na rynku polskim działać trzej operatorzy Prezes Urzędu odstąpił od zakazu zgłoszonego mu połączenia platform Cyfry+ i UPC; duże znaczenie miał tu także argument, że w większości

⁴¹⁷ Zob. wyż. rozdział II niniejszej monografii; zob. też T. Skoczny, *Polskie prawo kontroli koncentracji – ewolucja, model, wybrane problemy*, EPS 2010, Nr 5, s. 20.

⁴¹⁸ Zob. art. 3 rozp. 139/2004 i Wytyczne KE w sprawie fuzji horyzontalnych z 2004 r.

⁴¹⁹ Tak również M. Błachucki, *System postępowania antymonopolowego w sprawach koncentracji przedsiębiorców*, s. 305.

⁴²⁰ Zob. wyżej rozdział II niniejszej monografii.

⁴²¹ Decyzje Prezesa UOKiK z 10.11.2001 r., Nr DDI-59/2001, *PTC Wizja*; Nr DDI-61/2001, *Polska Korporacja Partycypacyjna*.

krajów europejskich działają jedna lub najwyżej dwie platformy cyfrowe. Prezes UOKiK uznał w konsekwencji, że koncentracja ta leży w interesie publicznym. Jego zdaniem „mimo pogorszenia podmiotowej struktury rynku, zwiększenie wydajności jednej, wspólnej platformy przyniesie korzyści abonentom” (podkr. T.S.). Trudno powiedzieć, czy decyzja Prezesa byłaby taka sama na gruncie ekonomicznego testu konkurencji („istotnego ograniczenia konkurencji”). W każdym razie, gdyby do przypadku tego zastosować kryteria określone w Wytycznych KE w sprawie oceny koncentracji horyzontalnych z 2004 r., to zapewne koncentracja taka nie musiałaby być zakazana, a więc art. 19 ust. 2 uokik z 2000 r. nie znajdował by do niej zastosowania.

Podobne refleksje budzi decyzja w sprawie *BUMAR*. Stworzenie „efektywnej” struktury produkcyjnej przemysłu obronnego było zamierzonym rezultatem konsolidacji przedsiębiorców działających na polskim rynku produkcji i obrotu wyrobów amunicyjno-rakietowo-pancernych⁴²². Prezes UOKiK uznał mianowicie, że zamierzona konsolidacja doprowadzi do racjonalizacji zasobów i kosztów, rozszerzenia możliwości finansowania badań, unowocześnienia produkcji specjalnej i nadania jej proeksportowego charakteru, poprawie pozycji negocjacyjnej w ramach ponadnarodowych programach rozwoju i produkcji uzbrojenia i sprzętu wojskowego z udziałem państw UE i NATO. Można więc przyjąć, że to względy efektywnościowe, a nie względy bezpieczeństwa i obronności kraju, miały tu decydujące znaczenie. Argumenty efektywnościowe występowały także w decyzji Prezesa UOKiK w sprawie *NITROERG*, odstępującej od zakazu koncentracji na krajowych rynkach materiałów wybuchowych, zapalników elektrycznych i zapalników nieelektrycznych⁴²³. Były one tak silne, że można wyrazić wątpliwość, czy zgłoszona koncentracja rzeczywiście prowadziła do istotnego ograniczenia konkurencji.

Formułując dwie, przykładowe, przesłanki uzasadniające odstępianie od zakazu dokonania koncentracji antykonkurencyjnych, ustawodawca chciał zapewne ułatwić stosowanie tej instytucji prawnej. Nie wydaje się, żeby zamiar ten się powiódł. Przesłanka „przyczynienia się do rozwoju ekonomicznego lub postępu technicznego”, jako pierwsza nazwana przesłanka odstąpienia od zakazu koncentracji antykonkurencyjnych, budzi wątpliwości przede wszystkim z uwagi na fakt, że jest to okoliczność, która w innych porządkach prawnych kontroli koncentracji jest traktowana jako jedno ze szczegółowych kryteriów oceny koncentracji w ramach ekonomicznego testu

⁴²² Zob. decyzję Prezesa UOKiK z 6.08.2002 r., Nr DDI-61/02 *BUMAR*.

⁴²³ Zob. decyzję Prezesa UOKiK z 17.07.2006 r., Nr RKT-48/2006 *NITROERG*.

konkurencji. Tak np. art. 2 ust. 1 rozp. 4064/89 i art. 2 ust. 1 rozp. 139/2004, a w ślad za nimi ustawy wielu „starych” i „nowych” państw członkowskich UE, nakazują organowi ochrony konkurencji oceniać koncentracje m.in. z punktu widzenia „rozwoju postępu technicznego i gospodarczego, pod warunkiem, że dokonuje się on z korzyścią dla konsumentów i nie stanowi przeszkody dla konkurencji” (art. 2 ust. 1 lit. b/ rozp. 139/2004)⁴²⁴. Wobec tego, że odstąpienie od zakazu na podstawie art. 20 ust. 2 może mieć miejsce wyłącznie w interesie publicznym innym niż ochrona konkurencji, „przyczynienie się do rozwoju ekonomicznego lub postępu technicznego”, może być rozważane jako przesłanka uzasadniająca odstąpienie od zakazu tylko wtedy, gdy szkodzi konkurencji i konsumentom; sytuacja taka jest chyba jednak mało prawdopodobna.

W każdym razie, w dotychczasowej praktyce decyzyjnej na podstawie art. 19 ust. 2 uokik z 2000 r. i art. 20 ust. 2 uokik z 2007 r. nigdy jeszcze nie stwierdzono wprost, że odstąpienie od zakazu uzasadnione było „przyczynieniem się do rozwoju ekonomicznego lub postępu technicznego”, chociaż wnioskodawca wskazywał m.in. na to kryterium np. w sprawie *PGE/Energa*⁴²⁵. Do rozwoju gospodarczego i postępu technicznego miała przyczynić się także koncentracja polegająca na połączeniu ZTS EG-BIERUŃ i ZTS NITRON przez zawiązanie nowego przedsiębiorcy⁴²⁶. „Skutkiem dokonania połączenia tych przedsiębiorców ma być (...) podjęcie szeregu działań, które mają za zadanie ułatwić nowopowstałemu przedsiębiorcy funkcjonowania na rynku, zapewnić jego rozwój, umożliwić konkurowanie na rynku materiałów wybuchowych z innymi przedsiębiorcami będącymi spółkami zależnymi koncernów zagranicznych, co z kolei przyczyni się do wzrostu konkurencji na rynku materiałów wybuchowych”, a to „będzie niewątpliwą korzyścią dla uczestników tego rynku, tj. odbiorców materiałów.” Jest jednak charakterystyczne, że Prezes UOKiK nie uwzględnił tych argumentów na pierwszym etapie oceny zamierzonej koncentracji, której celem było ustalenie, czy w jej wyniku nastąpi „istotne ograniczenie konkurencji”. Z uzasadnienia decyzji wynika, że mógł dojść do wniosku, że takie istotne ograniczenie konkurencji nie nastąpi, a zatem wydać zgodę na dokonanie koncentracji na podstawie art. 17 uokik z 2000 r. Przeprowadzona przez niego analiza skutków dokonania zamierzonej koncentracji nie wykazała bowiem zagrożenia dla krajowego rynku materiałów wybuchowych i środków inicjujących (zapalników elektrycznych i nieelektrycznych) „po stronie

⁴²⁴ Identyczny przepis zawierał art. 2 ust. 1 rozp. 4064/89; zob. wyżej pkt 3 rozdziału I niniejszej monografii.

⁴²⁵ Zob. decyzję Prezesa UOKiK z 22.12.2006 r., Nr DOK-163/06 *PGE*.

⁴²⁶ Zob. decyzję Prezesa UOKiK z 17.07.2006 r., Nr RKT-48/2006 *NITROERG*.

podażowej”. Analiza ta wykazała natomiast, że w najbliższym czasie na rynek ten wejdzie nowy duży gracz (UEE), a pozycja przetargowa nabywców materiałów wybuchowych (spółek węglowych) jest znaczna. W ocenie Prezesa UOKiK zarówno obecna, jak i potencjalna konkurencja może zapobiec nadużywaniu pozycji dominującej na rynku przez nowopowstałego przedsiębiorcę; nie istnieje w szczególności groźba znacznego wzrostu cen lub też narzucenia innych niekorzystnych warunków sprzedaży przez nowopowstającego przedsiębiorcę. W konsekwencji Prezes UOKiK stwierdził, że badana „koncentracja [...] przyczyni się do rozwoju ekonomicznego i postępu technicznego jej uczestników oraz przyczyni się do rozwoju konkurencji na rynku krajowym produkcji i sprzedaży ‘nowoczesnych’ materiałów wybuchowych” (podkr. T.S.). Nie można więc wykluczyć, że Prezes UOKiK uznał zamierzoną koncentrację za antykonkurencyjną tylko na podstawie kryterium łącznego udziału w rynku przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji (jego wysokość nie została w decyzji ujawniona jako tajemnica przedsiębiorstwa). W rezultacie, wydał zgodę nadzwyczajną (na podstawie art. 19 ust. 2 uokik z 2000 r.) zamiast zwyczajnej (na podstawie jej art. 17 uokik z 2000 r.), gdyż nie przeprowadził analizy skutków zamierzonej koncentracji dla „rozwoju gospodarczego i postępu technicznego” w ramach funkcjonalnych czynników ekonomicznego testu konkurencji. Pogląd ten zdaje się potwierdzać także wielokrotnie powtarzane twierdzenie Prezesa UOKiK, że „przyczynianie się koncentracji do rozwoju ekonomicznego lub postępu technicznego jest kryterium nawiązującym do obiektywnych korzyści gospodarczych. Mogą one polegać w szczególności na modernizacji technologii produkcji, poprawie jakości towarów, wprowadzaniu na rynek nowych produktów”⁴²⁷.

Podobne refleksje wywołuje dotychczasowy dorobek decyzyjny w zakresie instytucji „odstąpienia od zakazu” dokonania antykonkurencyjnej koncentracji na podstawie drugiej nazwanej przesłanki odstąpienia od zakazu, a mianowicie „możliwości wywarcia pozytywnego wpływu na gospodarkę narodową”. Tak np. w wydanej na podstawie art. 19 ust. 2 uokik z 2000 r. decyzji w sprawie *BUMAR*⁴²⁸, Prezes UOKiK wyraźnie stwierdził, że wyraża nadzwyczajną zgodę na zamierzoną koncentrację, albowiem doprowadzi ona do „stworzenia efektywnej struktury produkcyjnej przemysłu obronnego” poprzez racjonalizację zasobów i kosztów, rozszerzenie możliwości finansowania badań, unowocześnienie produkcji specjalnej i nadania jej proeksportowego charakteru, poprawę pozycji negocjacyjnej w ramach

⁴²⁷ Zob. np. decyzje Prezesa UOKiK: z 8.03.2007 r., Nr DOK-29/07 *EP*; z 22.12.2006 r., Nr DOK-163/06 *PGE*.

⁴²⁸ Nr DDI-61/02 z 6.08.2002 r.

ponadnarodowych programów rozwoju i produkcji uzbrojenia i sprzętu wojskowego z udziałem państw UE i NATO. Także tu można byłoby więc rozważać, czy nie powinien wydać zgody na dokonanie tej koncentracji na podstawie art. 17 uokik z 2000 r.

Nie ma natomiast wątpliwości, że „możliwość wywarcia pozytywnego wpływu na gospodarkę narodową” może przejawiać się w korzystnych zmianach **w sferze zatrudnienia** – wzroście poziomu zatrudnienia lub spadku poziomu bezrobocia. „Spowodowanie powstawania nowych miejsc pracy” było jedną z podstaw wyrażenia zgody na dokonanie koncentracji przez odstąpienie od zakazu koncentracji polegającej na utworzeniu przedsiębiorcy energetycznego w drodze koncentracji powodującej istotne ograniczenie konkurencji⁴²⁹. Nie był to z pewnością decydujący powód usprawiedliwiający odstąpienie od zakazu tej antykonkurencyjnej koncentracji, ale Prezes UOKiK zgodził się z poglądem wnioskodawcy, że bardziej realne po konsolidacji inwestycje powinny spowodować utrzymanie zatrudnienia w sektorach takich jak wydobywanie węgla oraz wzrost zatrudnienia w firmach zajmujących się budową urządzeń wytwórczych, ich konstrukcją oraz obsługą serwisową, co w efekcie może przyczynić się do spadku poziomu bezrobocia. Uznanie, że usprawiedliwienie antykonkurencyjnej koncentracji argumentami ze sfery polityki zatrudnienia i bezrobocia jest możliwe, potwierdza jednak wprost pogląd, że Prezes UOKiK rozumiał „interes publiczny”, o którym mowa w art. 1 ust. 1 uokik z 2000 r. niezmiernie szeroko.

Ograniczenie możliwości wydawania nadzwyczajnych zgód na dokonanie koncentracji tylko w celu realizacji interesów publicznych innych niż ochrona konkurencji oraz otwarty charakter przyczyn uzasadniających odstąpienie od zakazu dokonania antykonkurencyjnych koncentracji sprawiają, że nie ma żadnych przeszkód, żeby za usprawiedliwiające odstąpienie od zakazu antykonkurencyjnej koncentracji uznać względy takie jak **bezpieczeństwo publiczne, pluralizm środków przekazu i reguły ostrożnościowe**, czyli tzw. interesy uprawnione państw członkowskich przez art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004⁴³⁰. Jednakże, żadna ze zgłoszonych Prezesowi UOKiK koncentracji ani w sektorze mediów drukowanych i audiowizualnych, ani w sektorze usług finansowych nie została zakazana, a zatem nie było potrzeby oceniać, czy w interesie publicznym byłoby odstąpienie od zakazu ze względu na wymóg zapewnienia pluralizmu środków przekazu lub ze względu na konieczność zapewnienia reguł ostrożnościowych. Sytuacje takie mogą się jednak zdarzyć.

⁴²⁹ Decyzja Prezesa UOKiK z 22.12.2006 r., Nr DOK-163/06 PGE.

⁴³⁰ Zob. szerzej pkt 2.3 niniejszego rozdziału.

Sytuacja wygląda inaczej w przypadku przesłanki (względem) **bezpieczeństwa publicznego**. Względem na bezpieczeństwo publiczne został podniesiony w postępowaniu w sprawie zamiaru koncentracji, której uczestnicy byli przedsiębiorcami o szczególnym znaczeniu gospodarczo-obronnym, prowadzącymi działalność na potrzeby bezpieczeństwa i obronności państwa, m.in. tzw. „produkcję specjalną”⁴³¹, realizującymi rządową „Strategię przekształceń strukturalnych przemysłowego potencjału obronnego w latach 2002–2005”. Zamierzona koncentracja miała realizować cele bezpieczeństwa i obronności kraju poprzez ułatwienie nowopowstałemu przedsiębiorcy funkcjonowania na rynku, zapewnienie jego rozwoju, umożliwienie konkurowania na rynku materiałów wybuchowych z innymi przedsiębiorcami będącymi spółkami zależnymi koncernów zagranicznych, co z kolei miało przyczynić się do wzrostu konkurencji na krajowym rynku materiałów wybuchowych z korzyścią dla odbiorców tych materiałów⁴³².

Nie jest wcale pewne, jakimi względami kierował się Prezes UOKiK odstępując od zakazu antykonkurencyjnej koncentracji w przypadku przejęcia przez BUMAR kontroli nad 15 spółkami z branży amunicyjno-rakietowo-pancernej⁴³³. Korzyści tej koncentracji widział bowiem głównie w stworzeniu efektywnej struktury produkcyjnej przemysłu obronnego, co miało doprowadzić do racjonalizacji zasobów i kosztów, rozszerzenia możliwości finansowania badań, unowocześnienia produkcji specjalnej i nadania jej proekspansyjnego charakteru, poprawy pozycji negocjacyjnej w ramach ponadnarodowych programów rozwoju i produkcji uzbrojenia oraz sprzętu wojskowego z udziałem państw UE i NATO. Z pewnością jednak wszystkie te argumenty mogłyby stanowić usprawiedliwienie ze względu na bezpieczeństwo i obronność państwa.

Bezpieczeństwem energetycznym Polski natomiast uzasadnione były decyzje Prezesa UOKiK wyrażające zgody nadzwyczajne na koncentracje realizujące rządowy „Program dla energetyki”. Program ten zakłada konieczność budowy nowych mocy wytwórczych oraz rozbudowy i modernizacji istniejącego potencjału wytwórczego polskiej energetyki, co wymaga znacznych nakładów. Zadania takie mogą realizować tylko skonsolidowane przedsiębiorstwa energetyczne, ekonomicznie i finansowo stabilne⁴³⁴. Koncentracja umożliwi nowopowstającej grupie kapitałowej lepszy dostęp do źródeł finan-

⁴³¹ W rozumieniu rozp. RM z 15.04.2003 r. w sprawie wykazu spółek, przedsiębiorstw państwowych i jednostek badawczo-rozwojowych prowadzących działalność na potrzeby bezpieczeństwa i obronności państwa (Dz. U. Nr 86, poz. 790).

⁴³² Zob. decyzję Prezesa UOKiK z 17.07.2006 r., Nr RKT-48/2006 *NITROERG*.

⁴³³ Zob. decyzję Prezesa UOKiK z 6.08.2002 r., Nr DDI-61/02 *BUMAR*.

⁴³⁴ Zob. decyzję Prezesa UOKiK z 22.12.2006 r., Nr DOK-163/06 *PGE*.

sowania i poprawi jej przepływy finansowe, zminimalizuje różne ryzyka rozwojowe oraz ułatwi realizację zobowiązań wynikających z Protokołu z Kioto, dyrektyw UE oraz Traktatu Akcesyjnego⁴³⁵. Mimo podobnego stanu faktycznego koncentracji *PGE/ENERGA*, Prezes UOKiK nie uznał wymogów bezpieczeństwa energetycznego za uzasadniające odstąpienie od zakazu tej koncentracji.

Powyższa analiza przesłanek stosowania polskiej instytucji prawnej „odstąpienia od zakazu” dokonania antykonkurencyjnej koncentracji wyraźnie wskazuje, że instytucja ta rodziła, rodzi i będzie rodzić niepewność prawną tak długo, jak długo organem uprawnionym do wydawania nadzwyczajnych zgód na dokonanie koncentracji antykonkurencyjnych w interesie publicznym niezwiązanym z konkurencją będzie Prezes UOKiK, który jest – w sensie ustrojowym – uprawniony i zobowiązany do realizacji interesu publicznego w zakresie ochrony konkurencji⁴³⁶. Niepewność ta trwać będzie tak długo, jak długo obecny kształt tej instytucji nie będzie zmieniony normatywnie albo jak długo jej interpretacja sądowa nie przesądzi ostatecznie, że:

- a) po pierwsze, dopuszczenie antykonkurencyjnej koncentracji w drodze „odstąpienia od zakazu”, o którym mowa w art. 20 ust. 2, możliwe jest wyłącznie „w interesie publicznym” (art. 1 ust. 1) innym niż interes publiczny w „ochronie konkurencji”;
- b) po drugie, „przyczynienie się do rozwoju ekonomicznego lub postępu technicznego” (pierwsza przesłanka nazwana) może stanowić uzasadnienie „odstąpienia od zakazu” tylko wtedy, gdy wykracza poza korzyści ekonomiczne (*efficiencies*) i naukowo-techniczne (*innovations*), jakie bierze się pod uwagę w ekonomicznym teście konkurencji (IOK, SIEC);
- c) po trzecie, „możliwość wywarcia pozytywnego wpływu na gospodarkę narodową” (druga przesłanka nazwana) lub ewentualne inne okoliczności „uzasadnione” (przesłanki nienazwane) muszą być każdorazowo (w przypadku każdej indywidualnej koncentracji) wykazane (udowodnione) przez Prezesa UOKiK w zakresie, w jakim rzeczywiście służą określonemu interesowi publicznemu niezwiązanemu z konkurencją (*non-competition public interest*), który na taką ochronę zasługuje;
- d) po czwarte, gdy nie zostanie przesądzone (choćby w drodze orzecznictwa), że także w przypadku tej decyzji na Prezesie UOKiK spoczywa w całości ciężar dowodu w odniesieniu do każdego z trzech elementów standardu art. 20 ust. 2 – stwierdzenia (1) naruszenia ekonomicznego

⁴³⁵ Zob. decyzję Prezesa UOKiK z 8.02.2007 r., Nr DOK-29/07 EP.

⁴³⁶ Zob. niżej pkt 5.2 niniejszego rozdziału.

testu konkurencji, o którym mowa w art. 20 ust. 1, (2) istnienia jednego lub więcej interesów publicznych innych niż ochrona konkurencji oraz (3) występowania uzasadnienia odstąpienia od zakazu dokonania koncentracji tym, że powodowane przez zamierzoną koncentrację korzyści w realizacji tych innych interesów (głównie bezpieczeństwa publicznego i polityk społecznych) przeważają nad stratami w zakresie stanu i struktury konkurencji na rynkach właściwych; ścisłe przestrzeganie tego standardu powinno wyeliminować obawy zbyt łatwego „psucia” konkurencji⁴³⁷; konfliktom między rządem (optującym za zgodą nadzwyczajną na dokonanie koncentracji realizującej inne interesy publiczne) a Prezesem UOKiK (negującym istnienie takich interesów, jako to miało miejsce w sprawie koncentracji *PGE/Energa*) można zapobiec poprzez zmianę art. 20 ust. 2 wprowadzającą przesłankę, w myśl której Prezes UOKiK „jest związany normatywnymi dokumentami rządu, wyznaczającymi politykę państwa”, co całkowicie słusznie zaproponował już wcześniej E. Stawicki⁴³⁸.

4. Testy interesu publicznego

4.1. Bezpieczeństwo publiczne

W kluczowych państwach pozaeuropejskich, w tym w USA, a także w UE, w jej państwach członkowskich i pozostałych państwach EOG, test interesu publicznego obejmuje prawie zawsze ocenę wewnętrznych lub transgranicznych transakcji koncentracyjnych o wymiarze krajowym lub szerszym (unijnym w UE) z punktu widzenia wartości (dobra ogólnego, dobra wspólnego), określonej jako „**bezpieczeństwo publiczne**” (*public security*), w tym „**bezpieczeństwo narodowe**” (*national defence*). Prawie w każdym kraju czy systemie kontroli koncentracji prawodawca przewiduje możliwość zaistnienia konfliktu tej wartości z interesem publicznym w ochronie konkurencji oraz tworzy podstawy jego rozwiązania, polegające na możliwości zablokowania koncentracji zgodnej z testem koncentracji przez rząd lub rządowe organy regulacyjne, działające na podstawie ustaw o inwestycjach zagranicznych lub ustaw regulacyjnych.

⁴³⁷ M. Błachucki, R. Stankiewicz, *Decyzja zezwalająca na dokonanie koncentracji z naruszeniem testu istotnego ograniczenia konkurencji...*, s. 3.

⁴³⁸ E. Stawicki [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod red. A. Stawickiego, E. Stawickiego, s. 508.

Znajduje to swoje pełne potwierdzenie w prawodawstwie USA i w prawodawstwach najważniejszych państw pozaeuropejskich. W USA istnieją dwie możliwości niedopuszczenia do fuzji lub akwizycji ze względu na wymogi **bezpieczeństwa publicznego i obrony narodowej**. Charakterystyczne jest, że współcześnie większe znaczenie przypisuje się możliwości zablokowania **transakcji skutkujących przejęciem kontroli nad firmą amerykańską przez inwestora zagranicznego**, niż wewnątrz amerykańskiej transakcji konsolidacyjnej w sektorze zbrojeniowym (leżącym w zakresie zainteresowania Ministra Obrony). Dominuje pogląd, że dla zapewnienia interesu publicznego w sferze obrony narodowej wystarczy współpraca Ministra Obrony z organami antytrustowymi, stosującymi test konkurencji⁴³⁹. Ochrona interesu publicznego w zakresie **bezpieczeństwa narodowego** (*national security*) **lub obrony narodowej** (*national defence*) jest w tym kraju formalnie łatwiejsza na podstawie ustawodawstwa dotyczącego handlu międzynarodowego – głównie znowelizowanej ustawy Exon-Florio⁴⁴⁰. Na jej podstawie Prezydent Stanów Zjednoczonych może zablokować transakcję transgraniczną, w wyniku której przedsiębiorstwo zagraniczne przejąłoby kontrolę nad firmą amerykańską, co mogłoby zagrozić bezpieczeństwu narodowemu USA. Wobec tego, że taka decyzja Prezydenta nie podlega kontroli sądowej, trudno stwierdzić, jaki jest zakres przedmiotowy tego testu i jaka intensywność zagrożenia jest wymagana lub wystarczająca dla interwencji Prezydenta.

Podobna możliwość zablokowania transgranicznej koncentracji istnieje także w Kanadzie, Japonii czy Australii, przy czym oceny transakcji koncentracyjnych z punktu widzenia tego typu testu interesu publicznego dokonuje się na podstawie różnie definiowanych interesów narodowych (*national interests*). W Kanadzie, na podstawie ustawy o inwestycjach zagranicznych, podstawą oceny i ewentualnego zakazu przejęcia kontroli nad firmą kanadyjską przez podmiot spoza Kanady (*non-Canadian*) w określonym obszarze gospodarki (np. w sektorze produkcji uranu) jest test „korzyści netto” (*net-benefit*) dla Kanady⁴⁴¹. Na podstawie japońskiej ustawy o handlu zagranicznym uzasadnieniem wydanego przez właściwego ministra zakazu koncentracji (np. w sektorze górnictwa czy rafinerii ropy) może być „zagrożenie dla

⁴³⁹ Defence Service Bd.Task Force, *Report on Antitrust Aspects of Defence Industry Consolidation*, reprinted in 66 Antitrust and Trade Reg.Rep. (BNA) No. 1659 (Spec. Supp.) (April 14, 1994); zob. także W.T. Miller, D.I. Baker, *United States of America* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 14: September 2007, s. 64–85.

⁴⁴⁰ Trade Act of 1988 (50 U.S.C. App. § 2170).

⁴⁴¹ Zob. szerzej: W. Rowley, N. Campbell, M. Opashinow, *Canada* [w:] *Merger Control 2008*, s. 81; J.W. Rowley, J.F. Clifford, M. Opashinow, *Canada* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 14: September 2007, s. 9-79–9-82.

bezpieczeństwa narodowego lub negatywny wpływ na przemysł krajowy”⁴⁴². W Australii natomiast, na podstawie ustawy o akwizycjach i przejęciach zagranicznych, Minister Skarbu może zakazać zamierzonej koncentracji lub nakazać podział koncentracji, którą uzna za „sprzeczną z interesem narodowym” (*contrary to the national interest*)⁴⁴³.

W pewnym stopniu, zapewnieniu bezpieczeństwa publicznego służą także wyłączenia spod kontroli koncentracji na podstawie testu konkurencji, przewidywane wprost w ustawach o ochronie konkurencji lub w ustawach regulacyjnych, dla transakcji koncentracyjnych w sektorach regulowanych. Rozwiązanie to znajduje zastosowanie, m.in. w USA (wyłączenie na podstawie art. 7 Ustawy Claytona, odnoszące się np. do koncentracji w transporcie czy w energetyce⁴⁴⁴), czy w Meksyku (w przypadku koncentracji przedsiębiorstw działających w tzw. „obszarach strategicznych”, np. wydobywania ropy, energetyce jądrowej, dystrybucji energii elektrycznej, oraz w transporcie)⁴⁴⁵. Między innymi w celu zapewnienia bezpieczeństwa publicznego jest prowadzona ocena dodatkowa (obok testu konkurencji) i wymagana zgoda dodatkowa na dokonanie koncentracji w Kanadzie (np. w transporcie)⁴⁴⁶. Sektory gospodarki związane z obronnością i bezpieczeństwem są przedmiotem dodatkowych ograniczeń także w Australii⁴⁴⁷. W Indiach znalazło zastosowanie rozwiązanie, występujące częściej w krajach europejskich, polegające na przyznaniu przez Ustawę o Konkurencji Rządowi Centralnemu Indii prawa uchylenia zarządzenia Indyjskiej Komisji Konkurencji lub udzielenia wyłączenia spod przepisów tej ustawy, jeżeli jest to w interesie publicznym lub interesie bezpieczeństwa państwa⁴⁴⁸; można przyjąć, że rozwiązanie to może mieć zastosowanie także w sprawach koncentracyjnych.

⁴⁴² Foreign Exchange and Foreign Trade Law (FEFTA) (art. 26); zob. także A. Uesugi, K. Yamada, *Japan* [w:] *Merger Control 2008*, s. 207; M. Matsushita, *Japan* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 21: March 2011, s. 32–38.

⁴⁴³ Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975 (FATA); zob. także R.V. Miller, *Australia* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 15: April 2008, s. 3–49; C. Oddie, P. Ryan, *Australia* [w:] *Merger Control 2008*, s. 38.

⁴⁴⁴ 15 U.S.C. § 18; zob. także W.T. Miller, D.I. Baker, *United States of America* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 14: September 2007, s. 64–6.

⁴⁴⁵ Zob. G. Castañeda, *Mexico* [w:] *Merger Control 2008*, s. 241 i 242; zob. także G. Castañeda, *Mexico* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 15: April 2008, s. 42–6–42–40.

⁴⁴⁶ Zob. art. 94(c) kanadyjskiej ustawy o konkurencji z 1985 r. oraz kanadyjską ustawę o transporcie z 1996 r., znowelizowaną w 2007 r. (Canada Transportation (Amendment) Act, S.C. 1996, c. 10); zob. także J.W. Rowley, J.F. Clifford, M. Opashinov, *Canada* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 14: September 2007, s. 9–83.

⁴⁴⁷ Zob. art. 47 australijskiej ustawy o handlu (Commerce Act 1986).

⁴⁴⁸ Zob. A. Chitale, *India* [w:] *Merger Control 2008*, s. 172.

Wreszcie, nie można wykluczyć, że względy bezpieczeństwa publicznego, w tym narodowego, mogą być elementem kompleksowych ocen transakcji koncentracyjnych w krajach pozaeuropejskich, w których istotne znaczenie ma przede wszystkim lub m.in. test interesu publicznego sformułowany ogólnie (w formie swoistej klauzuli generalnej), jako np. „korzyść publiczna” (*benefit to the public*) – w Australii⁴⁴⁹ i Nowej Zelandii⁴⁵⁰ czy „interes publiczny” w RPA⁴⁵¹.

Zakres i intensywność ochrony interesów bezpieczeństwa publicznego w procesach koncentracji w krajach europejskich zależy nie tylko od rozwiązań prawnych w nich przyjętych, lecz w dużym stopniu także od istoty i zakresu integracji gospodarczej i politycznej Unii Europejskiej, której są członkami lub wraz z którą tworzą EOG. Nie ulega wątpliwości, że bezpieczeństwo zewnętrzne całej UE i bezpieczeństwo wewnętrzne w ramach UE są wartością wspólną (*common value*)⁴⁵², której zapewnieniu służą dzisiaj przede wszystkim Wspólna Polityka Zagraniczna i Bezpieczeństwa, zawierająca już także pewne elementy wspólnej polityki obronnej⁴⁵³, oraz polityki tworzące podstawy Przestrzeni Wolności, Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości⁴⁵⁴, ale także liczne szczególne przepisy prawa pierwotnego i wtórnego, stosowane bezpośrednio w państwach członkowskich UE lub wywierające wpływ na ich prawo wewnętrzne w drodze implementacji lub przez pośrednie oddziaływanie pozostałych aktów i działań składających się na *acquis communautaire*.

Poza celami i instrumentami Wspólnej Polityki Zagranicznej i Bezpieczeństwa, w tym załączków wspólnej polityki obronnej, które nie są przedmiotem analizy niniejszej monografii, prawo UE zna **dwie szczególne instytucje prawne służące zapewnieniu bezpieczeństwa publicznego**, które mogą być wykorzystywane w procesach oceny dopuszczalności transgranicznych koncentracji o wymiarze unijnym. Są to:

a) **art. 346** (i ewentualnie 348) **TFUE**, który pozwala państwom członkowskim podejmować środki konieczne w celu ochrony podstawowych

⁴⁴⁹ Zob. R.V. Miller, *Australia* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 15: April 2008, s. 3–5.

⁴⁵⁰ Zob. A. Peterson, S. Keene, *New Zeland* [w:] *Merger Control 2008*, s. 255; B.M. Hill, *New Zeland* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 3: February 2002, s. 45-3–45-7.

⁴⁵¹ Zob. R. Legh, T. Dini, *South Africa* [w:] *Merger Control 2008*, s. 310–311.

⁴⁵² Zob. art. 1 i 3 TUE.

⁴⁵³ Zob. przede wszystkim art. 21–44 TUE.

⁴⁵⁴ Zob. przede wszystkim art. 67–89 TFUE.

interesów jego bezpieczeństwa w zakresie handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi⁴⁵⁵, oraz

- b) **art. 21 rozp. 139/2004**, który umożliwia interwencje państw członkowskich w postępowaniu w sprawach koncentracji na podstawie tzw. „interesów uprawnionych” (*legitimate interests*), do których *explicite* należy „bezpieczeństwo publiczne” (*public security*).

Jak już wskazano⁴⁵⁶, kategoria „**bezpieczeństwa publicznego**” należy do trzech uprawnionych interesów (*legitimate interests*) państwa członkowskiego, traktowanych przez art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 i art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004 jako tzw. interesy uznane („*recognised interests*”)⁴⁵⁷, czyli takie, które *explicite* umożliwiają mu interwencję w prowadzone przez Komisję Europejską postępowania w sprawach transgranicznych koncentracji o wymiarze unijnym.

Zakres dopuszczalności takiej interwencji w interesie „bezpieczeństwa publicznego” **zależy** w pierwszej kolejności **od jego rozumienia**. Ponieważ samo rozporządzenie go nie definiuje, można przyjąć, że jego interpretacja przez państwa członkowskie mogła być od początku stosunkowo najbardziej otwarta. Jednakże, zaraz po wejściu w życie rozp. 4064/89, Komisja Europejska, bojąc się szerokiej interpretacji tego pojęcia przez państwa członkowskie (a w konsekwencji wyłączenia spod przysługującej jej wyłączności oceny koncentracji o wymiarze unijnym), stwierdziła wyraźnie, że odniesienie się w art. 21 rozp. 40/64/89 do „bezpieczeństwa publicznego” dokonuje się „bez związku z przepisami art. 223 TEWG” (później art. 298 TWE; obecnie art. 346 TFUE) dotyczącymi „obrony narodowej”⁴⁵⁸, umożliwiającymi państwu członkowskiemu interwencję w postępowanie w sprawie koncentracji o wymiarze unijnym, która mogłaby być sprzeczna z istotnymi interesami jego bezpieczeństwa (*essential interests of its security*) w obszarze „produkcji i handlu bronią, amunicją i materiałem wojennym” (*arms, munitions and war material*). Artykuł 21 ust. 4 rozp. 139/2004 znajduje zatem zastosowanie niezależnie od tego, czy spełnia również przesłanki art. 346 TFUE [d. art. 296 TWE, d. art. 223 TEWG]⁴⁵⁹.

Kategoria „bezpieczeństwa publicznego” jako „interesu uprawnionego” w rozumieniu art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 mogła więc od początku być

⁴⁵⁵ Postawy prawne i dorobek orzeczniczy w tym zakresie zostały przedstawione szczegółowo wyżej w pkt 2.2 niniejszego rozdziału.

⁴⁵⁶ Zob. wyżej pkt 2.3.1 niniejszego rozdziału.

⁴⁵⁷ Zob. pkt 25 decyzji KE z 20.12.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 *E.ON/Endesa*.

⁴⁵⁸ Zob. także zd. pierwsze motywu 19 rozp. 139/2004.

⁴⁵⁹ „The restriction set by that article concerning products not intended for specifically military purposes should be complied with”; zob. Notes on Council Regulation (EEC) 4064/89. Commission of the European Communities. Bulletin of the European Communities. Supplement 2/90, s. 25.

interpretowana szerzej niż tylko „obrona narodowa” w rozumieniu ścisłym. W świetle ww. noty interpretacyjnej KE, jest oczywiste, że „**obrona narodu**”, rozumiana jako bezpieczeństwo zewnętrzne, **mieści się** niewątpliwie **w kategorii „bezpieczeństwa publicznego”**⁴⁶⁰, chociaż jej nie wyczerpuje.

Z wąskim rozumieniem „bezpieczeństwa publicznego” (jako obrony narodowej) mieliśmy do czynienia w sprawie koncentracji *IBMFrance/CGI* (1993)⁴⁶¹. W wyniku tej koncentracji IBM przejął kontrolę nad francuską spółką publiczną *Companie Generale de l'Informatique (CGI)* produkującą software. W stosunku do dwóch spółek zależnych CGI, które realizowały kontrakty dla francuskiego Ministra Obrony, rząd francuski zastosował odpowiednie środki służące ochronie francuskich interesów uprawnionych w sferze bezpieczeństwa publicznego, o których mowa w art. 21 ust. 3 akapit 2⁴⁶². Aspekty bezpieczeństwa publicznego⁴⁶³ były rozważane jeszcze w sprawach koncentracji *Thompson CSF/Racal Electronics plc*⁴⁶⁴ czy *BAE Systems/Astrim/EADS*⁴⁶⁵.

Jak wynika choćby z ww. noty interpretacyjnej, Komisja Europejska od początku dopuszczała **szerokie rozumienie** tej przesłanki, bazując na systemowej wykładni rozumienia „bezpieczeństwa publicznego” dokonanej przez Trybunał Sprawiedliwości. W nocie tej stwierdziła, m.in. wprost, że za „uprawniony interes” państwa członkowskiego można uznać także „bezpieczeństwo dostaw towarów i usług traktowanych jako żywotne lub istotne (*vital or essential*) z punktu widzenia ochrony zdrowia ludności danego kraju”⁴⁶⁶ W takim rozumieniu „bezpieczeństwa publicznego” mogłyby mie-

⁴⁶⁰ Por. C.J. Cook, C.S. Kerse, *EC Merger Control*, 2000, s. 238–239; pierwszym przypadkiem uwzględnienia tego interesu była koncentracja *IBM France/CGI* (1993), w której rząd francuski powoływał się na współpracę spółek zależnych od CGI z Min. Obrony. Różne wątki „bezpieczeństwa publicznego” były rozważane na gruncie zarówno art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89, jak i art. 296 i 298 TWE (patrz niżej) także w decyzjach KE w sprawach: *Plessey/GEC-Siemens* (Dz. Urz. WE 1990 C 239/2); M.820 *British Aerospace/Lagardère* (1996); M.1258 *GEC/Marconi/Alenia* (1998) czy IV/M.877 *Boeing/Mc Donnell Douglas* (Dz. Urz. WE 1997 L 336/16).

⁴⁶¹ Decyzja KE z 19.05.1993 r., w sprawie IV/M.332 *IBM France/CGI*, dostępna na http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m336_en.pdf (8.10.2011).

⁴⁶² Tamże; zob. także XXIIrd Report on Competition Policy 1993, European Commission 1994, pkt 321, s. 197; C.J. Cook, Kerse, *EC Merger Control*, 2000, s. 239; Bellamy&Child, *European Community Law of Competition*, s. 688; E. Navarro Varona, A. Font Galarza, J. Folguera Crespo, J. Briones Alonso, *Merger Control in the EU*, s. 413; M. Furse, *The Law of Merger Control in the EC and the UK*, s. 59.

⁴⁶³ Zob. M. Furse, *The Law of Merger Control in the EC and the UK*, s. 59.

⁴⁶⁴ DTI Press Release P/2000/401, 12.6.2000.

⁴⁶⁵ DTI Press Release P/2002/732, 22.11.2002.

⁴⁶⁶ Por. cyt. wyżej notę interpretacyjną; Notes on Council Regulation (EEC) 4064/89, s. 25.

ścić się np. dostawy wody (co zostało potwierdzone w sprawie *UK Water Industry Act*⁴⁶⁷) czy energii elektrycznej (ten interes publiczny rozważano m.in. w sprawie *London Electricity/EdF*⁴⁶⁸), ale także np. usługi transportowe (choć brak przykładu decyzyjnego).

Nie tylko jednak w ww. nocie interpretacyjnej KE, ale także w piśmiennictwie podkreślano, że rozumienie pojęcia „bezpieczeństwo publiczne”, a w konsekwencji określenie zakresu opartego na tej przesłance wyłączenia zasady wyłączności kompetencji KE w sprawach koncentracji, można wyinterpretować na podstawie wykładni systemowej przepisów traktatowych odnoszących się do różnych możliwych przejawów bezpieczeństwa i porządku publicznego czy ich zagrożeń, jak też bezpośrednio z dorobku sądów unijnych, orzekających na podstawie takich przepisów. W grę wchodzi tu przede wszystkim przepisy ustanawiające wyłączenia spod reguł swobodnego przepływu towarów (art. 30 TWE⁴⁶⁹, [obecnie art. 36 TFUE]), który za względy usprawiedliwiające ograniczenie tej swobody uznaje, m.in. „moralność publiczną, porządek publiczny i bezpieczeństwo publiczne”⁴⁷⁰ oraz swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług (art. 46 ust. 1 TWE [obecnie art. 52 ust. 1 TFUE] oraz art. 54 TWE [obecnie art. 61 TFUE]), które dopuszczają ograniczenie tych swobód ze względu na „porządek publiczny, bezpieczeństwo publiczne lub zdrowie publiczne”, ale także przepisy art. 224 TEWG [później art. 298 TWE; obecnie art. 347 TFUE], które przewidują konsultacje państw członkowskich w sytuacji konieczności podjęcia przez nie środków „w przypadku poważnych zaburzeń wewnętrznych zagrażających porządkowi publicznemu, w przypadku wojny, poważnego napięcia międzynarodowego stanowiącego groźbę wojny lub w celu wypełnienia zobowiązań (...) w celu utrzymania pokoju lub bezpieczeństwa międzynarodowego”.

⁴⁶⁷ Bezpieczeństwo dostaw wody rozważano jednak jako odrębny (dodatkowy) „interes uprawniony” w decyzji Komisji Europejskiej w sprawie *M.567 Lyonnaise des Eaux/Northumbrian Water* (1995); por. niżej pkt 4.4 niniejszego rozdziału.

⁴⁶⁸ Zob. decyzję KE w sprawie *M.1346 London Electricity/EdF* (1999). Brytyjczycy wnioskowali o przekazanie im zgłoszenia w trybie art. 9 rozp. 4064/89 oraz o uznanie ich „uprawnionych interesów” na gruncie art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89. Komisja Europejska nie zgodziła się jednak z argumentacją ówczesnego regulatora sektorowego (Dyrektora Generalnego ds. Dostaw Energii Elektrycznej); wykazała, że zastrzeżenia nie dotyczą samej koncentracji i interesy publiczne chronione przez *Electricity Act* mogą być chronione w drodze działań regulacyjnych, jakie będzie on mógł podejmować po dokonaniu koncentracji.

⁴⁶⁹ Zob. wyrok ETS w sprawie *72/83 Campus Oil* (Zb. Orz. 1984, s. 2727), pkt 34 i d.

⁴⁷⁰ Por. cyt. wyżej notę interpretacyjną. Moim zdaniem w grę może wchodzić również TWE oraz liczne przepisy prawa wtórnego.

Z przepisów tych i ze związanego z nimi orzecznictwa można wyprowadzić trzy zasadnicze wnioski. Po pierwsze, wynika z nich niezbicie, że pojęcie bezpieczeństwa publicznego użyte w rozporządzeniu o kontroli koncentracji nie może ograniczać się do interesów „bezpieczeństwa” w rozumieniu „**zewnętrznego bezpieczeństwa wojskowego**” (*external military security*), o którym mowa w art. 296 ust. 1 lit. b/ TFUE (pojęcia te mogą się częściowo pokrywać, ale nie są synonimami⁴⁷¹). Po drugie, „bezpieczeństwo publiczne” w rozumieniu art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004 nie może też być utożsamione z „**bezpieczeństwem wewnętrznym**” (*internal security*), rozumianym jako zachowanie prawa i porządku w kraju, któremu – w rozumieniu art. 347 TFUE – mogą zagrażać „poważne zaburzenia wewnętrzne”; może je jednak obejmować⁴⁷². Po trzecie, nie ma żadnych powodów, żeby nie uznać, że „bezpieczeństwo publiczne” (zewnętrzne i wewnętrzne) – jako uznany interes uprawniony (*recognised legitimate interest*) – obejmuje także wartości, spełniające przesłankę wyłączenia spod reguł swobodnego przepływu towarów (art. 36 TFUE), przedsiębiorczości (art. 46 TFUE) i usług (art. 61 TFUE)⁴⁷³. Skoro zatem ETS uznał, że **bezpieczeństwo publiczne**, stanowiące względ usprawiedliwiający ograniczenie swobody przepływu towarów **może obejmować** także konieczność zapewnienia bezpieczeństwa i ciągłości dostaw produktów naftowych, które mają fundamentalne znaczenie dla istnienia lub zachowania państwa członkowskiego⁴⁷⁴, bezpieczeństwo dostaw energii elektrycznej⁴⁷⁵ lub nawet bezpieczeństwo zaopatrzenia w energię w ogóle⁴⁷⁶, to nie ma powodu, żeby nie mogło się ono mieścić w „bezpieczeństwie publicznym” jako uprawnionym interesie państwa członkowskiego, stanowiącym podstawę jego interwencji w proces oceny transgranicznej koncentracji o wymiarze unijnym⁴⁷⁷. Twierdzenie to nie stoi w sprzeczności z poglądem, że gdyby sądy unijne musiały wprost odnieść się do tej przesłanki i zakresu wyłączenia wyłącznych kompetencji KE w sprawach koncentracji, to zapewne

⁴⁷¹ Zob. C.J. Coe, C.S. Kerse, *EC Merger Control*, 2000, s. 238–239.

⁴⁷² Zob. opinię Adwokata Generalnego Słynna w sprawie 72/83 *Campus Oil* (Zb. Orz. 1984, s. 2727, 2764).

⁴⁷³ Podobnie również S. Dudzik, *Współpraca Komisji Europejskiej z organami ochrony konkurencji w sprawach koncentracji przedsiębiorstw*, s. 131.

⁴⁷⁴ Zob. wyrok ETS w sprawie 72/83 *Campus Oil* (Zb. Orz. 1984, s. 2727), pkt 34 i d.

⁴⁷⁵ Zob. wyrok ETS w sprawie C-393/92 *Almelo* (Zb. Orz. 1994, s. I-1994), pkt 476 i d.

⁴⁷⁶ Zob. wyrok ETS w sprawie C-174/04 *KE v. Włochy* (Zb. Orz. 2005, s. I-4933), pkt 40.

⁴⁷⁷ Komisja Europejska zdawała się stać na takim stanowisku w swojej nocie wyjaśniającej do rozp. 4064/89.

interpretowałby ją wąsko, zgodnie ze swoim restrykcyjnym podejściem do wszelkich wyłączeń czy wyjątków w prawie UE⁴⁷⁸.

Należy też pamiętać, że – w porównaniu do ww. przepisów – wyłączenie na podstawie art. 21 ust. 4 TFUE ma charakter węższy dlatego, że ogranicza się tylko do postępowań w sprawach koncentracji oraz jest uzależnione od spełnienia zawartych w tym przepisie przesłanek ograniczających⁴⁷⁹.

Trzeba też podkreślić, że o tym, czy **interwencja** taka będzie **skuteczna** jeszcze bardziej niż rozumienie (zakres) przesłanki „bezpieczeństwa publicznego” decyduje to, czy stanowiące jej podstawę względy **rzeczywiście służą** zapewnieniu „bezpieczeństwa publicznego”⁴⁸⁰. Zgodnie z uznanym orzecnictwem, wymogi „bezpieczeństwa publicznego” jako podstawa derogacji spod fundamentalnych zasad swobody przepływu kapitału i swobody przedsiębiorczości, muszą być interpretowane wąsko/ściśle (*strictly*), a zatem ich zakres nie może być określany jednostronnie przez państwa członkowskie bez kontroli instytucji unijnych⁴⁸¹. Bezpieczeństwo publiczne może więc być podstawą takiej derogacji tylko wtedy, gdy istnieje „rzeczywiste i wystarczająco poważne zagrożenie dla fundamentalnych interesów społeczeństwa” (*genuine and sufficiently serious threats to aa fundamental interest of society*)⁴⁸².

W przypadku sektora energetycznego, Trybunał wielokrotnie uznawał, że **środki konieczne dla zapewnienia minimalnego poziomu dostaw energii na wypadek kryzysu** mogą być objęte pojęciem bezpieczeństwa publicznego⁴⁸³ i dopuszczone (gdy są proporcjonalne i niedyskryminacyjne) jako mniej ograniczające swobody gospodarcze niż zastrzeżenie własności publicznej przedsiębiorstw⁴⁸⁴. Mają one również swoją legitymację w unijnych dyrektywach energetycznych, uprawniających do nakładania zobowiązań publicznych (*public service obligations*)⁴⁸⁵ i tworzących wspólne ramy polityk krajowych w celu zapewniania bezpieczeństwa publicznego w sektorze energetycznym⁴⁸⁶.

⁴⁷⁸ Np. w sprawie C-265/ *Commission v. France* (Zb. Orz. 1997, s. I-6959); zob. także C.J. Cook, C.S. Kerse, *EC Merger Control*, 2000, s. 239.

⁴⁷⁹ Tak M. Furse, *The Law of Merger Control in the EC and the UK*, s. 59.

⁴⁸⁰ Zob. pkt 5.1 niniejszego rozdziału.

⁴⁸¹ Zob. pkt 61 decyzji KE z 20.12.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 *E.ON/Endesa*.

⁴⁸² Tamże; zob. także wyroki ETS w sprawach: C-503/99 *KE v. Belgia* (Zb. Orz. 2002, s. I-4809), pkt 47; C-483/99 *KE v. Francja* (Zb. Orz. 2002, s. 4781), pkt 48; C-463/00 *KE v. Hiszpania* (Zb. Orz. 2003, s. I-4581), pkt 72.

⁴⁸³ Zob. wyroki ETS w sprawach: C-503/99 *KE v. Belgia* (Zb. Orz. 2002, s. I-4809), pkt 46 i 48; C-463/00 *Komisja v. Hiszpania* (Zb. Orz. 2003, s. I-4581), pkt 34 i d.

⁴⁸⁴ Zob. wyrok ETS w sprawie C-503/99 *KE v. Belgia* (Zb. Orz. 2002, s. I-4809), pkt 49.

⁴⁸⁵ Zob. art. 3 ust. 2 dyrektyw: 2003/54/EC, 2003/55/WE.

⁴⁸⁶ Zob. dyrektywy 2004/67/WE oraz 2005/89/WE.

Nie wiadomo jednak do końca, czy taka interpretacja znajdzie potwierdzenie na gruncie art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004. W dwóch ważnych postępowaniach w sprawach transgranicznych koncentracji o wymiarze unijnym, które dokonywały się w sektorze elektroenergetycznym, KE nie uznała bowiem, że interwencje rządu hiszpańskiego były oparte o „uprawniony interes” w zakresie „bezpieczeństwa publicznego” i spełniały wymogi proporcjonalności i niedyskryminacji. W decyzji w sprawie *E.ON/Endesa*⁴⁸⁷ oraz w decyzji w sprawie *Enel/Acciona/Endesa*⁴⁸⁸ KE stwierdziła, że **interwencje w rzeczywistości nie służą celom bezpieczeństwa publicznego** (bezpieczeństwa dostaw energii) i wymogów tych nie spełniają liczne warunki nałożone na E.ON lub Enel i Acciona przez hiszpańskiego regulatora energetycznego (CNE), w tym te, które zostały częściowo zmodyfikowane przez Ministra Przemysłu, Turystyki i Handlu.

W przypadku decyzji CNE z dnia 27.06.2006 r. jedynym nałożonym na E.ON warunkiem, którego KE nie zakwestionowała było przyznanie CNE prawa występowania do rządu o zastosowanie środków koniecznych do zagwarantowania dostaw energii w sytuacjach kryzysowych⁴⁸⁹.

W decyzji z dnia 20.12.2006 r.⁴⁹⁰ KE uznała, że niektóre warunki w dalszym ciągu nie służą realizacji uprawnionego interesu publicznego w sferze w zapewnienia dostaw energii.

Decyzją z dnia 7.12.2007 r.⁴⁹¹ w sprawie *Enel/Acciona/Endesa* KE uznała, że wymogów art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004 nie spełnia sześć z dwunastu warunków nałożonych przez CNE (trzy z nich w wersji zmodyfikowanej przez Ministra). Stwierdzono, że niektóre z nich nie spełniają wymogów proporcjonalności i niedyskryminacji, stąd trudno ocenić, jakie byłoby wobec nich stanowisko Komisji, gdyby wymogi te spełniały.

Zakres regulacji uprawnień do ingerencji w postępowania w sprawach koncentracji przez władze publiczne w oparciu o kryterium bezpieczeństwa publicznego jest różny w różnych państwach członkowskich UE i w pozostałych państwach należących do EOG. Tylko w niektórych z tych krajów istnieją szczególne podstawy zablokowania koncentracji z udziałem inwestorów zagranicznych. W większości z nich istnieją rozwiązania prawne umożliwiające rządowi lub organom regulacyjnym ocenę koncentracji antykonkurencyjnych z punktu widzenia kryteriów niezwiązanych z konkurencją i ewentualne niedopuszczenie do ich dokonania.

⁴⁸⁷ Zob. decyzje KE z 26.09.2006 r. i z 20.12.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 *E.ON/Endesa*.

⁴⁸⁸ Zob. decyzję KE z 5.12.2007 r. w sprawie COMP/M.4685 *Enel/Acciona/Endesa*.

⁴⁸⁹ Zob. pkt 18 i 129 decyzji KE z 26.09.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 *E.ON/Endesa*.

⁴⁹⁰ Zob. wyżej 2.3.2 niniejszego rozdziału.

⁴⁹¹ Zob. wyżej 2.3.2 niniejszego rozdziału.

W czterech największych kontynentalnych państwach członkowskich UE ochronie bezpieczeństwa publicznego (narodowego) służy przede wszystkim uprawnienie do zablokowania koncentracji dochodzących do skutku w drodze bezpośrednich inwestycji zagranicznych (BIZ). W Niemczech Minister Gospodarki i Technologii, działając na podstawie Ustawy o Handlu Zagranicznym (*Aussenwirtschaftsgesetz*), może poddać kontroli nabycie 25% lub więcej praw do głosowania w istniejącym przedsiębiorstwie niemieckim przez inwestora spoza EU/EFTA w przypadku zagrożenia dla polityki publicznej lub bezpieczeństwa publicznego. Ma on także prawo, za zgodą Rządu Federalnego, nałożyć warunki lub nawet zablokować taką transakcję, jeżeli jest to konieczne dla zapewnienia interesów narodowych; ustawa pozwala na taką interwencję „w rzadkich i tylko w nadzwyczajnych przypadkach”⁴⁹². W praktyce interwencje takie miały miejsce tylko w sektorach produkujących amunicję (*war materials*), uzbrojenie lub systemy kryptograficzne oraz projektujących lub produkujących specjalne silniki lub skrzynie biegów do czołgów⁴⁹³. Także we Francji inwestycje zagraniczne w sektorach działalności mogących mieć wpływ na bezpieczeństwo publiczne (np. produkcja uzbrojenia) podlegają wstępnemu zgłoszeniu Ministrowi Gospodarki⁴⁹⁴. Również we Włoszech Prezes Rady Ministrów może zakazać, z istotnych względów gospodarki narodowej, przejęcia włoskiej spółki przez spółkę zagraniczną, jeśli w kraju pochodzenia nabywcy spółki włoskie są przedmiotem dyskryminacji, w szczególności dotyczy to możliwości nabycia spółek lokalnych (zasada wzajemności); także ten przepis nie został jednak jeszcze nigdy zastosowany⁴⁹⁵. Trochę inne rozwiązanie przyjęto w Wielkiej Brytanii, gdzie – oprócz tzw. spraw uwarunkowanych interesem publicznym (*public interest cases*) – istnieje kategoria spraw uwarunkowanych szczególnymi interesami publicznymi (*special public interest cases*), obejmująca koncentracje z udziałem kontraktorów rządowych⁴⁹⁶.

Jak już wskazano⁴⁹⁷, w „starych” państwach członkowskich Unii i pozostałych państwach EOG koncentracje o wymiarze narodowym podlegają ocenie wyłącznie lub przede wszystkim na podstawie testu konkurencji. W wielu z nich istnieje jednak możliwość uchylecia decyzji organu ochrony konkurencji zakazującej dokonania zgłoszonej koncentracji na podstawie testu lub

⁴⁹² Zob. M. Rosenthal, *Germany* [w:] ICG to: *Merger Control 2011*, s. 120.

⁴⁹³ Zob. H. Bergmann, F. Röhling, *Germany* [w:] *Merger Control 2008*, s. 150.

⁴⁹⁴ Art. L151-3 francuskiego Kodeksu Monetarnego i Finansowego. Wszystkie przypadki cyt. za L. Vogel, J. Vogel, *France* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 112.

⁴⁹⁵ Zob. G.L. Zampa, *Italy* [w:] *Merger Control 2008*, s. 196.

⁴⁹⁶ Zob. N. French, A. Jones, M. McElwee, *United Kingdom* [w:] *Merger Control 2010*, s. 382

⁴⁹⁷ Zob. rozdział I niniejszej monografii.

testu interesu publicznego. Należy podkreślić, że w żadnym z tych krajów prawodawca nie przewiduje, żeby czynił to organ ochrony konkurencji stosujący test konkurencji, wręcz przeciwnie. W każdym z nich uprawnionym do odstąpienia od zakazu jest albo rząd (*in pleno*) lub jego członek – z reguły jest to minister gospodarki, albo sąd (tak jest w Austrii i Szwecji). W Szwecji np. zakaz koncentracji nie może być wydany, jeżeli istotnie nie respektuje „bezpieczeństwa narodowego lub interesów dostaw istotnych surowców”; póki co sądy jeszcze w takiej sprawie nie orzekały⁴⁹⁸.

Zgody nadzwyczajne na dokonanie zakazanej (antykonkurencyjnej) koncentracji mogą być wydawane w Niemczech, Belgii, Grecji, Hiszpanii, Holandii, Portugalii, we Włoszech oraz w Norwegii i Szwajcarii. W Niemczech Minister Gospodarki i Technologii może wyrazić zgodę (zgodę nadzwyczajną) na dokonanie koncentracji, której zakazał Federalny Urząd Kartelowy (BKA), m.in. wtedy, gdy jest ona usprawiedliwiona przeważającym (*overriding*) interesem publicznym⁴⁹⁹, którym może być bezpieczeństwo energetyczne kraju, pod warunkiem, że koncentracja ta nie stanowi zagrożenia dla funkcjonowania gospodarki rynkowej⁵⁰⁰. Tak było np. w ostatniej takiej decyzji z 2002 r. w sprawie przejęcia Ruhrgas AG przez E.ON AG⁵⁰¹. Belgijska Rada Ministrów może udzielić nadzwyczajnej zgody na dokonanie koncentracji ze względu na interes ogólny (*general interest*), w tym bezpieczeństwo narodowe⁵⁰². Także w Hiszpanii do kategorii interesu publicznego innego niż ochrona wolnej konkurencji należy, m.in. „obrona i bezpieczeństwo narodowe”⁵⁰³. Zgodę nadzwyczajną na dokonanie antykonkurencyjnej koncentracji może wydać także minister odpowiedzialny za sprawy gospodarki koncentracji w Portugalii z uwagi na korzyści dla fundamentalnych interesów gospodarki narodowej, do których należy, m.in. bezpieczeństwo publiczne; decyzję taką wydał jednak tylko raz w sprawie *Brisal/AEA*⁵⁰⁴.

⁴⁹⁸ Zob. T. Petterson, J. Carle, S. Perván Lindeborg, *Sweden* [w:] *Merger Control 2008*, s. 323; J. Coyet, A. Malin Person, *Sweden* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 12: July 2006, s. 56-6.

⁴⁹⁹ Zob. art. 42 niemieckiej ustawy kartelowej z 1957 r.

⁵⁰⁰ Zob. H. Bergmann, F. Röhling, *Germany* [w:] *Merger Control 2008*, s. 148.

⁵⁰¹ Verfügung von 18.9.2002 – 1 B 1-220 840/129, niepubl.; zob także WuW/E DEV 751.

⁵⁰² Zob. art. 60 § 1 zd. pierwsze i § 2 w zw. z art. 8 § 6 belgijskiej ustawy o konkurencji; zob. L. Garzaniti, Th. Janssen, P. Goffinet, *Belgium* [w:] *Merger Control 2008*, s. 57 i 59; J. Stuyck, I. Buelens, *Belgium* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 39; P. LEcluse, M. Favart, A. Bailleux [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 17: April 2009, s. 6–10

⁵⁰³ Zob. art. 60 hiszpańskiej ustawy o ochronie konkurencji z 2007 r.

⁵⁰⁴ Zob. C. Bothelo Moniz, P. de Gouveia e Melo, *Portugal* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 246.

Jeżeli uznać, że „bezpieczeństwo publiczne” może (jest tak jak na gruncie prawa unijnego) obejmować także np. bezpieczeństwo dostaw energii elektrycznej i gazu lub innych usług publicznych (np. w sferze ochrony zdrowia⁵⁰⁵) to nie można wykluczyć, że jest ono brane pod uwagę przez organy regulacyjne (regulacji energetyki), do których niekiedy trzeba zgłosić zamierzoną koncentrację i uzyskać dodatkową zgodę na jej dokonanie. Tak jest np. w Grecji (dodatkowa zgoda regulatora na koncentrację w energetyce)⁵⁰⁶, w Hiszpanii (niewiążące opinie regulatora oraz ograniczenia w nabywaniu akcji „głównych operatorów” energetycznych)⁵⁰⁷, czy w Portugalii (niewiążąca opinia regulatora). Pełny prymat kryteriów niezwiązanych z konkurencją nad testem konkurencji istnieje w sektorze dystrybucji energii elektrycznej w Finlandii, gdzie koncentracja, która powadzi do osiągnięcia 25% udziału w dystrybucji energii elektrycznej siecią 400V może być zablokowana, aby kontrolować negatywne skutki wertykalnej integracji między producentami a dystrybutorami energii elektrycznej⁵⁰⁸.

W „nowych” państwach członkowskich UE względy „bezpieczeństwa publicznego” nie są – co do zasady – brane pod uwagę przy ocenie koncentracji przez organy ochrony konkurencji; zdecydowanie dominuje w nich ocena na gruncie testu konkurencji. Oceny oparte na względach niezwiązanych z konkurencją są uwzględniane przez organy regulacyjne (np. energetyki); konieczność uzyskania zgody regulatora energetycznego przewiduje np. prawo słoweńskie⁵⁰⁹ i węgierskie⁵¹⁰. Nie można jednak wykluczyć, że interesy „bezpieczeństwa publicznego” mogą być uwzględniane w tych krajach, gdzie ustawy o ochronie konkurencji przewidują tzw. test bilansujący koncentracji, czyli możliwość zrównoważenia antykonkurencyjnych skutków koncentracji przez różnego rodzaju korzyści – np. w sferze ochrony środowiska⁵¹¹ (np. w Bułgarii i Rumunii), lub gdzie organ ochrony konkurencji nie jest w pełni niezależny od administracji rządowej (np. w Słowenii⁵¹²). Jak się wskazuje w piśmiennictwie, strony starają się niekiedy argumentować za dopuszczeniem koncentracji przy pomocy motywacji dodatkowych

⁵⁰⁵ Holenderski Urząd ds. Ochrony Zdrowia może też prezentować swoje stanowisko w sprawach koncentracji w tym sektorze; zob. S. Beeston, F. van de Jagt, *Netherlands* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 210 i 212–213.

⁵⁰⁶ Zob. E. Bourtzalas, *Greece* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 128.

⁵⁰⁷ Zob. R. García-Gallardo, M. Arias Díaz, *Spain* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 289–290.

⁵⁰⁸ Zob. Ch. Wik, N. Hukkinen, *Finland* [w:] *Merger Control 2008*, s. 133 i 134.

⁵⁰⁹ Zob. V. Kobe, Ch.Haid, *Slovenia* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 269.

⁵¹⁰ Zob. F. Urlesberger, A. Turi, *Hungary* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 136.

⁵¹¹ Zob. A.I. Ioachimesu, *Romania* [w:] *Merger Control 2008*, s. 285.

⁵¹² Zob. V. Kobe, Ch.Haid, *Slovenia* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 269.

(społeczno-ekonomicznych korzyści)⁵¹³. Także w „nowych” państwach członkowskich UE można spotkać rozwiązanie chroniące interesy publiczne (np. w energetyce) przez możliwość odmowy zgody na koncentrację w przypadku akwizycji przez inwestorów z państw nie będących członkami UE w przedsiębiorstwa słoweńskie⁵¹⁴.

4.2. Pluralizm mediów

Dostarczanie usług audiowizualnych (medialnych), jak mało który inny sektor gospodarki, może (musi) być równocześnie charakteryzowane i oceniane w kategoriach zarówno wzrostu dobrobytu ekonomicznego, jak i dobrobytu społecznego. W przypadku zamiaru koncentracji przedsiębiorców dostarczających usługi medialne, jeżeli spowodują istotne ograniczenie konkurencji, doprowadzą do obniżenia dobrobytu ekonomicznego (głównie trwałego wzrostu cen i zmniejszenia wyboru oferowanych usług) muszą być zakazane. Uchylenie lub odstąpienie od takiego zakazu jest w praktyce raczej niemożliwe. Sytuacja wygląda zupełnie inaczej, gdy koncentracje przedsiębiorców dostarczających usługi medialne nie powodują istotnego ograniczenia konkurencji, a w konsekwencji nie prowadzą do obniżenia dobrobytu ekonomicznego (głównie trwałego wzrostu cen), a niekiedy nawet (np. dzięki efektowi ekonomii skali lub zakresu) skutkują jego wzrostem. Dokonanie tego rodzaju koncentracji powinno być i jest dopuszczane na podstawie ekonomicznego testu konkurencji. Koncentracje takie najczęściej nie powodują także pogorszenia jakości oferowanych usług, w tym nie ograniczają poziomu różnorodności mediów (*media diversity*), czyli wielości dostarczanych treści (*content*), która to wartość jest niekiedy elementem charakterystyki w kategoriach dobrobytu społecznego. W kategoriach dobrobytu społecznego mieści się natomiast zawsze najbardziej kluczowa wartość sektora usług medialnych – pluralizm mediów (*media plurality*), rozumiany jako wielość źródeł (*sources*) pochodzenia treści dostarczanych odbiorcom. Koncentracje przedsiębiorców dostarczających usługi medialne, mogą prowadzić do obniżenia poziomu pluralizmu mediów, jeżeli istotnie zmniejszają ilość niezależnych prawnie i ekonomicznie nadawców. Zagwarantowaniu akceptowanego w interesie publicznym poziomu pluralizmu mediów mają służyć regulacje struktury własności (*ownership regulation*) i kontrola przekształceń własnościowych.

⁵¹³ Zob. S. Keserauskas, M. Joinys, *Lithuania* [w:] *Merger Control 2008*, s. 224.

⁵¹⁴ Zob. V. Kobe, Ch.Haid, *Slovenia* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 269.

Nie ma na świecie jednego modelu rozwiązywania konfliktu między ekonomicznym testem konkurencji (pozwalającym wyrażać zgodę na koncentracje nie powodujące istotnego ograniczenia konkurencji) a nieekonomicznym (*non-economic*) testem pluralizmu mediów (umożliwiającym zakazanie koncentracji, która nie powoduje istotnego ograniczenia konkurencji na podstawie innego niż ochrona konkurencji interesu publicznego). Przyjęte w kilkudziesięciu porządkach prawnych (pozaeuropejskich i europejskich) rozwiązania różnią się pod wieloma względami. Współcześnie wspólne dla wszystkich tych państw jest jednak to, że posiadają one rozbudowane ustawodawstwo radiowo-telewizyjne (*broadcasting legislation*), które tworzy liczne – normatywne i regulacyjne – rozwiązania służące gwarantowaniu różnorodności i pluralizmu mediów, w tym utrudnienia w przejmowaniu kontroli nad spółkami medialnymi przez podmioty zagraniczne⁵¹⁵. W zakresie rozważanym w niniejszej monografii różnią się one przede wszystkim tym, któremu z tych testów przyznają priorytet, a w konsekwencji na gruncie którego prawa (audiowizualnego czy ochrony konkurencji) i przez jaki organ (regulator radiowo-telewizyjny czy organ ochrony konkurencji) dokonywana jest ocena zamierzonych koncentracji i ewentualnie zakazywana. Najogólniej rzecz ujmując można stwierdzić, że najpowszechniej stosowane są **dwie rozwiązania modelowe** – tzw. **model podziału pracy** (*labour division model*) oraz **model dominacji ustawy i organu ochrony konkurencji**; zdecydowanie najrzadziej występuje model dominacji ustawy i regulatora audiowizualnego (np. RPA).

Model podziału kompetencji i odpowiedzialności w zakresie oceny koncentracji na podstawie ekonomicznego testu konkurencji i nieekonomicznego testu pluralizmu w mediach zdecydowanie dominuje w państwach pozaeuropejskich. Stosunkowo najbardziej konsekwentnie rozdział ten został przeprowadzony w USA, gdzie do koncentracji w mediach stosuje się taki sam ekonomiczny test konkurencji, jak do koncentracji w innych sektorach⁵¹⁶. Natomiast ograniczenia własności poszczególnych i różnych rodzajów mediów (*cross media*) określa ustawa telekomunikacyjna⁵¹⁷, przyznająca kompetencje

⁵¹⁵ Co do zasady, regulacje mające swe podstawy w prawie radiowo-telewizyjnym, pozostają poza zakresem rozważań niniejszej monografii, chociaż będą niekiedy przywoływane dla ilustracji określonych tez.

⁵¹⁶ Zob. *United States* [w:] OECD Policy Roundtables, Media Mergers 2003, DAFEE/COMP(2003)16, s. 283 i d.; W.T. Miller, D.I. Baker, *United States of America* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 14: September 2007, s. 64-6 i d. Tylko koncentracje dokonane (skonsumowane) prawidłowo zgodnie z upoważnieniem FFC są wyłączone ustawowo spod oceny na gruncie art. 7 Ustawy Claytona *7 in fine*.

⁵¹⁷ Zob. amerykańską ustawę telekomunikacyjną z 1976 r. (Telecommunication Act 1976).

w zakresie oceny zgodności koncentracji w mediach z interesami publicznymi Federalnej Komisji Łączności (Federal Communications Commission), której zadaniem jest regulacja sektora mediów w celu zapewnienia „różnorodności, konkurencji i lokalizmu w mediach” (*promotion of diversity, competition, and localism in media markets*). Także w Kanadzie oba obszary oceny koncentracji w sektorze usług radiowo-telewizyjnych (*broadcasting*) są wyraźnie rozdzielone⁵¹⁸. Wprawdzie koncentracje takie podlegają ocenie zarówno przez organ ochrony konkurencji – Komisarza ds. Konkurencji, działającego na podstawie ustawy o konkurencji, jak i przez regulatora sektorowego – Kanadyjską Komisję Radiowo-Telewizyjną i Telekomunikacyjną, działającą, m.in. na podstawie ustawy radiowo-telewizyjnej⁵¹⁹, ale ocena Komisarza ds. Konkurencji jest ściśle ograniczona do wpływu koncentracji na konkurencję gospodarczą na rynkach właściwych, podczas gdy Komisja Radiowo-Telewizyjna i Telekomunikacyjna ocenia koncentrację własności i kontroli z punktu widzenia wartości konstytucyjnych – wolności słowa i różnorodności wypowiedzi – oraz szczegółowych celów polityki społecznej i kulturalnej. Oba organy wypracowały szczegółowe reguły podziału kompetencji i współpracy⁵²⁰. W Australii⁵²¹ prawo kontroli koncentracji ma w pełni zastosowanie do fuzji i przejęć w mediach audiowizualnych. Organ ochrony konkurencji (Australijska Komisja Konkurencji i Konsumentów) wydaje decyzje w tych sprawach na podstawie testu konkurencji⁵²². Różnorodność i pluralizm mediów są przez niego uwzględniane tylko o tyle, o ile mają wpływ na konkurencję i istotę rywalizacji między firmami medialnymi. Zapewnienie pluralizmu mediów w interesie publicznym jest domeną prawa i regulatora medialnego (Australijski Urząd ds. Radia i Telewizji). Ustawa o usługach nadawczych zawiera ograniczenia odnoszące się do własności w różnych mediach licencjonowanych⁵²³. Nakazuje ona obu organom współpracę, którą umożliwia wzajemne członkostwo szefa jednego organu w składzie drugiego. Koncentracje w sektorze radiowo-telewizyjnym podlegają też

⁵¹⁸ Zob. *Canada* [w:] OECD Policy Roundtables, Media Mergers 2003, s. 209 i d; W. Rowley, N. Campbell, M. Opashinow, *Canada* [w:] *Merger Control 2008*, s. 81.

⁵¹⁹ Zob. kanadyjską ustawę radiowo-telewizyjną (*Broadcasting Act*).

⁵²⁰ CRTC/Competition Bureau Interface; cyt. za *Canada* [w:] OECD Policy Roundtables, Media Mergers 2003, s. 231–214.

⁵²¹ Zob. C. Oddie, P. Ryan, *Australia* [w:] *Merger Control 2008*, s. 38; *Australia* [w:] OECD Policy Roundtables, Media Mergers 2003, s. 155 i d.

⁵²² Art. 50 Trade Practices Act 1974.

⁵²³ Zob. *Broadcasting Services Act 1992* (sec. 57–58, 60–61 i 109). Pewne ograniczenia własnościowe zawiera też art. 53 ustawy o inwestycjach zagranicznych (*Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975* – odesłanie w *Broadcasting Services Act 1992*).

ocenie regulatora medialnego (TDSAT) w Meksyku⁵²⁴ i w Indiach⁵²⁵. Tylko w RPA są one kontrolowane na podstawie generalnych reguł konkurencji⁵²⁶.

Na gruncie takiego modelu (podziału kompetencji) funkcjonuje także kontrola transgranicznych koncentracji o wymiarze unijnym w prawie UE, gdzie pluralizm mediów jest traktowany jako jeden z trzech uznanych *explicit* „interesów uprawnionych” państw członkowskich UE (art. 21 ust. 4 rozp. 139/3004). Specyfiką tego modelu jest wszakże to, że ocena koncentracji na podstawie ekonomicznego testu konkurencji jest dokonywana na szczeblu unijnym przez Komisję Europejską, mającą w tym zakresie wyłączność (art. 21 ust. 1 i 2), podczas gdy ocena tych koncentracji na podstawie testu pluralizmu mediów należy do kompetencji państw członkowskich; tylko ustawodawstwo krajowe może zatem zdecydować, na gruncie jakiej ustawy i jaki organ ocenę taką przeprowadza i ewentualnie zakazuje dokonania koncentracji nie mającej antykonkurencyjnego charakteru, ale stanowiącej zagrożenie dla pluralizmu mediów (często też ich różnorodności)⁵²⁷.

Współczesne granice dopuszczalności zablokowania przez państwo członkowskie transgranicznej koncentracji o wymiarze unijnym w sektorze mediów audiowizualnych zależą od dwóch czynników: (1) miejsca sektora audiowizualnego w systemie prawnym rynku wewnętrznego (swobód przepływu i wspólnych reguł konkurencji) oraz (2) znaczenia i rozumienia pluralizmu mediów w prawie UE.

Po pierwsze, należy zauważyć, że w UE polityka audiowizualna nie ma bezpośrednich podstaw prawnych w prawie pierwotnym, w tym w TFUE, chociaż sektor usług audiowizualnych wciąż jest najważniejszym źródłem informacji, rozrywki, politycznego dialogu, rozwoju kulturowego i spójności społecznej UE⁵²⁸. Do działań państw członkowskich i przedsiębiorstw świadczących usługi audiowizualne mają więc w pełni zastosowanie przepisy ustanawiające swobody rynku wewnętrznego, w tym głównie wolność przedsiębiorczości (obecnie art. 49–55 TFUE) i swoboda świadczenia usług (obecnie art. 56–62 TFUE)⁵²⁹ oraz wspólne (generalne) reguły konkurencji

⁵²⁴ Zob. *Mexico* [w:] OECD Roundtables, Media mergers 2003, s. 262.

⁵²⁵ Zob. A. Chitale, *India* [w:] *Merger Control 2008*, s. 171.

⁵²⁶ Zob. R. Legh, T. Dini, *South Africa* [w:] *Merger Control 2008*, s. 313.

⁵²⁷ Tak też KE [w:] *Commission Staff Working Document: Media pluralism in the Member States of the European Union*, 16.01.2007 r., SEC(2007)32.

⁵²⁸ Zob. szerzej E.D. Sage, *Polityka audiowizualna Unii Europejskiej* [w:] *Polityki Unii Europejskiej: Polityki sektorów infrastrukturalnych. Aspekty prawne*, pod red. A. Jurkowskiej, T. Skoczego, Instytut EuroPrawo, Warszawa 2011, s. 216 i d.

⁵²⁹ Zob. wyrok ETS w sprawie 155/73 *Sacchi* (Zb. Orz. 1974, s. 427).

(art. 101–109 TFUE)⁵³⁰. W części dotyczącej tworzenia i funkcjonowania wewnętrznego rynku usług audiowizualnych, ochrony konsumentów tych usług i zapewnienia spójności społecznej w ramach sektora audiowizualnego, UE dzieli swe kompetencje z państwami członkowskimi, a w części dotyczącej kultury, edukacji czy sportu ma tylko kompetencje wspierające, koordynujące lub uzupełniające działania państw członkowskich⁵³¹. Harmonizacja przepisów krajowych dotyczących świadczenia usług medialnych dokonana została najpierw dyrektywą 89/552/EWG, a obecnie dyrektywą Audiovisual Media Service Directive z 2010 r.

Po drugie, nie ulega wątpliwości, że pluralizm mediów ma ogromne znaczenie w systemie politycznym i prawnym UE, w tym w systemie kontroli koncentracji w mediach, przynajmniej od przełomu lat 80-tych i 90-tych XX w. Od Zielonej Księgi poświęconej pluralizmowi w mediach i koncentracji na rynku wewnętrznym⁵³² oraz protokołu amsterdamskiego⁵³³, pluralizm mediów jest jednym z najważniejszych elementów oceny koncentracji w sektorze audiowizualnym; jego zapewnieniu służy, m.in. przyznanie przez prawo i politykę UE szczególnego statusu publicznym nadawcom radiowo-telewizyjnym (*public broadcasting*), m.in. jako świadczącym usługi w ogólnym interesie gospodarczym⁵³⁴, zaliczane do wspólnych wartości (*common values*) UE (art. 14 TFUE). Komisji Europejskiej nie udało się jednak do tej pory doprowadzić do harmonizacji „wskaźników” pluralizmu medialnego na całym obszarze UE⁵³⁵. Od 2007 r. zapewnienie pluralizmu mediów ma swoją podstawę zarówno w zaleceniach Rady Europy, wskazujących na

⁵³⁰ Zob. art. 3 ust. 1 lit g) TWE oraz załączony do Traktatu z Lizbony „Protokół w sprawie rynku wewnętrznego i konkurencji”; zob. też C. Mik, *Media masowe w europejskim prawie wspólnotowym*, TNOiK, Toruń 1999, s. 484 i d.; T. Skoczny, *Reguły konkurencji w sektorze mediów audiowizualnych we Wspólnocie Europejskiej*, RPEiS 2006, Nr 3, s. 59 i d.; E.D. Sage, *Polityka audiowizualna Unii Europejskiej...*, s. 216 i d.; A. Jurkowska-Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne reguły konkurencji Unii Europejskiej*, EuroPrawo, Warszawa 2010, s. XXIV-403 i d.

⁵³¹ Zob. art. 4 ust. 2 lit. a), c) i f) oraz art. 6 lit. c) i e) TFUE); zob. też szerzej E.D. Sage, *Polityka audiowizualna Unii Europejskiej...*, s. 217.

⁵³² Green Paper: *Pluralism and Media Concentration in the Internal Market. An Assessment of the need of Community action*, COM(92)480, 1992.

⁵³³ Zob. *Protocol on the system of public broadcasting in the Member States*, 1997.

⁵³⁴ Zob. Komunikat Komisji: Usługi w ogólnym interesie w Europie (Dz. Urz. WE 2011 C 17/4).

⁵³⁵ Por. C.J. Cook, C.S. Kerse, *EC Merger Control*, 2000, s. 240. W podjętej swego czasu próbie Komisja Europejska zmierzała do ustalenia górnego limitu kapitału obcego w krajowych spółkach radiowo-telewizyjnych, maksymalnej ilości mediów kontrolowanych przez jednego operatora, maksymalnego udziału w rynku widowni (30%) czy w mediach w ogóle (np. 10%).

konieczność zapewnienia nie tylko wewnętrznego (dostępu do zróżnicowanej zawartości programowej), ale także zewnętrznego (dostępu do różnych mediów)⁵³⁶, jak i w postanowieniach Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (art. 10) oraz Karty Praw Podstawowych UE (art. 11 ust. 2), służących ochronie praw podstawowych, w tym pluralizmu mediów jako części składowej wolności wypowiedzi i informacji.

Jednym z najważniejszych przejawów znaczenia „pluralizmu mediów” dla UE i jej państw członkowskich jest uznanie go przez art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89, powtórzone w art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004, za jeden z trzech „interesów uprawnionych” państw członkowskich, uprawniających do zablokowania transgranicznej koncentracji o wymiarze unijnym, mimo że nie ma ona antykonkurencyjnego charakteru. Tym samym, składająca się z przedstawicieli państw członkowskich RE potwierdziła, że wprowadzie poziom konkurencji w tym sektorze jest ważny, ale przynajmniej równie duże znaczenie dla współczesnych społeczeństw i państw mają kwestie własności mediów. Znalazło to swoje potwierdzenie również w nocie interpretacyjnej do rozp. 4064/89, w której KE jednoznacznie stwierdza, że „prawo państw członkowskich do ochrony „pluralizmu mediów” uznaje za ich interes [*concern*] „uprawniony” dla zachowania „zróżnicowanych źródeł informacji dla zapewnienia różnorodności opinii i wielości poglądów”⁵³⁷. Także zdaniem niektórych autorów, koncentracje mediów mogą szkodzić pluralizmowi środków przekazu tak bardzo, że powinny być oceniane – zgodnie z zasadą subsydiarności – tylko w ramach państw członkowskich⁵³⁸. Sformułowany przed 10 laty pogląd, iż problemy z oceną „odpowiednich środków” podejmowanych przez państwa członkowskie w celu zapewnienia „pluralizmu mediów” będą nasilać się w dobie oligopolizacji rynków medialnych i ekonomizacji standardów ochrony konkurencji⁵³⁹, pozostaje wciąż bardzo aktualny⁵⁴⁰.

⁵³⁶ Zob. Zalecenie Rec(2007)2 z 31.01.2007 r. Komitetu Rady Ministrów Rady Europy dla państw członkowskich w sprawie pluralizmu w mediach i zróżnicowania zawartości programowej, dostępne na stronie: www.krritv.gov.pl; zob. też szerzej P. Stępka, *Unia Europejska względem zjawiska koncentracji własności mediów*, SE 2007, Nr 3, s. 81 i d.; S. Dudzik, *Współpraca Komisji Europejskiej z organami ochrony konkurencji w sprawach koncentracji przedsiębiorstw*, s. 135; zob. także zlecony przez Komisję Europejską raport ekspertów pt. Independent Study on Indicators for Media Pluralism in the Member States – Towards a Risk-Based Approach, Leuven 2009, dostępny na http://ec.europa.eu/information_society/media_taskforce/doc/pluralism/study/finsal_report_09.pdf.

⁵³⁷ Por. cyt. wyżej notę interpretacyjną do rozp. 4064/89, s. 25.

⁵³⁸ Zob. M. Furse, *The Law of Merger Control in the EC and the UK*, s. 59.

⁵³⁹ Por. C.J. Cook, C.S. Kerse, *EC. Merger Control*, 2000, s. 240.

⁵⁴⁰ Zob. niżej sprawa *NewsCorp/BSkyB*.

W praktyce przepis art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 znalazł zastosowanie **tylko raz**⁵⁴¹. W 1994 r. do KE i do organów brytyjskich wpłynęło zgłoszenie koncentracji polegającej na przejściu kontroli nad brytyjską spółką Newspaper Publishing (wydającą The Independent) przez międzynarodowe konsorcjum składające się z Promotore de Informaciones, Editoriale, l'Espresso oraz Mirror Group Newspapers. Komisja Europejska wydała zgodę na jej dokonanie decyzją w sprawie *Newspaper Publishing*⁵⁴². Uznała jednak, że zgodnie z art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 to do kompetencji władz brytyjskich należała ocena „prawidłowości prezentacji wiadomości oraz realizacji swobody wypowiedzi”, w związku z tym to właśnie brytyjski Sekretarz Stanu musi wydać formalną zgodę na dokonanie tej koncentracji na podstawie obowiązujących przepisów o kontroli koncentracji mediów zawartych w brytyjskiej ustawie o uczciwym handlu⁵⁴³. Ponieważ władze brytyjskie dokonały oceny tej koncentracji z punktu widzenia kryteriów pozakonkurencyjnych (*non-competition factors*) zgodnie z ww. oczekiwaniami KE, stąd nie podejmowała ona żadnych innych kroków w tej sprawie⁵⁴⁴.

Także pod rządami rozp. 139/2004, art. 21 ust. 4 znalazł zastosowanie w celu ochrony „pluralizmu mediów” w transgranicznej koncentracji o wymiarze unijnym **tylko raz**, a mianowicie w sprawie zamierzonej koncentracji, w drodze której amerykańska News Corporation (NewsCorp) – obejmująca 1 z 6 największych hollywoodzkich studiów filmowych (20th Century Fox), producenta kanałów telewizyjnych (FOX, National Geographic), wiodącego wydawcę prasy w Wielkiej Brytanii i Irlandii (The Sun, The Times) oraz wiodącego dostawcę telewizji płatnej w Austrii, Niemczech i Włoszech – postanowiła przejąć, w drodze oferty publicznej, pełną kontrolę nad brytyjską grupą medialną British Sky Broadcasting Group (BSkyB) – wiodącego operatora telewizji płatnej w Wielkiej Brytanii i Irlandii. W swej decyzji w sprawie *NewsCorp/BSkyB*, uznającej zgłoszoną koncentrację za zgodną z rynkiem wewnętrznym na podstawie art. 6 ust. 1 lit. b rozp.

⁵⁴¹ Kontekst konieczności zapewnienia „pluralizmu w mediach” wystąpił także w decyzjach KE w sprawach: IV/M.469 *MSG Media Service* (Dz. Urz. WE 1994 L 3641); IV/M. 993 *Bertelsmann/Kirch/Première* (Dz. Urz. WE 1999 L 53/1); IV/M. 890 *Blokker/Toys ,R' Us* (Dz. Urz. WE 1998 L 316/1).

⁵⁴² Decyzja KE z 14.04.1994 r. w sprawie IV/M.423 *Newspaper Publishing (PI/EE/Mirror/Newspaper publishing)* (1994), dostępna na http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m423_en.pdf.

⁵⁴³ Zob. Fair Trading Act 1973. Tamże, pkt. 22; zob. także XXIV Report on Competition Policy 1994, European Commission 1995, pkt 335, s. 160–161.

⁵⁴⁴ Zob. C.J. Cook, C.S. Kerse, *EC Merger Control*, 2000, s. 239–240; M. Furse, *The Law of Merger Control in the EC and the UK*, s. 59.

139/2004⁵⁴⁵, Komisja Europejska stwierdziła wprost, że zgodnie z art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004 władze brytyjskie miały prawo poddania ocenie zgłoszonej koncentracji na podstawie brytyjskiego prawa kontroli koncentracji medialnych. Zgodnie z tym prawem brytyjski Sekretarz Stanu ds. Biznesu, Innowacji i Kwalifikacji (Sekretarz Stanu) może interweniować w koncentracje spółek prasowych i/lub radiowo-telewizyjnych ze względu na interes publiczny w drodze wydania tzw. postanowienia o interwencji europejskiej (*European intervention notice*), poddając zgłoszoną koncentrację dodatkowej ocenie władz brytyjskich z punktu widzenia pluralizmu mediów. Dnia 4.11.2010 r. Sekretarz Stanu wydał takie postanowienie⁵⁴⁶. Nakładało ono na władze brytyjskie obowiązek zbadania i przedłożenia do dnia 31.12.2010 r. raportu o tym, czy zaproponowana transakcja działa lub może działać wbrew interesowi publicznemu dostatecznego pluralizmu osób sprawujących kontrolę nad przedsiębiorstwami medialnymi⁵⁴⁷.

Inaczej niż w przypadku kontroli koncentracji na podstawie testu konkurencji (tu: znaczącego utrudnienia skutecznej konkurencji, SIEC), ewaluacja koncentracji z punktu widzenia pluralizmu mediów odzwierciedla kluczową rolę, jaką media pełnią w demokracji i obejmuje rozważania w szerszym kontekście, a mianowicie służy ocenie czy ilość, znaczenie i różnorodność osób sprawujących kontrolę jest wystarczająca. Ocena pluralizmu mediów podejmowana w odniesieniu do „rozważań interesu publicznego mediów radiowo-telewizyjnych i mediów krzyżowych” (*broadcasting and cross media public interest considerations*) obejmuje:

- a) potrzebę zapewnienia w nich wystarczającego pluralizmu osób sprawujących kontrolę nad przedsiębiorstwami medialnymi służącymi odbiorcom w Wielkiej Brytanii lub na jej określonych obszarach (społecznościom lokalnym);
- b) potrzebę zapewnienia dostępności na całym obszarze Wielkiej Brytanii szerokiego odbioru radiowo-telewizyjnego, który (jako całość) jest wysokiej jakości oraz jest nastawiony na szeroką różnorodność gustów i interesów;

⁵⁴⁵ Zob. decyzję KE z 21.12.2010 r. w sprawie COMP/M.5932 *NewsCorp/BskyB* (Dz. Urz. UE 2011 C 37/5), dostępna na http://ec.europa.eu/comm/competiton/mergers/cases/decisions/m5932_en.pdf; zob. także Commission Press Release IP/10/1767, Brussels, 21.12.2010 r.

⁵⁴⁶ European Intervention Notice given pursuant to section 67 of Enterprise Act 2002 – anticipated acquisition of British Sky Broadcasting plc by News Corporation, dostępna na <http://www.bis.gov.uk/assets/biscore/business-law/docs/b/bsky-intervention-notice-nov-2010.pdf>.

⁵⁴⁷ Zgodnie z art. 58 brytyjskiej ustawy o przedsiębiorstwie z 2002 r.

c) potrzebę zapewnienia, żeby osoby władające przedsiębiorstwami medialnymi i kontrolujące je dawały rzeczywistą gwarancję osiągania celów jakościowych określonych w art. 319 ustawy o łączności z 2003 r. (np. bezstronności wiadomości, smaku i przyzwoitości [*decency*])⁵⁴⁸.

Test ten ma szansę stania się prawną podstawą interwencji każdego państwa członkowskiego w badane przez KE zamiary transgranicznych koncentracji o wymiarze unijnym, ale może też być stosowany w Wielkiej Brytanii i w innych państwach europejskich do oceny transakcji koncentracyjnych w mediach audiowizualnych mających tylko wymiar krajowy. Zgodnie z zasadą wyłączności kompetencji, decydujące znaczenie mają tu jednak krajowe ustawy o ochronie konkurencji i/lub ustawy radiowo-telewizyjne. Wzajemne relacje między tymi ustawami w państwach członkowskich UE (EOG) są różne, m.in. w zakresie miejsca uregulowania testu konkurencji i kompetencji do jego stosowania w tym sektorze. Także w tych państwach można mówić o modelu dominacji prawa ochrony konkurencji oraz modelu zbudowanego na wyraźnym podziale kompetencji i odpowiedzialności między organy stosujące ww. ustawy.

Model, w którym **specjalny test interesu publicznego** jest uwzględniany w ramach generalnej oceny zamierzonych koncentracji dokonywanej **na gruncie prawa ochrony konkurencji przez organ ochrony konkurencji**, lecz z udziałem (przy współpracy) innych organów administracji politycznej i/lub regulacyjnej (model dominacji prawa ochrony konkurencji), realizowany jest w Austrii, Irlandii i Wielkiej Brytanii. Austriacka ustawa kartelowa z 2005 r. przewiduje **specjalną kontrolę koncentracji medialnych**⁵⁴⁹. Sąd Kartelowy może bowiem zakazać takiej koncentracji nie tylko na podstawie testu konkurencji, ale także wtedy, gdy można oczekiwać, że wywrze ona negatywny wpływ na zróżnicowanie mediów (*media diversity*) w Austrii, rozumiane jako środek różnicowania niezależnych przedsiębiorstw medialnych, dzięki którym zapewnione jest przekazywanie wiadomości uwzględniające różne opinie⁵⁵⁰. Także koncentracje medialne, które podlegają jurysdykcji unijnej (art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004), są oceniane przez władze austriackie z uwagi na ich skutek dla pluralizmu mediów (*plurality of media*)⁵⁵¹. Zróżnicowanie mediów/pluralizm mediów (m.in. zmiany własnościowe) są

⁵⁴⁸ Ofcom guidance for the public interest for media mergers, pkt 17.

⁵⁴⁹ Art. 8 austriackiej federalnej ustawy kartelowej z 2005 r.; zob. także federalną ustawę o utworzeniu Federalnego Urzędu Kartelowego z 2002 r.

⁵⁵⁰ Art. 42c ust. 5 oraz art. 13, art. 35 ust. 2 a austriackiej federalnej ustawy kartelowej; zob. także F. Urlsberger, S. Stegbauer, *Austria* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 33; *Austria* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 19: April 2010, s. 4–8.

⁵⁵¹ Zob. A. Reidlinger, A. Zellhofer, *Austria* [w:] *Merger Control 2008*, s. 46.

także elementem badania na gruncie ustaw radiowej i telewizyjnej przez KOMM Austria w postępowaniu w sprawie przyznania lub cofnięcia koncesji. KOMM Austria nie pełni jednak żadnej roli w postępowaniach w sprawach koncentracji medialnych przed BWB i Sądem Kartelowym; BWB i KOMM Austria wymieniają się jednak informacjami i opiniami⁵⁵². Również w Irlandii sektor mediów jest jedynym sektorem, w którym od dawna stosuje się inne reguły niż w przypadku pozostałych sektorów. Reguły te zawarte są jednak w ustawie o konkurencji⁵⁵³. Od 2007 r. przewidują one, że koncentracje w sferze działalności medialnej (w publikacji gazet lub czasopism składających się przede wszystkim z wiadomości i komentarzy o sprawach bieżących, w usługach radiowo-telewizyjnych i usługach platform radiowo-telewizyjnych) muszą być zgłaszane do Urzędu ds. Konkurencji i są przez ten urząd badane w dwufazowym postępowaniu. Jeżeli w pierwszej fazie badania Urząd ds. Konkurencji stwierdzi, że koncentracja jest dopuszczalna na podstawie testu konkurencji, Minister Przedsiębiorczości, Handlu i Zatrudnienia może skierować ją do dogłębnego zbadania w drugiej fazie postępowania. Jeżeli Urząd (po zakończeniu tej fazy) w dalszym ciągu będzie uznawał koncentrację za dopuszczalną, Minister może zakazać jej dokonania lub wyrazić warunkową zgodę na jej dokonanie. Decyzja Ministra musi bazować na następujących, określonych w ustawie kryteriach: siła i konkurencyjność miejscowych (*indigenous*) mediów, pluralizm własnościowy mediów, w tym ich poszczególnych rodzajów, pluralizm poglądów wyrażanych w mediach oraz udział w rynku krajowym uczestników koncentracji i podmiotów w nich zaangażowanych. Minister nie może natomiast wyrazić zgody na koncentrację medialną, której dokonania Urząd zakazał⁵⁵⁴.

Z powyższej analizy spraw związanych ze stosowaniem na gruncie prawa UE klauzuli „uprawnionych interesów” (art. 21 ust. 4 rozp.139/2004), wynika, że Wielka Brytania należy do krajów, w których regulacja prawna kryteriów i procedur oceny koncentracji w sektorze audiowizualnym jest szczególnie szeroka, a praktyka bogata. W Wielkiej Brytanii bowiem istnieje nie tylko odrębna ustawa radiowo-telewizyjna (*Broadcasting Act*), ale także szczególny reżim kontroli koncentracji w sektorze mediów, zwanych fuzjami prasowymi (*press mergers*), w ramach ustawy o przedsiębiorstwie⁵⁵⁵. Ta ostatnia przyznaje Ministrowi ds. Gospodarki, Innowacji i Kwalifikacji prawo ingerencji

⁵⁵² Zob. *Austria* [w:] OECD Policy Roundtables, Media mergers 2003, s. 182.

⁵⁵³ Art. 23 irlandzkiej ustawy o konkurencji z 2002 r.

⁵⁵⁴ Tamże; zob. także G. FritzGerald, D. Collins, Ph. Andrews, *Ireland* [w:] *Merger Control* 2008, s. 182, 183–184; OECD Policy Roundtables, Media mergers 2003, s. 249–251.

⁵⁵⁵ Tak było także pod rządami w ramach Fair Trading Act 1973; por. T. Skoczny, *Brytyjskie prawo konkurencji*, Warszawa 1992, s. 93 i d.

w postępowania w sprawach koncentracji. Może on, korzystając z przyznanego mu uprawnienia, najpierw skierować sprawę do Komisji Konkurencji, a następnie wydać decyzję bazującą na teście interesu publicznego, m.in. w celu zapewnienia „prawidłowej prezentacji wiadomości w prasie; wolnego wyrażania opinii w prasie; wystarczającego pluralizmu poglądów w prasie; wystarczającego pluralizmu osób kontrolujących przedsiębiorstwa medialne (tzw. test pluralizmu); dostępności szerokiej skali nadawców radiowych i telewizyjnych gwarantujących wysoką jakość i odwołujących się do szerokiej różnorodności testów i interesów; istnienia osób prowadzących lub kontrolujących przedsiębiorstwa medialne, które zapewniają standardy i cele określone w art. 319 ustawy o łączności⁵⁵⁶.

W pozostałych państwach europejskich występuje najczęściej **model podziału kompetencji** między organy ochrony konkurencji i regulatora sektorowego. W sposób najbardziej wyraźny został on ukształtowany w Niemczech, gdzie stworzone zostały aż trzy instytucje prawne umożliwiające kontrolę koncentracji w mediach. Po pierwsze, koncentracje nadawców radiowych i telewizyjnych, tak jak wszelkie inne, podlegają zgłoszeniu do Federalnego Urzędu Kartelowego i są przez ten organ oceniane na podstawie testu powstania lub wzmocnienia pozycji dominującej; zróżnicowanie opinii i jakość mediów nie są uwzględniane w tym postępowaniu. Od 1999 r. do koncentracji w sektorze radiowo-telewizyjnym ma jednak zastosowanie tzw. klauzula prasowa, obniżająca kryteria zgłoszeń. Po drugie, tak jak we wszystkich sektorach gospodarki, także w przypadku koncentracji w mediach, Federalny Minister Gospodarki może uchylić zakaz koncentracji wydany przez Federalny Urząd Kartelowy, jeżeli ograniczenie konkurencji jest zrównoważone przez korzyści dla całej gospodarki lub usprawiedliwione przez inny nadrzędny interes publiczny⁵⁵⁷. Komisja ds. Monopoli i liczni eksperci uważają, że kontrola koncentracji może w wystarczający sposób zapewnić zróżnicowanie opinii (*diversity of opinion*). Po trzecie, niezależnie od generalnej kontroli koncentracji, od 1997 r. funkcjonuje w Niemczech szczególna kontrola własności w sektorze mediów prywatnych, mająca na celu ograniczanie koncentracji w sektorze prywatnych stacji telewizyjnych; jej podstawę stanowi państwowa umowa w sprawie radiofonii i telewizji zawarta między krajami związkowymi (Länder), do kompetencji których należy ustawodawstwo radiowo-telewizyjne⁵⁵⁸. Na gruncie tej umowy utwo-

⁵⁵⁶ Communications Act 2003; zob. N. French, A. Jones, M. McElwee, *United Kingdom* [w:] *Merger Control 2010*, s. 382.

⁵⁵⁷ Art. 42 ust. 1 pkt 1 niemieckiej ustawy kartelowej z 1957 r.

⁵⁵⁸ Tamże; chodzi tu o umowę zawartą w 1997 r. między krajami związkowymi (Bundesländer); zob. Rundfunkstaatsvertrag (National Broadcasting Treaty) (RSTV).

rzona została Komisja (KEK) która może podejmować kroki w sytuacji, gdy pojedynczy nadawca⁵⁵⁹ uzyskuje dominujący wpływ na opinię publiczną w telewizji (domniemanie 30%), nawet wtedy, gdy dzieje się to w drodze wzrostu wewnętrznego. Ten system kontroli koncentracji nie jest uważany za efektywny, ale Federalny Trybunał Konstytucyjny potwierdził prawo krajów związkowych do podejmowania pozytywnych kroków w celu zapewnienia różnorodności opinii. Uznał także za właściwy system kontroli koncentracji na bazie testu konkurencji⁵⁶⁰. Również we Francji istnieją szczególne ustawy regulujące koncentracje w prasie i mediach audiowizualnych. Są one stosowane dodatkowo do generalnych reguł kontroli koncentracji. Prawo o wolności komunikacji⁵⁶¹ stanowi, że w sektorze audiowizualnym osoba (*person*), która uzyskuje ponad 10% kapitału przedsiębiorstwa posiadającego licencje telewizyjną musi w ciągu miesiąca poinformować o tym CSA (*audiovisual authority*). Ustawa ta zawiera także różne przepisy, których celem jest ograniczenie bezpośredniej lub pośredniej partycypacji kapitałowej stacji telewizyjnej przez jedną osobę, jak też akumulacji zezwoleń telewizyjnych w przypadku zarówno jednego środka komunikacji audiowizualnej, jak i wielu, czyli koncentracji w obszarze multimediiów⁵⁶².

Także w wielu innych „starych” państwach członkowskich UE istnieją regulacje szczególne dotyczące oceny koncentracji w mediach, w tym w mediach audiowizualnych, wykraczające poza ich ocenę na gruncie ekonomicznego testu konkurencji. Najdalej idzie w tym zakresie Grecja, gdzie istnieje ustawowy zakaz koncentracji w mediach, w których bierze udział przedsiębiorstwo o pozycji dominującej na rynku (w zależności od rodzaju medium – od 25% do 35% udziału w rynku), nawet jeśli nie powoduje ograniczenia konkurencji⁵⁶³. Także w Holandii koncentracje medialne mogą być zakazane mimo, że nie ograniczają konkurencji, jeżeli przekroczą określone progi⁵⁶⁴; pewne ograniczenia, dotyczące np. struktury transakcji lub

⁵⁵⁹ Niemiecka ustawa kartelowa z 1957 r. umożliwia Federalnemu Urzędowi Kartelowemu interwencję także w przypadku tworzenia lub wzmacniania pozycji dominujących oligopolistów; zob. *Germany* [w:] OECD Policy Roundtables, Media mergers 2003, s. 242.

⁵⁶⁰ Tamże, s. 243.

⁵⁶¹ Art. 38 ustawy No 86-1067 z 30.09.1986 r. o wolności komunikacji z 1986 r.; zob. L. Vogel, J. Vogel, *France* [w:] ICGI to: *Merger Control 2011*, s. 112.; zob. L. Vogel, J. Vogel, *France* [w:] ICGI to: *Merger Control 2011*, s. 112.

⁵⁶² Art. 39–41 ustawy o wolności komunikacji z 1986 r.; zob. L. Vogel, J. Vogel, *France* [w:] ICGI to: *Merger Control 2011*, s. 112.

⁵⁶³ Zob. grecką ustawę o mediach (3592/2007); zob. także E. Bourtzalas, *Greece* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 132.

⁵⁶⁴ Zob. S. Beeston, F. van de Jagt, *Netherlands* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 210 i 212.

własności, występują także w Danii⁵⁶⁵. W Portugalii nabycie akcji lub udziałów w spółkach medialnych wymaga zgłoszenia do regulatora sektorowego; jeżeli taka koncentracja jest zgłoszona także do Urzędu ds. Konkurencji, regulator sektorowy musi wydać wiążącą opinię (która skutecznie zablokuje koncentrację, nawet jeśli nie powoduje negatywnych skutków dla konkurencji), jeżeli grozi ona wolności wypowiedzi lub pluralizmowi w mediach⁵⁶⁶. We Włoszech szczególnego zgłoszenia do regulatora sektorowego wymagają także koncentracje w sektorze dystrybucji i wyświetlania filmów (jeżeli prowadzą do udziału w rynkach właściwych ponad 25%) oraz koncentracyjne transakcje w sektorach mediów audiowizualnych, multimediów i wydawnictw. Zgodnie z art. 20 ustawy Urząd ds. Konkurencji ma obowiązek konsultacji z regulatorami sektorowymi w ubezpieczeniach i bankowości oraz mediach, wydawnictwa i telekomunikacji.

Sytuacja jest podobna w „nowych” państwach członkowskich UE. Kwestie nie związane z konkurencją (*non-competition issues*) są uwzględniane w odrębnych w postępowaniach mających swoje podstawy w ustawodawstwie regulacyjnym (w tym przez ustawy o radiofonii i telewizji) przez regulatorów sektorowych, od których wymagana jest dodatkowa zgoda na dokonanie koncentracji (na Węgrzech czy w Słowenii)⁵⁶⁷. W Słowenii np. ustawa o ochronie konkurencji ma zastosowanie do koncentracji wydawców mediów publicznych, jeżeli przekroczone są progi dopuszczalności kontroli ustanowione w przepisach tej ustawy. Jednakże ustawa o mediach zawiera pewną ilość szczególnych ograniczeń. Co do zasady, zakazuje ona koncentracji między posiadaczami dzienników, stacji radiowych i nadawców telewizyjnych (*cross media*). Ponadto, każda koncentracja w sektorze mediów musi uzyskać zgodę Ministra Kultury przed jej dokonaniem, niezależnie od udziału wydawcy w rynku. Zgodnie z jej art. 58 ust. 3 Minister Kultury odmawia zgody na dokonanie koncentracji, jeżeli jej skutkiem jest pozycja dominująca koncentrujących się wydawców na rynku mediów lub na rynku reklam. Zakłada się, że pozycja dominująca na rynku mediów istnieje, gdy pokrycie analogowego naziemnego sygnału radiowego osiąga 15% wszystkich radiosłuchaczy ub analogowego naziemnego sygnału telewizyjnego wynosi 30% lub udział w rynku dzienników osiąga 40% rynku krajowego. Zgoda Ministra Kultury jest wymagana na nabycie ponad 20% udziałów lub praw głosu w jakimkolwiek wydawcy programów radiowych

⁵⁶⁵ Zob. H. Peytz, B. Schiønning, *Denmark* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 87.

⁵⁶⁶ Zob. C. Bothelo Moniz, P. de Gouveia e Melo, *Portugal* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 240.

⁵⁶⁷ Zob. F. Urlesberger, A. Turi, *Hungary* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 136 i 138.

lub telewizyjnych oraz na nabycie ponad 20% udziałów lub praw głosów w jakimkolwiek wydawcy prasy codziennej⁵⁶⁸.

Polska należy do krajów, których system kontroli koncentracji w mediach audiowizualnych nie może być jednoznacznie zaliczony do któregoś z ww. modeli. Z jednej strony bowiem, reguły prewencyjnej kontroli koncentracji określone w uokik z 2007 r. mają zastosowanie uniwersalne, czyli odnoszą się również do koncentracji w tym sektorze; zamiary koncentracji spełniające przesłanki jurysdykcyjne (art. 13–14 uokik z 2007 r.) muszą więc być zgłaszane Prezesowi UOKiK, który może, m.in. zakazać ich dokonania lub wydać którąś ze zgód szczególnych⁵⁶⁹. Z drugiej strony, ustawa o radiofonii i telewizji z 1992 r.⁵⁷⁰ nie tylko przyznaje Przewodniczącemu KRRiT prawo do odmowy udzielenia koncesji lub cofnięcia koncesji, jeżeli rozpowszechnianie programów przez wnioskodawcę mogłoby spowodować lub powoduje osiągnięcie przez wnioskodawcę czy nadawcę „pozycji dominującej w dziedzinie środków masowego przekazu” na danym terenie lub na rynku właściwym⁵⁷¹, ale także uzależnia możliwość przejścia uprawnień wynikających z koncesji na inny podmiot „w przypadku łączenia, podziału albo innego rodzaju przekształceń spółek handlowych” od zgody KRRiT wyrażonej w formie uchwały. Z ustawy tej wynika także wprost, że koncesja może być cofnięta a odmowa wyrażenia zgody na przejście uprawnień wynikających z koncesji następuje wtedy, gdy – po pierwsze – „nadawca osiągnie pozycję dominującą w dziedzinie środków masowego przekazu na danym rynku właściwym w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów” oraz – po drugie – „nastąpi przejście bezpośredniej lub pośredniej kontroli nad działalnością nadawcy”⁵⁷². Z tych samych, m.in. powodów Przewodniczący KRRiT nie udzieli zezwolenia na nabycie lub objęcie udziałów lub akcji, bądź nabycie prawa z udziałów lub akcji przez osobę zagraniczną (spoza EOG) w spółce, która posiada koncesję na rozpowszechnianie programu⁵⁷³. Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji i Przewodniczący KRRiT są więc organem kontroli koncentracji, podejmującym decyzję w sprawach przekształceń własnościowych i innych zmian w rozkładzie kontroli nad koncesjonowanymi spółkami medialnymi na podstawie

⁵⁶⁸ Zob. V. Kobe, Ch. Haid, *Slovenia* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 269–270.

⁵⁶⁹ Ani pod rządami uokik z 2000 r., ani pod rządami uokik z 2007 r. nie wydany został ani żaden zakaz, ani żadna decyzja nadzwyczajna lub warunkowa.

⁵⁷⁰ Ustawa z 29.12.1992 r. o radiofonii i telewizji (Dz. U. 1993, Nr 7, poz. 34 z późn. zm.); dalej: urit z 1992 r.

⁵⁷¹ Tamże, art. 36 ust. 2 pkt 2 oraz art. 37 ust. 23.

⁵⁷² Tamże, art. 37 ust. 2 pkt 3 i 4 oraz art. 38a ust. 3.

⁵⁷³ Tamże, art. 40 ust. 1.

testu konkurencji, którym jest – inaczej niż w przypadku uokik z 2007 r. – test pozycji dominującej. Specyfiką polskiego modelu rozwiązywania konfliktu między ekonomicznym testem konkurencji a nieekonomicznym testem pluralizmu w mediach jest więc oddanie regulatorowi sektorowemu (KRRiT i Przewodniczący KRRiT) kompetencji w zakresie oceny kiedy zamierzona koncentracja ma wpływ na poziom i strukturę konkurencji na medialnych rynkach właściwych. Ustawodawca odsyła wprawdzie regulatora do „przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów”, aczkolwiek przepisy te przewidują dzisiaj dokonywanie oceny zamierzonych koncentracji na podstawie testu istotnego ograniczania konkurencji, którego przykładowym przejawem jest test pozycji dominującej.

4.3. Reguły ostrożnościowe

W kluczowych państwach pozaeuropejskich, w tym w USA, a także w UE, w jej państwach członkowskich i w pozostałych państwach EOG, test interesu publicznego obejmuje często także ocenę wewnętrznych lub transgranicznych transakcji koncentracyjnych o wymiarze krajowym lub szerszym (unijnym w UE) z punktu widzenia wartości takich jak: dobro ogólne, dobro wspólne, określanych jako „reguły ostrożnościowe” (*prudential rules*). Zapewnienie reguł ostrożnościowych jest jednym z podstawowych celów ustawodawstwa regulującego prawidłowość funkcjonowania rynków finansowych. Zapewnienie przestrzegania tych reguł jest zadaniem krajowych organów regulacyjnych lub organów nadzorujących instytucje świadczące usługi finansowe (głównie banki, towarzystwa ubezpieczeniowe i domy maklerskie). Organy nadzorujące instytucje finansowe pełnią funkcje w zakresie regulowania własności i zarządzania tych podmiotów w celu zagwarantowania ich stabilności finansowej, głównie poziomu wypłacalności (*adequacy*), a w konsekwencji bezpieczeństwa wkładów i składek klientów tych podmiotów⁵⁷⁴. Inaczej niż w przypadku pluralizmu w mediach, w żadnym ze zbadanych porządków prawnych kontroli koncentracji, kwestie te nie są regulowane w ustawach o ochronie konkurencji i nie są nadzorowane przez organy ochrony konkurencji. W większości z nich zamierzone koncentracje w sektorze usług finansowych muszą być zgłaszane równocześnie do organów regulacji finansowej (ew. banków centralnych) i wymagają ich zgody (obok zgody organu konkurencji wydawanej na podstawie testu konkurencji).

W USA dokonane już fuzje i akwizycje instytucji finansowych (kredytowych, ubezpieczeniowych, inwestorów instytucjonalnych) są jurysdykcyjnie

⁵⁷⁴ Zob. R. Whish, *Competition Law*, s. 840.

wyłączone spod obowiązku zgłoszenia i poddania ocenie organów antytrustowych na podstawie art. 7 Ustawy Claytona. Organy te muszą zaakceptować „transakcje zawarte prawidłowo, czyli zgodnie z upoważnieniem” wydanym przez Komisję Papierów Wartościowych i Giełdy, która jest podstawową agencją federalną ds. rynków finansowych⁵⁷⁵. Natomiast prewencyjna ocena koncentracji w sektorze bankowym podlega w USA szczególnemu reżimowi prawnemu. Zgodnie z ustawą o fuzjach banków z 1966 r., nie można wyrazić zgody na fuzje i akwizycje, które „skutkowałyby monopolem (...) lub których skutkiem (...) mogłoby być istotne (...) osłabienie konkurencji”⁵⁷⁶; jest to zatem standard identyczny z tym, który znajduje zastosowanie do koncentracji niebankowych zgodnie z art. 7 Ustawy Claytona⁵⁷⁷. Jednakże ustawa o holdingach bankowych z 1956 r. przyznaje Zarządowi Rezerwy Federalnej kompetencję do zablokowania zamierzonego przejęcia przez holding bankowy banku, które może spowodować istotne skutki antykonkurencyjne, chyba że inne prawdopodobne skutki transakcji ewidentnie przeważają w interesie publicznym nad tymi efektami antykonkurencyjnymi⁵⁷⁸. Wymieniona wyżej ustawa o fuzjach banków z 1966 r. przewidywała jednakże, że agencje rządowe mogą wyrazić zgodę na transakcje, nawet jeśli są one antykonkurencyjne, jeżeli uznają, że nad antykonkurencyjnymi skutkami zamierzonej transakcji ewidentnie przeważają w interesie publicznym możliwe skutki koncentracji, które służą realizacji „*convenience and needs*” wspólnoty⁵⁷⁹; ciężar dowodu na spełnienie przesłanek tej obrony leży po stronie uczestników koncentracji⁵⁸⁰. Test „*convenience and needs*” jest czymś więcej niż bankowym odpowiednikiem argumentu efektywnościowego rozważanego przez sądy federalne i agencje rządowe w analizie fuzji niebankowych⁵⁸¹; nawet wtedy bowiem, gdy regulator bankowy stwierdzi spełnienie testu „*convenience and needs*” i wyrazi zgodę na

⁵⁷⁵ Zob. W.T. Miller, D.I. Baker, *United States of America* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 14: September 2007, s. 64-6.

⁵⁷⁶ Bank Merger Act of 1966 12 U.S.C. §§ 1828(c)(5)(A)-(B).

⁵⁷⁷ Zob. także wyrok w sprawie *United States v. Third National Bank*, 390 U.S. 171, 181-182 (1968), stwierdzający wyraźnie, że ustawa o fuzjach banków z 1966 r. nie miała na celu zmiany standardu § 7 Ustawy Claytona.

⁵⁷⁸ Bank Holding Company Act of 1956 12 U.S.C. § 1842(c).

⁵⁷⁹ 12 U.S.C. § 1828(c)(5) i 12 U.S.C. § 1842(c)(1)(B).

⁵⁸⁰ Zob. wyrok w sprawie *United States v. First City National Bank*, 386 U.S. 361 (1967); zob. także W.T. Miller, D.I. Baker, *United States of America* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 14: September 2007, s. 64-83.

⁵⁸¹ Nie jest także odpowiednikiem obrony argumentem upadającej firmą; zob. wyrok w sprawie *United States v. Third National Bank*, 390 U.S. 182, 190; zob. szerzej W.T. Miller, D.I. Baker, *United States of America* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 14: September 2007, s. 64-83.

daną koncentrację, Ministerstwo Sprawiedliwości może zwrócić się o niedopuszczenie do transakcji do sądu federalnego⁵⁸², który bada te transakcje od nowa w oparciu o te same przesłanki, które zastosowała agencja; także w tym przypadku ciężar dowodu leży po stronie banków biorących udział w transakcji⁵⁸³. Każda fuzja bankowa jest więc analizowana zawsze przez właściwą regulacyjną agencję bankową oraz przez Ministerstwo Sprawiedliwości⁵⁸⁴.

Także w Kanadzie, równolegle do oceny koncentracji na podstawie testu konkurencji, zamierzone koncentracje w sektorach federalnych usług finansowych wymagają ministerialnej zgody opartej na kryteriach szerszej rozumianego interesu publicznego; ocena tych koncentracji przez Komisarza ds. Konkurencji ma tylko charakter doradczy. Trybunał Konkurencji nie może więc wydać zarządzenia dotyczącego takiej koncentracji, jeżeli federalny Minister Finansów⁵⁸⁵ zaświadczył, że dana koncentracja będzie w interesie publicznym. W Meksyku koncentracje dokonywane w sektorze usług bankowych tylko w ograniczonym zakresie, wymagają dodatkowo zgody stosownych organów⁵⁸⁶. W Brazylii trwa spór jurysdykcyjny między CADE a Bankiem Centralnym dotyczący sektora bankowego⁵⁸⁷. W Japonii w przypadku nabywania akcji banków lub towarzystw ubezpieczeniowych, Komisja ds. Uczciwego Handlu musi skonsultować swoje decyzje z Agencją Usług Finansowych. Ponadto, fuzje i akwizycje niektórych banków i towarzystw ubezpieczeniowych wymagają odrębnych zgód Agencji Usług Finansowych na podstawie ustawy bankowej lub ustawy ubezpieczeniowej. Interes publiczny inny niż ochrona konkurencji bierze się tu zatem pod uwagę tylko w ramach procedur regulacyjnych⁵⁸⁸. Także w Korei fuzje i akwizycje w pewnych sektorach, w tym w sektorze usług finansowych, są regulowane raczej przez

⁵⁸² Zob. wyroki w sprawach: *United States v. First National State Bancorp*, 479 F. Supp. 1339 (D.N.J. 1979); *United States v. First National Bank of Maryland*, 310 F. Supp. 157 (D. Md. 1970); *United States v. Provident National Bank*, 280 F. Supp. 1 (E.D. Pa. 1968); zob. także W.T. Miller, D.I. Baker, *United States of America* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 14; September 2007, s. 64–83.

⁵⁸³ Zob. wyrok w sprawie *United States v. First National Bancorp*, 499 F. Supp. 793, 816–817 (D.N.J. 1980).

⁵⁸⁴ Zob. także W.T. Miller, D.I. Baker, *United States of America* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 14; September 2007, s. 64–83.

⁵⁸⁵ Zob. art. 94(b) kanadyjskiej ustawy o konkurencji z 1985 r. oraz kanadyjską ustawę o bankach (Bank Act of 2001); zob. także J.W. Rowley, J.F. Clifford, M. Opashinov, *Canada* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 14; September 2007, s. 9–82.

⁵⁸⁶ Zob. G. Castañeda, *Mexico* [w:] *Merger Control 2008*, s. 242; G. Castañeda, *Mexico* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 15; April 2008, s. 42–6, 42–40.

⁵⁸⁷ Zob. J. Regazzini, M. Calliari, *Brazil* [w:] *Merger Control 2010*, s. 69.

⁵⁸⁸ Zob. A. Uesugi, K. Yamada, *Japan* [w:] *Merger Control 2008*, s. 205.

organy regulacyjne niż przez Koreańską Komisję ds. Uczciwego Handlu⁵⁸⁹. W Indiach koncentracje w sektorze bankowym podlegają ocenie przez Bank Centralny Indii⁵⁹⁰. Również w RPA koncentracje w sektorze bankowym są aktualnie kontrolowane na podstawie reguł generalnych. Jednakże, w pilnych sytuacjach Minister Finansów może wyrazić zgodę na fuzje bankowe ze względu na interes publiczny (np. przejęcie upadającego banku)⁵⁹¹.

Reguły ostrożnościowe zostały uznane przez art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 i są uznawane przez art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004 za trzeci *ex lege* „uprawniony interes” państw członkowskich UE, który uprawnia władze publiczne tych państw do interwencji w sprawy transgranicznych koncentracji o wymiarze unijnym, prowadzone przez KE. W nocie interpretacyjnej do rozp. 4064/89 KE wyraźnie stwierdziła, że odnoszą się one „w szczególności do usług finansowych”, że ich stosowanie „jest normalnie powierzone podmiotom nadzorującym banki, firmy maklerskie i towarzystwa ubezpieczeniowe” i że reguły te mają gwarantować „przykładowo dobrą reputację osób fizycznych [zarządzających tymi instytucjami], przejrzystość dokonywanych przez nie transakcji, wypłacalność instytucji finansowych”⁵⁹²; w świetle tej interpretacji było od początku jasne, że władze krajowe mogą np. zapobiec przejęciu banku przez firmę, która nie spełnia wymogów wypłacalności kapitałowej⁵⁹³. Już wtedy KE podkreśliła także, że te „szczególne reguły ostrożnościowe są też przedmiotem wysiłków nacełowanych na minimalny poziom harmonizacji, podejmowanych dla zapewnienia jednolitych „reguł gry” w całej Wspólnocie”⁵⁹⁴. W dalszych latach wysiłki te doprowadziły do uchwalenia wielu dyrektyw harmonizacyjnych dotyczących działalności banków, towarzystw ubezpieczeniowych oraz instytucji pieniądza elektronicznego, które zapewniły więcej niż minimalny poziom harmonizacji reguł ostrożnościowych w UE⁵⁹⁵. Jak się podkreśla w literaturze, reguły ostrożno-

⁵⁸⁹ Zob. J.S. Hur, Sai Ree Yun, *Korea* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 20: August 2010, s. 33-30/31.

⁵⁹⁰ Zob. A. Hitale, A. Chitale, *India* [w:] *Merger Control 2008*, s. 171.

⁵⁹¹ Zob. R. Legh, T. Dini, *South Africa* [w:] *Merger Control 2008*, s. 310-311.

⁵⁹² Zob. Notes on Council Regulation (EEC) 4064/89. Commission of the European Communities. Bulletin of the European Communities. Supplement 2/90, s. 25; zob. też decyzja w sprawie IV/M.1616 (M.1724) *BSCH/A.Champalimaud*, http://ec.europa.eu/como/competititon/mergers/cases/decisions/m1724_19990720_1290_en.pdf

⁵⁹³ Por. Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, s. 689.

⁵⁹⁴ Zob. Notes on Council Regulation (EEC) 4064/89, s. 25.

⁵⁹⁵ Zob. dyrektywa 2002/93/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 5.11.2002 r. (Dz. Urz. WE 2002 L 345/1); dyrektywa 2006/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 14.06.2006 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje kredytowe (Dz. Urz. WE 2006 L 177/1); dyrektywa 2009/110/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 16.09.2009 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności przez insty-

ściowe jako interes uprawniony państw członkowskich, umożliwiającą skorzystanie z wyjątku od zasady wyłączności KE do oceny transgranicznych koncentracji o wymiarze unijnym (z art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004) muszą być rozumiane wąsko, jako szczególnie przedmiot nadzoru nad działalnością instytucji finansowych; nie mogą więc odnosić się np. do ponadsektorowych zasad nadzoru podatkowego czy zasad nadzoru w innych sektorach (np. komunikacji elektronicznej)⁵⁹⁶.

Pierwszym przypadkiem skorzystania z możliwości stworzonej przez art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 była sprawa koncentracji *Sun Alliance/Royal Insurance (1996)*, polegającej na całkowitym połączeniu dwóch brytyjskich – acz działających globalnie – przedsiębiorstw ubezpieczeniowych – Sun Alliance Group oraz Royal Insurance Holdings. Wyrażając zgodę na dokonanie tej koncentracji na podstawie art. 6 ust. 1 lit. b rozp. 4064/89⁵⁹⁷, KE przyznała, że władze brytyjskie mają prawo poddać tę koncentrację zbadaniu na podstawie krajowego ustawodawstwa ubezpieczeniowego⁵⁹⁸, służącego ochronie interesów ubezpieczonych⁵⁹⁹, w zakresie stopnia spełniania wymogów stawianych zarządzającym towarzystwami ubezpieczeniowymi⁶⁰⁰. W świetle tego ustawodawstwa, wszelkie zmiany w rozkładzie kontroli w sektorze ubezpieczeń wymagają zgody i podlegają nadzorowi organów nadzoru ubezpieczeniowego (Dep. Handlu i Przemysłu) w interesie ubezpieczonych. W sytuacji, gdy taka zmiana ma nastąpić, organ ten musi, m.in. rozważyć czy przyszły kontrolujący towarzystwo ubezpieczeniowe jest osobą „właściwą” („*fit and proper*”) i czy spełnione są kryteria „uczciwego i ostrożnego zarządzania” („*sound and prudent management*”).

tucje pieniądza elektronicznego oraz nadzoru ostrożnościowego nad ich działalnością, zmieniającą dyrektywę 2005/60/WE i 2006/83/WE oraz uchylającą dyrektywę 200/46/WE (Dz. Urz. UE 2009 L 267/7).

⁵⁹⁶ Zob. S. Dudzik, *Współpraca Komisji Europejskiej z organami ochrony konkurencji w sprawach koncentracji przedsiębiorstw*, s. 140.

⁵⁹⁷ Zob. decyzję KE z 18.06.1996 r. w sprawie IV/M.759 *Sun Alliance/Royal Insurance*; dostępną na http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m759_en.pdf (8.10.2011), Dz. Urz. WE 1996 C 225/12; zob. także XXVI Report on Competition Policy 1996, European Commission 1997, pkt 156, s. 67; C.J. Cook, C.S. Kerse, *EC Merger Control*, 2000, s. 242.

⁵⁹⁸ W sprawie tej zastosowano obowiązującą wtedy w Wielkiej Brytanii ustawę (Ustawa o Spółkach Ubezpieczeniowych Insurance Companies Act 1982 ze zmianami wynikającymi z dyrektyw ubezpieczeniowych UE).

⁵⁹⁹ Zob. C.J. Cook, C.S. Kerse, *EC Merger Control*, 2000, s. 240; M. Furse, *The Law of Merger Control in the EC and the UK*, s. 60.

⁶⁰⁰ Por. np. decyzję KE z 18.06.1996 w sprawie M.759 *Sun Alliance/Royale Insurance (1996)*. W sprawie tej zastosowano obowiązującą w Wielkiej Brytanii ustawę Insurance Companies Act 1982.

W żadnym innym przypadku państwa członkowskie nie zdołały skutecznie skorzystać z możliwości zablokowania koncentracji na podstawie art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 lub art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004, powołując się na „interesy uprawnione” w zakresie „reguł ostrożnościowych”. Jest tak przede wszystkim dlatego, że w sektorze usług finansowych stale rośnie poziom regulacji unijnej, a w konsekwencji KE coraz dokładniej przygląda się próbom blokowania transgranicznych koncentracji o wymiarze unijnym w oparciu o ten „uznany interes uprawniony”. Można powiedzieć, że KE twardo sprzeciwia się stosowaniu tego przepisu do chronienia przez państwa członkowskie UE ich interesów konkurencyjnych (pozycji rynkowej ich instytucji finansowych)⁶⁰¹. Pierwszym przejawem tego stanowiska była decyzja KE w prezentowanej wyżej sprawie zamiaru transgranicznej koncentracji hiszpańskiej grupy bankowej Banco Santander Central Hispano (BSCH) i świadczących usługi finansowe przedsiębiorstw Portugalczyka A. Champalimaud (AC), której skutkiem było, m.in. przejście przez jej uczestników wspólnej kontroli nad towarzystwem ubezpieczeniowym Mundial Confiança. W sprawie *BSCH/A.Champalimand* portugalski Minister Finansów, chcąc zablokować zgłoszoną koncentrację o wymiarze wspólnotowym, dwukrotnie powoływał się na „reguły ostrożnościowe” wymienione *explicite* w art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89⁶⁰². Swą decyzję z dnia 18.06.1999 r. uzasadnił wątpliwościami, „czy szczególne warunki transakcji i sytuacja, jaką stworzy, gwarantują uczciwe i ostrożne [*sound and prudent*] zarządzanie towarzystwem ubezpieczeniowym Mundial Confiança i właściwy nadzór nad nim”. Komisja Europejska uznała jednak, że „reguły ostrożnościowe” nie były rzeczywistym powodem blokowania tej koncentracji.

Najnowszym przejawem twardego stanowiska KE w zakresie korzystania z reguł ostrożnościowych jako interesów uprawnionych państwa członkowskiego, była szeroko prezentowana wyżej sprawa Unicredito/Bayerische Hypo- und Vereinsbank (*Unicredito/BHV*), dotycząca transgranicznej koncentracji o wymiarze unijnym, obejmującej, m.in. połączenie polskich banków PKO S.A. i BPH S.A.⁶⁰³ W sprawie tej KE wyraziła zgodę na dokonanie koncentracji na podstawie art. 6 ust. 1 lit. b) rozp. 139/2004⁶⁰⁴. Nie uznała

⁶⁰¹ Zob. S. Mohamed, *National interests limiting...*, s. 248; J. Dermince, *Bank mergers in Europe. The Public Policy Issues*, Journal of Common Market Studies 2000, vol. 38(3), s. 409.

⁶⁰² Por. decyzję KE w sprawie IV/M.1616 *Banco Santander Central Hispano/A.Champalimand* (1999 i 2000); *BSCH/A. Champalimaud*, dostępną na http://ec.europa.eu/como/competition/mergers/cases/decisions/m1724_19990720_1290_en.pdf

⁶⁰³ Zob. szerzej pkt 2.3.2 niniejszego rozdziału.

⁶⁰⁴ Zob. decyzję KE z 18.10.2005 r. w sprawie COMP/M.3894 *Unicredito/HVB* (Dz. Urz. UE 2005 C 278/8); zob. też IP/05/1299.

powoływania się przez polskie władze na art. 21 rozp. 139/2004, m.in. dlatego, że nie wskazano żadnych akceptowalnych „interesów uprawnionych”, w tym nie powołano się na „reguły ostrożnościowe”. Nie pozostawiła ona jednak także żadnych wątpliwości, że nawet gdyby Polska powołała się formalnie na ten właśnie „interes uprawniony”, to Komisja Europejska i tak nie uznawała by tej interwencji za usprawiedliwioną, jako że rzeczywistym celem tej interwencji była próba ochrony konkurencji na rynkach usług bankowych, podczas gdy ocena transgranicznych koncentracji o wymiarze unijnym ze względu na warunki konkurencji należy do jej wyłącznej kompetencji.

Większość „starych” państw członkowskich UE dopuszcza możliwość zablokowania koncentracji o wymiarze krajowym na podstawie kryteriów interesu publicznego także w sektorach usług finansowych; dotyczy to, m.in. największych krajów UE. Wprost jest to uregulowane w brytyjskiej ustawie o przedsiębiorstwie; ustawa ta upoważnia bowiem Ministra do interwencji, m.in. wtedy, gdy koncentracja jest uwarunkowana „interesami w zapewnieniu stabilności systemu finansowego Wielkiej Brytanii”. W Niemczech, poza generalną możliwością wydania przez Ministra Gospodarki zgody nadzwyczajnej, w niektórych innych sektorach, w tym w usługach finansowych czy ubezpieczeniach, istnieją pewne dodatkowe wymagania wobec koncentracji⁶⁰⁵. Także we Francji istnieją szczególne ustawy regulujące koncentracje w bankowości i ubezpieczeniach; są one stosowane dodatkowo do generalnych reguł kontroli koncentracji. Wszelkie zmiany w podziale kapitału zakładowego instytucji kredytowych muszą być zgłaszane do Urzędu Kontroli Ostrożnościowej; zgody tego Urzędu wymaga każde bezpośrednie i pośrednie przejęcie lub wzrost udziału kapitałowego w instytucjach kredytowych⁶⁰⁶. Podobnie, nabycie akcji w towarzystwach ubezpieczeniowych wymaga zgody tego Urzędu po przekroczeniu określonych progów⁶⁰⁷.

Również w pozostałych „starych” państwach członkowskich UE koncentracje w sektorach usług finansowych wymagają zgłoszenia i z reguły zgody organu regulacyjnego dodatkowo do zgłoszenia i oceny organu ochrony konkurencji; tak jest np. w Austrii⁶⁰⁸, Danii⁶⁰⁹, Grecji⁶¹⁰, Irlandii, Hiszpanii, Holandii⁶¹¹, Portugalii i we Włoszech. Ten podział kompetencji

⁶⁰⁵ Zob. M. Rosenthal, *Germany* [w:] *ICG to: Merger Control 2011*, s. 120.

⁶⁰⁶ Art. R 511-12-1 Kodeksu Monetarnego Finansowego; L. Vogel, J. Vogel, *France* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 112 i 115.

⁶⁰⁷ Art. L 322-4 i R 322-1-1 Kodeksu Ubezpieczeń; L. Vogel, J. Vogel, *France* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 112 i 115.

⁶⁰⁸ Zob. A. Reidlinger, A. Zellhofer, *Austria* [w:] *Merger Control 2008*, s. 48.

⁶⁰⁹ Zob. H. Peytz, B. Schiønning, *Denmark* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 87.

⁶¹⁰ Zob. E. Bourtzalas, *Greece* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 128.

⁶¹¹ Zob. S. Beeston, F. van de Jagt, *Netherlands* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 210.

i odpowiedzialności między organy ochrony konkurencji a regulatory sektorowe dotyczy sektora usług bankowych (instytucji kredytowych i ubezpieczeniowych, a niekiedy także rynków obrotu papierami wartościowymi, np. w Portugalii). W Irlandii od dnia 2.10.2008 r., ustanowiono odrębne przepisy regulujące reguły kontroli koncentracji w sektorze usług finansowych, wykraczające poza koncentracje banków i towarzystw ubezpieczeniowych⁶¹². Również w Hiszpanii od 2009 r. Bank Centralny Hiszpanii autoryzuje koncentracje banków (głównie oszczędnościowych), będących odbiorcami pomocy publicznej w kryzysie⁶¹³. Oprócz wymogu dodatkowego zgłoszenia i zgody regulatora rynków finansowych, w niektórych krajach ustawy formułują obowiązek wzajemnych konsultacji między organami ochrony konkurencji a regulatorami sektorowymi czy zasięgnięcia opinii regulatora przez organ ochrony konkurencji prowadzący postępowanie w sprawie koncentracji instytucji finansowych (np. w Hiszpanii, Portugalii czy we Włoszech). Nie należy do rzadkości sytuacja, w której koncentracje na rynkach usług finansowych podlegają różnym regułom szczególnym. W Portugalii są to następujące reguły szczególne⁶¹⁴: (1) w sektorach regulowanych, w tym w bankowości i usługach finansowych, rynków papierów wartościowych, ubezpieczeń, Urząd zasięga niewiążących opinii regulatorów; (2) w niektórych sektorach regulowanych, koncentracje muszą uzyskać odrębną zgodę regulatora: (a) w sektorze ubezpieczeń – przekroczenie określonych wielkości zaangażowania kapitałowego wymaga zgłoszenia do regulatora, który może nie zezwolić na koncentracje, jeżeli nie zostanie zapewnione zarządzanie towarzystwem zgodnie z regułami ostrożnościowymi; (b) w bankowości – instytucjom kredytowym nie wolno uzyskać ponad 25% głosów w spółkach niefinansowych; tego rodzaju transakcja nie stanowi „koncentracji” w rozumieniu ustawy; (c) w zakresie spółek notowanych na giełdzie (*listed companies*), które podlegają kontroli regulatora sektorowego – musi on być informowany o operacjach. We Włoszech Urząd ds. Konkurencji musi także konsultować się z regulatorami sektorowymi w ubezpieczeniach i bankowości. W przypadku koncentracji z udziałem banków i grup bankowych, Bank Centralny Włoch może także wystąpić do Urzędu ds. Konkurencji i Rynków o wyrażenie zgody na koncentrację, która tworzy lub umacnia pozycję dominującą w interesie stabilności jednego lub więcej uczestników koncentracji; zgoda taka nie może jednak

⁶¹² Zob. H. Kelly, *Ireland* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 150.

⁶¹³ Zob. R. García-Gallardo, M. Arias Díaz, *Spain* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 289.

⁶¹⁴ Zob. C. Bothelo Moniz, P. de Gouveia e Melo, *Portugal* [w:] *ICLG to: Merger Control 2011*, s. 240.

obejmować ograniczeń konkurencji, które nie są konieczne dla realizacji wskazanych celów⁶¹⁵.

Podobne rozwiązania znajdują zastosowanie także w większości „nowych” państw członkowskich UE. W Czechach koncentracje w sektorze usług finansowych wymagają dodatkowych akceptacji Czeskiego Banku Narodowego⁶¹⁶. Również na Słowacji w przypadku koncentracji bankowych i ubezpieczeniowych konieczna jest dodatkowo zgoda Banku Centralnego⁶¹⁷. Na Węgrzech kwestie nie związane z konkurencją (*non-competition issues*) są uwzględniane przez regulatorów sektorowych (np. przez urząd nadzoru finansowego) w odrębnych postępowaniach mających swoje podstawy w ustawodawstwie regulacyjnym⁶¹⁸. Ustawodawstwo to przewiduje – w określonych przypadkach – konieczność uzyskania, poza zgodą Urzędu ds. Konkurencji, dodatkowo także zgody odpowiedniego regulatora sektorowego⁶¹⁹. Jak już wskazano, w Słowenii niektóre ustawy sektorowe (o funduszach inwestycyjnych, bankowości, ubezpieczeniach) zawierają pewne ograniczenia (np. dodatkowe wymogi/podstawy odmowy zgody na koncentracje) w przypadku akwizycji przez inwestorów z państw nie będących członkami UE w przedsiębiorstwa słoweńskie⁶²⁰.

4.4. Inne interesy publiczne

Jak wynika z dokonanego wyżej przeglądu podstaw prawnych stosowania w postępowaniach w sprawach koncentracji innych niż ochrona konkurencji kryteriów interesu publicznego, we wszystkich badanych porządkach prawnych występują rozwiązania, które umożliwiają zablokowanie koncentracji także z innych względów publicznych. Poza możliwością zablokowania transakcji koncentracyjnych polegających na przejęciu przez przedsiębiorstwo z innego kraju kontroli nad firmą krajową, co może dotyczyć koncentracji dokonywanych we wszystkich możliwych sektorach, aczkolwiek dotyczy głównie tych, które są przedmiotem ochrony ze względu na interesy militarne (np. w przemyśle zbrojeniowym) lub na gruncie „interesów uprawnionych” (np. energetyce, mediach audiowizualnych czy usługach finansowych), możliwe jest także zablokowanie koncentracji na bazie kryteriów niezwiązanych

⁶¹⁵ Art. 20 ust. 5-bis pkt b i ust. 5-ter włoskiej ustawy o konkurencji i wolnym handlu z 1990 r.

⁶¹⁶ Zob. M. Nedelka, R. Kubáč, *Czech Republic* [w:] *Merger Control 2011*, s. 81.

⁶¹⁷ Zob. M. Nedelka, M. Vogl, *Slovakia* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 264.

⁶¹⁸ Zob. F. Urlesberger, A. Turi, *Hungary* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 138.

⁶¹⁹ Zob. F. Urlesberger, A. Turi, *Hungary* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 136.

⁶²⁰ Zob. V. Kobe, Ch. Haid, *Slovenia* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 269.

z konkurencją we wszystkich sektorach, które były kiedyś zmonopolizowane i działały w ramach własności publicznej. W sektorach takich, głównie w energetyce, telekomunikacji, usługach pocztowych czy w transporcie wciąż istnieją regulacje sektorowe i działają regulatorzy sektorowi, którzy są – wyłącznie lub dodatkowo – uprawnieni do oceny koncentracji na gruncie interesu publicznego określonego w tych ustawach, a w konsekwencji do dopuszczenia koncentracji, mimo że może ona powodować skutki antykonkurencyjne; tylko wyjątkowo możliwe jest odstępianie od zakazu koncentracji na gruncie innych niż ochrona konkurencji interesów publicznych przez organ ochrony konkurencji (tak jak w Polsce).

Jak już wskazano, w USA możliwość zablokowania koncentracji w innych sektorach niż omawiane powyżej, może się dokonać tylko na gruncie priorytetu interesu publicznego. Dotyczy to transakcji z udziałem przewoźników kolejowych, które podlegają ocenie Zarządu Transportu Naziemnego⁶²¹, oraz koncentracji, które są „transakcjami zawartymi prawidłowo, czyli zgodnie z upoważnieniem” wydanym przez Ministra Transportu (w sektorze transportu lotniczego), Komisję Morską Stanów Zjednoczonych (w sektorze transportu morskiego), Federalną Komisję Łączności (w sektorze telekomunikacji) i Federalną Komisję Energetyczną (w energetyce), a zatem które są wyłączone spod zakazu ankonkurencyjnych fuzji i akwizycji na podstawie art. 7 *in fine* Ustawy Claytona.

Także w innych państwach pozaeuropejskich istnieją ustawy (z reguły inne niż te, które mają na celu ochronę konkurencji), które tworzą **podstawę do niedopuszczenia do dokonania koncentracji niepowodujących istotnego ograniczenia konkurencji**, ale naruszających inne interesy publiczne. W krajach tych znane są w tym zakresie dwa rozwiązania: **szeroka klauzula interesu publicznego** (np. w Australii i Nowej Zelandii) lub/oraz **szczególna regulacja sektorowa**, która wyłącza spod oceny na gruncie testu konkurencji lub wymaga oceny dodatkowej na gruncie innych testów publicznych. Dotyczy to najczęściej sektorów takich jak: transport (np. w Meksyku⁶²², Australii⁶²³ i Kanadzie), telekomunikacja (np. w Australii⁶²⁴, Meksyku⁶²⁵, Brazylii⁶²⁶,

⁶²¹ Nie dotyczy już np. przewoźników lotniczych; zob. 49 U.S.C. §§ 1828(c)(6) i (7), 1849(b); zob. także W.T. Miller, D.I. Baker, *United States of America* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 14: September 2007, s. 64-6.

⁶²² Zob. G. Castañeda, *Mexico* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 15: April 2008, s. 42-6, 42-40.

⁶²³ Zob. C. Oddie, P. Ryan, *Australia* [w:] *Merger Control 2008*, s. 38.

⁶²⁴ Zob. C. Oddie, P. Ryan, *Australia* [w:] *Merger Control 2008*, s. 38.

⁶²⁵ Zob. G. Castañeda, *Mexico* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 15: April 2008, s. 42-6, 42-40.

⁶²⁶ Zob. J. Regazzini, M Calliari, *Brazil* [w:] *Merger Control 2010*, s. 68.

Korei⁶²⁷, Indiach i Japonii) energetyka (w Brazylii⁶²⁸ i Meksyku). Jeśli chodzi o sektor **transportu**, najbardziej charakterystyczne są rozwiązania kanadyjskie. W kraju tym – równolegle do oceny koncentracji na podstawie testu konkurencji – zamierzone koncentracje w sektorach federalnych usług transportowych wymagają ministerialnej zgody opartej na kryteriach szerszej rozumianego interesu publicznego; ocena tych koncentracji przez Komisarza ds. Konkurencji ma tylko charakter doradczy. Trybunał Konkurencji nie może więc wydać orzeczenia dotyczącego takiej koncentracji, jeżeli federalny Minister Transportu⁶²⁹ zaświadczył, że dana koncentracja będzie w interesie publicznym (*in public interest*). Jeśli chodzi o sektor usług telekomunikacyjnych, w Japonii np. jeżeli rezultatem fuzji lub akwizycji jest transfer licencji telekomunikacyjnej lub licencji na prowadzenie transportu lotniczego, Komisja Uczciwego Handlu występuje o wydanie stosownej zgody do – odpowiednio – Ministra Spraw Wewnętrznych lub Ministra Infrastruktury i Transportu. Jeśli chodzi o szeroko rozumianą energetykę, to art. 16 meksykańskiej federalnej ustawy o konkurencji gospodarczej (tak jak cała ustawa) nie ma zastosowania do koncentracji między przedsiębiorstwami państwowymi, działającymi w tzw. „obszarach strategicznych”, do których Konstytucja Meksyku zalicza, m.in. sektor wydobywania ropy, energetykę jądrową, dystrybucję energii elektrycznej. Warto zauważyć, że chociaż ustawa nie przewiduje uwzględniania przy ocenie koncentracji żadnych aspektów niekonkurencyjnych, Federalna Komisja Konkurencji jest przedmiotem typowych (idących w obu kierunkach) presji politycznych związanych z zatrudnieniem, inwestycjami i innymi okolicznościami jakie wiążą się z badanymi transakcjami⁶³⁰.

Jak już wielokrotnie wskazano, art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 i art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004 dopuściły możliwość zablokowania transgranicznej koncentracji o wymiarze unijnym także na podstawie „**innych interesów uprawnionych**”. Z tych przepisów, ani z noty interpretacyjnej do rozp. 4064/89 nie da się wywieść, jakie inne interesy publiczne mogą być uznane za inne „interesy uprawnione” państwa członkowskiego. Na gruncie rzadkiej praktyki stosowana tych przepisów, niektórzy autorzy twierdzą, że w grę mogą wchodzić

⁶²⁷ J.S. Hur, Sai Ree Yun, *Korea* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 20: August 2010, s. 33-30/31.

⁶²⁸ Zob. J. Regazzini, M Calliari, *Brazil* [w:] *Merger Control 2010*, s. 68.

⁶²⁹ Zob. art. 94(c) kanadyjskiej ustawy o konkurencji oraz kanadyjską ustawę o transporcie z 1996 r., znowelizowaną w 2007 r. (Canada Transportation (Amendment) Act, S.C. 1996, c. 10); zob. także J.W. Rowley, J.F. Clifford, M. Opashinov, *Canada* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 14: September 2007, s. 9–83.

⁶³⁰ Zob. G. Castañeda, *Mexico* [w:] *Merger Control 2008*, s. 241.

tylko interesy publiczne związane z regulacją sektorową, których nie można zrealizować w drodze regulacji działalności przedsiębiorstw powstałych w wyniku koncentracji⁶³¹. Pogląd ten można uznać za uzasadniony na gruncie dwóch przypadków interwencji państwa członkowskiego (Wielkiej Brytanii) na podstawie art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 – pochodzących jeszcze z lat 90-tych – spraw *Lyonnaise/Northumbrian Water* oraz *EdF/London Electricity*. Pierwsza z nich stanowi przykład „uprawnionego interesu” narodowego, nie wymienionego *explicite* w tym przepisie; zdaniem Wielkiej Brytanii i KE interesem takim jest „zapewnienie dostaw wody”. W sprawie *Lyonnaise/Northumbrian Water* (1995), zwanej też *UK Water Industry Act (1995)*⁶³² KE zaakceptowała bowiem prawo władz brytyjskich do regulowania krajowego sektora dostaw wody (regulacji działalności spółek zaopatrzenia w wodę), a w konsekwencji do równoległego – do oceny Komisji Europejskiej – zbadania przez Wielką Brytanię koncentracji o wymiarze wspólnotowym⁶³³. Sprawa ta rozpoczęła się w dniu 6.03.1995 r., kiedy to wpłynął do KE pierwszy formalny wniosek o uznanie regulacji krajowej za „interesy uprawnione” państwa członkowskiego w rozumieniu art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89; wniosek ten został złożony w kontekście zamierzonego wrogiego przejęcia przez *Lyonnaise des Eaux* (Francja) kontroli nad brytyjskim dostawcą wody *Nurthumbrian Water*⁶³⁴. Wniosek brytyjski dotyczył szczególnych przepisów ustawy o gospodarce wodnej z 1991 r., dotyczących koncentracji dostawców wody, które miały zapewnić regulatorowi sektorowemu (*Director General of Water Services*) skuteczne środki służące zapewnieniu wystarczającej ilości prywatnych (niezależnych) dostawców wody, działających w warunkach silnego monopolu naturalnego, dla umożliwienia dokonywania porównawczych kalkulacji kosztów i cen dostawy wody. W interesie publicznym może zatem dojść do zablokowania fuzji spółek dostarczających wodę, spełniających określone progi dopuszczalności kontroli takich koncentracji, które Minister Handlu i Przemysłu (*Secretary of Stat for Trade and Industry*) kieruje do

⁶³¹ Tak M. Furse, *The Law of Merger Control in the EC and the UK*, s. 61.

⁶³² Zob. decyzję KE w sprawie IV/M.567 (1995); w Wielkiej Brytanii Cm 2936 (1995).

⁶³³ W sprawie tej ustalono, że brytyjska ustawa *Water Industry Act 1991* wymaga wystarczającej ilości niezależnych dostawców wody, aby regulator sektorowy (*Director General for Water Services*) mógł dokonywać porównań warunków dostaw wody. Mimo początkowych obiekcji Komisji ds. Monopoli i Fuzji, Komisja Europejska dopuściła jednak ostatecznie do zgłoszonej koncentracji. Por. szerzej Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, s. 690.

⁶³⁴ Zob. szerzej XXV Report on Competition Policy 1995, European Commission 1996, pkt 145, s. 66–67; zob. także C.J. Cook, C.S. Kerze, *EC Merger Control*, 2000, s. 242; E. Navarro Varona, A.Font Galarza, J. Folguera Crespo, J. Briones Alonso, *Merger Control in the EU*, s. 414–415; A. Jones, B. Sufirin, *EC Competition Law*, s. 986.

zbadania przez do Komisję ds. Monopoli i Fuzji (*Monopolies and Mergers Commission*). W konsekwencji, gdyby taka fuzja miała wymiar wspólnotowy, KE nie mogłaby wyrazić na nią zgody nawet wtedy, gdyby nie prowadziła ona do ograniczenia konkurencji, gdyż np. umożliwiałaby redukcję kosztów. Wobec tego, że ww. art. 32 i 34 ustawy o gospodarce wodnej są zgodne z zasadami ogólnymi prawa wspólnotowego (zakazu arbitralnej dyskryminacji) i nie ograniczają innych przepisów Traktatu (swobód wolnego handlu), Komisja Europejska uznała interes uprawniony Wielkiej Brytanii w stosowaniu tych przepisów⁶³⁵. Stanowisko, że za „inne interesy uprawnione” mogą być uznane interesy związane z sektorami regulowanymi, znalazło swoje potwierdzenie także w sprawie *EdF/London Electricity (1999)*⁶³⁶, aczkolwiek w tej sprawie Komisja Europejska odmówiła uznania brytyjskich „interesów uprawnionych” (w zakresie stworzenia możliwości regulacji dostaw energii elektrycznej), jako że – jej zdaniem – wykonywanie przez Dyrektora Generalnego ds. Dostaw Energii Elektrycznej zadań organu regulacyjnego elektroenergetyki nie wymagała interwencji w postępowanie w sprawie koncentracji, gdyż mogła ona być wypełniona przez realizację jego uprawnień w otoczeniu prokoncentracyjnym⁶³⁷.

Z praktyki decyzyjnej KE można jednak wywieść, jakiego rodzaju interesy publiczne nie mogą liczyć na uznanie ich za „inne interesy uprawnione”. W obu ww. próbach rządu portugalskiego skorzystania z art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 Komisja Europejska stwierdziła m.in. brak zgłoszenia innych „interesów uprawnionych”. Nie uznała za środki służące ochronie „innych uprawnionych interesów” następujących warunków nałożonych przez hiszpańskiego regulatora energetycznego (NEC) na strony transakcji koncentracyjnej *Enel/Acciona/Endesa*: (1) obowiązku zachowania niezależności spółki Endesa, włącznie z jej markami i centrum decyzyjnym w Hiszpanii; (2) ograniczenia jej stopy zadłużenia; (3) ograniczenia jej polityki podziału dywidendy; (4) obowiązku nabywania przez niektóre należące do spółki Endesa elektrownie pewnej ilości węgla krajowego; (5) obowiązku zachowania w strukturze grupy Endesa wyspowych i niekontynentalnych aktywów systemu elektroenergetycznego⁶³⁸.

⁶³⁵ Zob. decyzję KE (Regulation (EEC) 4064: Application by the United Kingdom of 6.3.95 for the recognition of a legitimate interest under Article 21(3) re certain provisions of the Water Industry Act 1991 (as amended by the Competition and Services (Utilities) Act 1992), przekazana władzom brytyjskim pismem z 29.03.1995 r., dostępna na http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/additional_data/348608.pdf (7.10.2011).

⁶³⁶ Zob. decyzję KE w sprawie IV/M.1346 (1999).

⁶³⁷ Tamże.

⁶³⁸ Zob. także IP/07/1858, 5.12.2007.

Odpowiedź na pytanie, jakie „inne interesy uprawnione” Komisja byłaby skłonna zaakceptować nie jest wcale łatwa. Na gruncie cech wyróżniających „interesy uprawnione”, nie ulega jednak wątpliwości, że takim „innym interesem publicznym” nie może być:

- a) interes dotyczący konkurencji, jako że w tym zakresie KE ma wyłączność ich oceny⁶³⁹; znalazło to swoje potwierdzenie w sprawie *UniCredito/BHV*; musi to być „interes inny niż te, które są brane pod uwagę w rozporządzeniu”. Warunek ten wskazuje na ścisły związek tego przepisu z art. 21 ust. 2 TFUE, co oznacza, że państwo członkowskie nie może stosować art. 21(4) rozp. 139/2004 dla celów krajowej polityki konkurencji. Podobnie, możliwość interwencji państwa członkowskiego na podstawie art. 21(4) jest ograniczona w zakresie „rozwoju postępu technicznego i wzrostu gospodarczego”, jako że KE musi je też uwzględniać w ramach testu konkurencji (SIEC)⁶⁴⁰;
- b) interes, który nie jest interesem publicznym; państwo członkowskie nie może więc oczekiwać, że KE uzna za interes uprawniony potrzebę utrzymania przez aktualny zarząd kontroli nad przedsiębiorstwem⁶⁴¹;
- c) interes sprzeczny z zasadami ogólnymi oraz innymi przepisami prawa UE, co nie wymaga raczej stwierdzenia (*hardly needs stating*)⁶⁴², bo wynika wprost z przepisów art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 i art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004.

W odniesieniu do transakcji o wymiarze krajowym państwa członkowskie UE i pozostałe państwa europejskie dopuszczają możliwość ich zablokowania na podstawie innych kryteriów interesu publicznego najczęściej w ten sposób, że dają **priorytet celom regulacji sektorowych** i pozwalają zakazać takich koncentracji na podstawie chronionych przez nie wartości przez regulatorów sektorowych albo przez cały rząd lub któregoś z jego członków. Obok sektorów usług audiowizualnych i usług finansowych, rozwiązania takie znajdują zastosowanie także do energetyki, telekomunikacji, poczty, transportu i sektora farmaceutycznego. W niektórych krajach nie ma priorytetu dla regulacji sektorowych poza sektorami usług audiowizualnych i usług finansowych (np. w Wielkiej Brytanii czy we Francji). W Niemczech zgoda nadzwyczajna może dotyczyć wszelkich sektorów; w praktyce miała miejsce tylko w energetyce. Jeśli chodzi o pozostałe państwa członkowskie „starej” i „nowej” UE, możliwość zablokowania transakcji koncentracyjnych ze względu na inne interesy publiczne występuje najczęściej również

⁶³⁹ Tak M. Furse, *The Lw of Merger Control in the EC and the UK*, s. 61.

⁶⁴⁰ Por. C.J. Cook, C.S. Kerse, *EC Merger Control*, 2000, s. 241.

⁶⁴¹ Tamże.

⁶⁴² Tamże, s. 242.

w energetyce (np. w Finlandii w zakresie dystrybucji energii elektrycznej, Grecji⁶⁴³, Hiszpanii i Portugalii), telekomunikacji (np. w Austrii w odniesieniu do zmian własnościowych w spółkach telekomunikacyjnych, Grecji⁶⁴⁴, Hiszpanii i Portugalii); w Portugalii rozwiązanie takie stosowane jest także w transporcie lotniczym, kolejowym i drogowym, w Holandii w sektorze ochrony zdrowia, a na Węgrzech w sektorze farmaceutycznym⁶⁴⁵. Nie zawsze regulator sektorowy ma tu kompetencje do wydawania zgody na koncentrację; tylko niekiedy też istnieją ograniczenia w nabywaniu akcji „głównych operatorów” energetycznych lub telekomunikacyjnych⁶⁴⁶. Często występuje natomiast obowiązek konsultowania czy zasięgnięcia niewiążących opinii regulatora sektorowego (np. Hiszpanii⁶⁴⁷, Portugalii⁶⁴⁸ i we Włoszech, np. w wydawnictwach i telekomunikacji). W Portugalii regulator sektorowy musi też być poinformowany o operacjach obejmujących spółki notowane na giełdzie (*listed companies*), które podlegają jego kontroli. W Holandii Urząd ds. Ochrony Zdrowia ma prawo zaprezentowania swego stanowiska w sprawach koncentracji w tym sektorze⁶⁴⁹. Tylko w Grecji w niektórych sektorach regulowanych (np. w telekomunikacji) generalne reguły kontroli koncentracji obowiązują, ale są wdrażane przez regulatora sektorowego (Komisja ds. Konkurencji pełni tu rolę doradczą).

Jej podstawą jest najczęściej obowiązek organu ochrony konkurencji konsultowania się z regulatorami sektorowymi w sprawach koncentracji (np. w energetyce i telekomunikacji) z udziałem firm z ich sektora (np. w Hiszpanii)⁶⁵⁰ czy zasięgnięcia niewiążących opinii regulatorów we wszystkich sektorach regulowanych (np. w bankowości i usługach finansowych, rynków papierów wartościowych, ubezpieczeń, energetyce, telekomunikacji, mediach i transporcie lotniczym, kolejowym i drogowym w Portugalii⁶⁵¹). W Portugalii regulator sektorowy musi też być poinform-

⁶⁴³ Zob. E. Bourtzalas, *Grece* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 128.

⁶⁴⁴ Zob. E. Bourtzalas, *Grece* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 128.

⁶⁴⁵ Zob. F. Urlesberger, A. Turi, *Hungary* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 138.

⁶⁴⁶ Zob. R. García-Gallardo, M. Arias Díaz, *Spain* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 289–290.

⁶⁴⁷ Zob. R. García-Gallardo, M. Arias Díaz, *Spain* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 289.

⁶⁴⁸ Zob. C. Bothelo Moniz, P. de Gouveia e Melo, *Portugal* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 240.

⁶⁴⁹ Zob. S. Beeston, F. van de Jagt, *Netherlands* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 210 i 212–213.

⁶⁵⁰ Zob. R. García-Gallardo, M. Arias Díaz, *Spain* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 289–290.

⁶⁵¹ Zob. C. Bothelo Moniz, P. de Gouveia e Melo, *Portugal* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 240.

mowany o operacjach obejmujących spółki notowane na giełdzie (*listed companies*), które podlegają jego kontroli⁶⁵². Holenderski Urząd ds. Ochrony Zdrowia może też prezentować swoje stanowisko w sprawach koncentracji w tym sektorze⁶⁵³.

W „nowych” państwach członkowskich rozwiązania są podobne, aczkolwiek najczęściej ustawy o ochronie konkurencji nie przewidują wyłączenia spod kompetencji organu ochrony konkurencji koncentracji dochodzących do skutku w sektorach szczególnych i regulowanych. W Rumunii jest to stwierdzone wprost; nie ma żadnych szczególnych reguł kontroli koncentracji dla sektorów szczególnych⁶⁵⁴. Reguły takie są natomiast w Słowenii i na Węgrzech. W Słowenii niektóre ustawy sektorowe, w tym prawo energetyczne, ubezpieczeń, czy mediów zawierają pewne ograniczenia (np. dodatkowe wymogi/podstawy odmowy zgody na koncentracje) w przypadku akwizycji przez inwestorów z państw nie będących członkami UE w przedsiębiorstwa słoweńskie⁶⁵⁵. Na Węgrzech w ocenie zamierzonych koncentracji – wyłącznie na podstawie testu konkurencji – nie bierze się pod uwagę tzw. kwestii niekonkurencyjnych; są one uwzględniane przez regulatorów sektorowych (np. przez urząd nadzoru finansowego) w odrębnych postępowaniach, mających swoje podstawy w ustawodawstwie regulacyjnym dotyczącym telekomunikacji, energetyki, transportu i sektora farmaceutycznego⁶⁵⁶.

Formalnie rzecz biorąc, w większości „nowych” państw członkowskich UE szersze zastosowanie kryteriów interesu publicznego nie jest w ogóle możliwe; w praktyce ma jednak niekiedy miejsce. Na Cyprze Komisja Ochrony Konkurencji nie bierze pod uwagę żadnych kryteriów niezwiązanych z konkurencją⁶⁵⁷. Na Słowacji generalnie dominuje test konkurencji. Urząd bada koncentracje ograniczając się ściśle (*strictly*) do spraw konkurencji. Także warunki zgody warunkowej muszą być związane z konkurencją. *Non-competition issues* są nierelwantne⁶⁵⁸. Z praktyki estońskiego Urzędu ds. Konkurencji wynika jednak, że kryteria niezwiązane z konkurencją, takie jak polityka przemysłowa czy interes publiczny, są niekiedy brane pod uwagę; dotyczy to np. aktywności uczestników koncentracji w sferze

⁶⁵² Zob. C. Bothelo Moniz, P. de Gouveia e Melo, *Portugal* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 240.

⁶⁵³ Zob. S. Beeston, F. van de Jagt, *Netherlands* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 210 i 212–213.

⁶⁵⁴ Zob. M. Rădulescu, F. Urlesberger, *Romania* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 251.

⁶⁵⁵ Zob. V. Kobe, Ch. Haid, *Slovenia* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 269.

⁶⁵⁶ Zob. F. Urlesberger, A. Turi, *Hungary* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 138.

⁶⁵⁷ Zob. M. Kilikitas, Ch. Petrou, *Cyprus* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 101.

⁶⁵⁸ Zob. A. Cernejová, *Slovakia* [w:] *Merger Control 2008*, s. 298.

badań i rozwoju⁶⁵⁹. Na Litwie, formalnie rzecz biorąc Rada Konkurencji stosuje wyłącznie test konkurencji, ale strony starają się niekiedy argumentować dopuszczenie koncentracji przy pomocy motywacji dodatkowych (społeczno-ekonomicznych korzyści)⁶⁶⁰. W postępowaniach w sprawie kontroli koncentracji na Łotwie uwzględniane są wyłącznie kwestie konkurencji. Rozwiązania proceduralne (np. prawo udziału w postępowaniach przedstawicieli pracowników firm uczestniczących w koncentracji) sprawiają, że koncentracje skutkujące zwolnieniami nie są mile widziane przez Dyrektora Generalnego ds. Konkurencji na Malcie. Pod uwagę bierze się także skutki koncentracji na B+R⁶⁶¹. Także w Słowenii, co do zasady, kwestie nie związane z konkurencją nie są istotne w postępowaniu w sprawach koncentracji. Jednak, ponieważ Urząd Ochrony Konkurencji jest zorganizowany w Ministerstwie Gospodarki, nie można wykluczyć wpływu rządowej polityki przemysłowej czy „interesu publicznego” na jego działalność. Na Węgrzech w ocenie zamierzonych koncentracji – wyłącznie na podstawie testu konkurencji – nie bierze się pod uwagę tzw. kwestii niekonkurencyjnych; są one uwzględniane w odrębnych w postępowaniach mających swoje podstawy w ustawodawstwie regulacyjnym⁶⁶².

Zastosowanie kryteriów interesu publicznego innych niż ochrona konkurencji, jest natomiast formalnie możliwe w Austrii (przed Sądem Kartelowym) i w trzech „nowych” państwach członkowskich UE (w Bułgarii, Rumunii i Polsce)⁶⁶³. W Bułgarii ustawa o ochronie konkurencji umożliwia Komisji Ochrony Konkurencji uwzględnienie w niej szerszych rozważań politycznych⁶⁶⁴. W Rumunii dominuje wprawdzie test konkurencji, ale koncentracja może być dopuszczona, jeżeli jej strony mogą wykazać kumulatywne spełnienie określonych w ustawie kryteriów⁶⁶⁵. Wśród tych kryteriów rozważane są kwestie nie związane z konkurencją takie jak: polityka przemysłowa, społeczna czy ochrony środowiska, których wymogi ważne są z antykonkurencyjnymi skutkami zamierzonej koncentracji; w ocenie tej

⁶⁵⁹ Zob. K. Paas, M. Simovart, *Estonia* [w:] *Merger Control 2008*, s. 119; E. Blumfeld, T. Tamme, *Estonia* [w:] *Merger Control 2011*, s. 98.

⁶⁶⁰ Zob. S. Keserauskas, M. Joinys, *Lithuania* [w:] *Merger Control 2008*, s. 224.

⁶⁶¹ Zob. K. Sammut, J. Phyll, *Malta* [w:] *Merger Control 2008*, s. 235.

⁶⁶² Zob. F. Urlesberger, A. Turi, *Hungary* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 138.

⁶⁶³ Zob. szerzej w podrozdziale 3 niniejszego rozdziału.

⁶⁶⁴ Art. 28 ust. 2 bułgarskiej ustawy o ochronie konkurencji z 1998 r.; zob. także F. Urlesberger, I. Stoyanov, *Bulgaria* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 59; N. Gouginiski, A. Petrow, *Bulgaria* [w:] *Merger Control 2008*, s. 73; F. Urlesberger, I. Stoyanov, *Bulgaria* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 59.

⁶⁶⁵ Art. 13 ust. 2 rumuńskiej ustawy o konkurencji z 1996 r.

trzeba jednak także odpowiedzieć na pytanie, czy zamierzona koncentracja poprawia produktywność rumuńskich produktów na rynkach zagranicznych⁶⁶⁶.

Jeśli chodzi natomiast o interesy publiczne, które mogą stanowić podstawę udzielenia zgody na lub odstąpienie od zakazu koncentracji antykonkurencyjnych, przeprowadzone badania wykazały, że w grę wchodzi takie względy (interesy) publiczne, jak np. konkurencyjność na rynkach międzynarodowych, inne cele polityki przemysłowej, polityka przemysłowa, zatrudnienie i polityka społeczna itp.

Konkurencyjność międzynarodowa. Koncentracja może być dopuszczona wtedy, gdy dana koncentracja jest konieczna dla zachowania lub poprawy konkurencyjności międzynarodowej przedsiębiorstw w niej zaangażowanych, czyli z przyczyn polityki przemysłowej w Austrii⁶⁶⁷. Przy podejmowaniu decyzji o zgodzie nadzwyczajnej na dokonanie koncentracji konkurencyjność sektora w kontekście konkurencji międzynarodowej jest uwzględniana przez belgijską Radę Ministrów⁶⁶⁸, a wzmocnienie konkurencyjności na rynkach europejskich i międzynarodowych przez rząd Grecji⁶⁶⁹; w ostatnich latach także grecka Komisja ds. Konkurencji, badając zgłoszenia koncentracji uwzględniała ich skutki dla gospodarki narodowej (np. w sektorach, takich jak budownictwo czy bankowość) z uwagi na ich znaczenie dla konkurencyjności międzynarodowej⁶⁷⁰. Także w Portugalii do kwestii niezwiązanych z konkurencją na gruncie ustawy z 2003 r. zalicza się, m.in. międzynarodową konkurencyjność gospodarki portugalskiej. W Szwajcarii Komisja ds. Konkurencji uwzględnia także pozycję przedsiębiorstw w relacji do konkurencji międzynarodowej (art. 10 ust. 4); nie może wtedy interweniować⁶⁷¹. W ramach szerokiego testu bilansującego w Rumunii ocenia się, m.in. czy zamierzona koncentracja poprawia produktywność rumuńskich produktów na rynkach zagranicznych lub podnieść konkurencyjność w eksporcie⁶⁷².

⁶⁶⁶ Zob. A.I. Ioachimesu, *Romania* [w:] *Merger Control 2008*, s. 285.

⁶⁶⁷ Art. 12 ust. 2 pkt 2 austriackiej federalnej ustawy kartelowej z 2005 r.; zob. także A. Reidlinger, A. Zellhofer, *Austria* [w:] *Merger Control 2008*, s. 46; F. Urlesberger, S. Stegbauer, *Austria* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 33.

⁶⁶⁸ Art. 60 § 1 zd. drugie belgijskiej ustawy o konkurencji z 2006 r.; zob. także L. Garzaniti, Th. Janssen, P. Goffinet, *Belgium* [w:] *Merger Control 2008*, s. 57 i 59; J. Stuyck, I. Buelens, *Belgium* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 39; P. L'Ecluse, M. Favart, A. Bailleux [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 17: April 2009, s. 6–10.

⁶⁶⁹ Zob. E. Bourtzalas, *Grece* [w:] *ICLG to: Merger Control 2011*, s. 132.

⁶⁷⁰ Zob. A. Economou, *Grece* [w:] *Merger Control 2008*, s. 155.

⁶⁷¹ Zob. J. Borer, P. Sommer, D. Mamane, *Switzerland* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 21: March 2011, s. 57–10.

⁶⁷² Zob. A.I. Ioachimesu, *Romania* [w:] *Merger Control 2008*, s. 285.

Polityka gospodarcza i przemysłowa. Zgoda nadzwyczajna w Grecji może być wydana wtedy, gdy w szczególności gdy przyczynia się do modernizacji i racjonalizacji produkcji, przyciąga inwestycje⁶⁷³. W ostatnich latach, sama Komisja ds. Konkurencji badając zgłoszenia koncentracji uwzględniała ich skutki dla gospodarki narodowej, np. w sektorach takich jak: budownictwo czy bankowość, z uwagi na ich znaczenie dla dochodu narodowego⁶⁷⁴. W Hiszpanii rząd może wydać zgodę nadzwyczajną także z powodów, takich jak: wolny przepływ towarów lub usług wewnątrz kraju, promocja technologicznych B+R czy utrzymanie celów regulacji sektorowych. Także w praktyce estońskiego Urzędu ds. Konkurencji są niekiedy brane pod uwagę kwestie takie jak: polityka przemysłowa czy interes publiczny dotyczy to np. aktywności uczestników koncentracji w sferze badań i rozwoju⁶⁷⁵; skutki koncentracji w zakresie B+R bierze się także pod uwagę na Malcie⁶⁷⁶. Ponieważ Urząd Ochrony Konkurencji jest zorganizowany w Ministerstwie Gospodarki, wpływ rządowej polityki przemysłowej nie może być wykluczony. W ramach szerokiego (ekonomiczno-społecznego) testu bilansującego w Bułgarii ustawa o ochronie konkurencji umożliwia Komisji Ochrony Konkurencji wydanie zgody na dokonanie koncentracji wtedy, gdy prowadzi ona do modernizacji produkcji lub gospodarki jako całości, poprawy struktury rynku czy promocji inwestycji⁶⁷⁷. W ramach szerokiego testu bilansującego w Rumunii ocenia się, m.in. czy zamierzona koncentracja przyczynia się do wzrostu efektywności ekonomicznej, wzrostu produkcji, dystrybucji i postępu technicznego; wśród kryteriów rozważanych w ramach testu bilansującego w Rumunii rozważane są zatem także kwestie polityki przemysłowej.

Zatrudnienie. O ile w Szwecji kwestie nie związane z konkurencją, np. zachowanie miejsc pracy, nie mogą być w ogóle brane pod uwagę w ocenie koncentracji⁶⁷⁸, o tyle udzielając zgody nadzwyczajnej na dokonanie koncentracji belgijska Rada Ministrów⁶⁷⁹ i rząd Grecji uwzględniają w szcze-

⁶⁷³ Zob. E. Bourtzalas, *Grece* [w:] ICLG TO: *Merger Control 2011*, s. 132.

⁶⁷⁴ Zob. A. Economou, *Grece* [w:] *Merger Control 2008*, s. 155.

⁶⁷⁵ Zob. K. Paas, M. Simovart, *Estonia* [w:] *Merger Control 2008*, s. 119; E. Blumfeld, T. Tamme, *Estonia* [w:] *Merger Control 2011*, s. 98.

⁶⁷⁶ Zob. K. Sammut, J. Phyll, *Malta* [w:] *Merger Control 2008*, s. 235.

⁶⁷⁷ Art. 28 ust. 2 bułgarskiej ustawy o konkurencji z 2006 r.; zob. także F. Urlesberger, I. Stoyanov, *Bulgaria* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 59; N. Gouginski, A. Petrow, *Bulgaria* [w:] *Merger Control 2008*, s. 73; F. Urlesberger, I. Stoyanov, *Bulgaria* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 59.

⁶⁷⁸ Zob. U. Djurberg, M. Lehmann-Horn, *Sweden* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 298.

⁶⁷⁹ Art. 60 § 1 zd. drugie belgijskiej ustawy o konkurencji z 2006 r.; zob. także: L. Garzaniti, Th. Janssen, P. Goffinet, *Belgium* [w:] *Merger Control 2008*, s. 57 i 59; J. Stuyck, I. Buelens,

gólności interesy rynku pracy czy ich skutki dla rynków zatrudnienia (czy generuje zatrudnienie)⁶⁸⁰. Także w Norwegii Król (Rada Ministrów) może wydać zgodę nadzwyczajną na dokonanie koncentracji antykonkurencyjnej ze względu na jej korzyści w sprawach zatrudnienia i sprawach socjalnych⁶⁸¹. W ramach szerokiego (ekonomiczno-społecznego) testu bilansującego w Bułgarii ustawa o ochronie konkurencji umożliwia Komisji Ochrony Konkurencji wydanie zgody na dokonanie koncentracji wtedy, gdy prowadzi ona do tworzenia nowych miejsc pracy⁶⁸².

Skutki społeczne. Belgijska Rada Ministrów, udzielając zgody nadzwyczajnej uwzględnia interesy konsumentów w Belgii⁶⁸³. W Hiszpanii rząd może wydać zgodę nadzwyczajną także z powodów takich jak ochrona zdrowia publicznego czy ochrona środowiska, a w Norwegii Król (Rada Ministrów) może wydać zgodę nadzwyczajną na dokonanie koncentracji antykonkurencyjnej ze względu na jej korzyści w sferze ochrony środowiska i innych polityk publicznych⁶⁸⁴. W ramach szerokiego (ekonomiczno-społecznego) testu bilansującego w Bułgarii ustawa o ochronie konkurencji umożliwia Komisji Ochrony Konkurencji wydanie zgody na dokonanie koncentracji wtedy, gdy prowadzi ona do lepszego zaspokajania potrzeb konsumentów⁶⁸⁵. Wśród kryteriów rozważanych w ramach ekonomiczno-społecznego testu bilansującego w Rumunii uwzględnione są zatem kwestie takie jak polityka społeczna czy ochrony środowiska⁶⁸⁶.

Belgium [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 39; P. L'Ecluse, M. Favart, A. Bailleux [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 17: April 2009, s. 6–10.

⁶⁸⁰ Zob. E. Bourtzalas, *Greece* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 132; A. Economou, *Greece* [w:] *Merger Control 2008*, s. 155.

⁶⁸¹ Zob. B. Sundet, H. Stemshaug, *Norway* [w:] *Merger Control 2008*, s. 266.

⁶⁸² Art. 28 ust. 2 bułgarskiej ustawy o konkurencji z 1998 r.; zob. F. Urlesberger, I. Stoyanov, *Bulgaria* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 59; N. Gouginski, A. Petrow, *Bulgaria* [w:] *Merger Control 2008*, s. 73; F. Urlesberger, I. Stoyanov, *Bulgaria* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 59.

⁶⁸³ Art. 60 § 1 zd. drugie belgijskiej ustawy o konkurencji z 2006 r.; zob. L. Garzaniti, Th. Janssen, P. Goffinet, *Belgium* [w:] *Merger Control 2008*, s. 57 i 59; J. Stuyck, I. Buelens, *Belgium* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 39; P. L'Ecluse, M. Favart, A. Bailleux [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 17: April 2009, s. 6–10.

⁶⁸⁴ Zob. B. Sundet, H. Stemshaug, *Norway* [w:] *Merger Control 2008*, s. 266.

⁶⁸⁵ Art. 28 ust. 2 bułgarskiej ustawy o konkurencji z 1998 r.; zob. także F. Urlesberger, I. Stoyanov, *Bulgaria* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 59; N. Gouginski, A. Petrow, *Bulgaria* [w:] *Merger Control 2008*, s. 73; F. Urlesberger, I. Stoyanov, *Bulgaria* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 59.

⁶⁸⁶ Zob. A.I. Ioachimesu, *Romania* [w:] *Merger Control 2008*, s. 285.

Inne niż ochrona konkurencji interesy publiczne uwzględniane są **także w Polsce w ramach odstąpienia od zakazu na podstawie art. 20 ust. 2**, o czym była szczegółowo mowa wyżej.

5. Uwarunkowania kompetencyjne i proceduralne stosowania kryteriów niezwiązanych z konkurencją do oceny koncentracji

5.1. Uwarunkowania kompetencyjne i proceduralne stosowania art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004

Artykuły 21 ust. 3 rozp. 4064/89 i art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004 są **oparte na jasnym podziale kompetencji między państwo członkowskie** (z reguły organy regulacyjne, czasem inne organy administracji rządowej, rzadko organy ochrony konkurencji) **a UE** (Komisję Europejską) w sprawach zastosowania klauzuli „interesów uprawnionych” (*legitimate interest*), o których mowa w tych przepisach. Na mocy tych przepisów **państwo członkowskie jest uprawnione do skorzystania z ochrony tych interesów** w drodze zablokowania koncentracji transgranicznej, na którą KE wyraziła lub wyrazi zgodę, lub uzależnienia dokonanie takiej koncentracji od spełnienia określonych warunków; działania te podejmowane są na szczeblu państwa członkowskiego. W konsekwencji **KE musi zaakceptować interwencję publiczną państwa członkowskiego**, o ile spełnione są przesłanki określone w tych przepisach; oczywiście KE ma prawo kontroli, czy państwo członkowskie przestrzega tych przesłanek. Jeżeli takiej akceptacji brakuje, interwencja państwa członkowskiego jest nieskuteczna (zgoda KE na dokonanie danej koncentracji pozostaje w mocy), a KE może też wystąpić przeciwko państwu członkowskiemu do Trybunału Sprawiedliwości za naruszenie prawa UE, w tym zasady lojalności (na podstawie art. 258 TFUE [d. art. 226 TWE] w zw. z art. 4 ust. 3 TUE [d. art. 10 TWE]). Szczegółowe uprawnienia i obowiązki państw członkowskich oraz uprawnienia KE różnią się w zależności od reżimu, w jakim następuje stosowanie tych przepisów.

Jak wynika z powyższych rozważań⁶⁸⁷, art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 i art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004 tworzą **dwie reżimy** stosowania tych przepisów (dwie procedury działań państw członkowskich i ich akceptacji przez KE). Pierwszy dotyczy sytuacji, gdy środki krajowe służą ochronie jednego z trzech interesów uznanych *explicite* za „interesy uprawnione”; jest ona zwana w literaturze

⁶⁸⁷ Zob. wyżej pkt 2.3 niniejszego rozdziału.

procedurą działań państw członkowskich (*Member States' action*⁶⁸⁸). Drugi, zwany procedurą uznania (*recognition procedure*⁶⁸⁹), odnosi się do sytuacji, w której środki krajowe służą ochronie „innego interesu uprawnionego”, której formalnoprawnym warunkiem jest poddanie zamierzonych środków prewencyjnej kontroli KE i uznanie przez nią tego interesu za „interes uprawniony”.

W reżimie stworzonym dla trzech interesów uznanych (*recognised interests*) państwo członkowskie **nie ma formalnego obowiązku informowania KE** o zamiarze podjęcia środków krajowych; może zatem je zastosować bez występowania do KE o ich ocenę czy bez wydania przez nią wcześniejszej zgody⁶⁹⁰. Dla skutecznego zablokowania zgody KE na dokonanie transgranicznej koncentracji o wymiarze unijnym, nie wystarcza jednak samo powołanie się na któryś z interesów uprawnionych uznanych *explicite*, gdyż środki te mogą w rzeczywistości realizować zupełnie inne cele⁶⁹¹. Dlatego też, dla zapewnienia *effet utile* art. 21 st. 3 rozp. 139/2004 w zw. z art. 4 ust. 3 TUE (d. art. 10 TWE) – zobowiązanie lojalnej współpracy – KE uważa, że obowiązek zgłoszenia środka krajowego i powstrzymania się od jego podjęcia istnieje także wtedy, gdy „istnieją racjonalne wątpliwości co do tego, czy środki krajowe, zdolne do zakazania, poddania warunkom lub przeszkodzenia w jakikolwiek inny sposób koncentracji o wymiarze unijnym, rzeczywiście nacelowane są na ochronę ‘interesów uznanych’ i/lub są zgodne z zasadami proporcjonalności i niedyskryminacji”⁶⁹². Jeżeli takie **racjonalne wątpliwości** mają miejsce, stanowi to samo w sobie naruszenie obowiązków zgłoszenia i wstrzymania się od podjęcia środków (*communication and stand-still obligations*), o których mowa w art. 21 ust. 3 rozp. 40 64/89 lub art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004⁶⁹³. Państwo członkowskie powinno

⁶⁸⁸ Zob. C.J Cook, C.S. Kerse, *EC Merger Law*, 2000, s. 243.

⁶⁸⁹ Tamże, s. 242.

⁶⁹⁰ Znajduje to swoje wyraźne potwierdzenie w praktyce decyzyjnej Komisji Europejskiej na podstawie art. 21 rozp. 139/2004; zob. np.: pkt 23 decyzji KE z 26.09.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 *E.ON/Endesa*; pkt 25 decyzji KE z 20.12.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 *E.ON/Endesa*; pkt 23 decyzji KE z 5.12.2007 r. w sprawie COMP/M.4685 *Enel/Acciona/Endesa*.

⁶⁹¹ Tak również S. Dudzik, *Współpraca Komisji Europejskiej z organami ochrony konkurencji w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorstw*, s. 145.

⁶⁹² Zob. pkt 25 decyzji KE z 5.12.2007 r. w sprawie COMP/M.4685 *Enel/Acciona/Endesa*; pkt 25 decyzji KE z 26.09.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 *E.ON/Endesa*; pkt 27 decyzji KE z 20.12.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 *E.ON/Endesa*. Takie samo stanowisko Komisja Europejska zajmowała także na gruncie art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89; zob. decyzję KE z 20.07.1999 r. w sprawie M.1616 *BSCH/Champalimaud* (interim measures), pkt 65–67.

⁶⁹³ Zob. pkt 53 decyzji KE z 20.12.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 *E.ON/Endesa*; pkt 23 decyzji KE z 5.12.2007 r. w sprawie COMP/M.4685 *Enel/Acciona/Endesa*.

zatem informować KE o zamiarze podjęcia środków ochronnych w każdej sytuacji niejednoznacznej z punktu widzenia tego, ochronie jakiego interesu publicznego służą zamierzone środki.

Procedura działań państw członkowskich służących ochronie ich interesów uznanych, może rozpocząć i skończyć się na szczeblu państwa członkowskiego. Jak bowiem słusznie podkreśla się w literaturze, art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 i art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004 nie określają żadnych przesłanek formalnych korzystania przez państwa członkowskie z przyznanego im przez te przepisy uprawnienia⁶⁹⁴. W swej praktyce decyzyjnej KE wielokrotnie formułowała jednak swoje oczekiwania co do ścisłej współpracy między nią a państwami członkowskimi w zakresie rozważanych „środków właściwych”. Tak np. wyrażając zgodę na dokonanie koncentracji na podstawie art. 6 ust. 1 lit. b) rozp. 4064/89 Komisja oczekiwała, że władze brytyjskie będą ją informowały o środkach, jakie zamierzają podjąć, aby Komisja mogła zbadać, czy są one właściwe, proporcjonalne i niedyskryminacyjne⁶⁹⁵, czy też będą pozostawać w stałym kontakcie z Komisją Europejską przeprowadzając testy ostrożnościowe⁶⁹⁶.

Brak obowiązku zgłaszania i możliwość stosowania środków krajowych, służących ochronie interesów uprawnionych *explicite*, nie oznacza także, że w reżimie tym wykluczona jest wszelka kontrola KE. Zakres kontroli dopuszczalności interwencji państwa członkowskiego opartej na którymkolwiek z tych interesów nie jest jednak wielki. Komisja Europejska ma jednak (ale też tylko) **prawo zbadania, czy zastosowane przez państwo członkowskie środki rzeczywiście (*genuinely*) służą realizacji** któregoś z trzech nazwanych **interesów uprawnionych**⁶⁹⁷, tj. ochronie „bezpieczeństwa publicznego, plu-

⁶⁹⁴ Inaczej niż jest np. w art. 9 i art. 4 ust. 4 rozp. 139/2004, które umożliwiają przekazanie sprawy właściwemu organowi państwa członkowskiego w celu oceny skutków zgłoszonej koncentracji na rynkach odrębnych (*distinct markets*); zob. także C.J. Cook, C.S. Kerse, *EC Merger Law*, 2000, s. 243.

⁶⁹⁵ Zob. decyzję KE (Regulation (EEC) 4064: Application by the United Kingdom of 6.3.95 for the recognition of a legitimate interest under Article 21(3) re certain provisions of the Water Industry Act 1991 (as amended by the Competition and Services (Utilities) Act 1992), przekazaną władzom brytyjskim pismem z 29.03.1995 r., pkt 14, dostępna na http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/additional_data/348608.pdf; zob. także decyzję KE z 14.04.1994 r. w sprawie IV/M.423 *Newspaper Publishing (PI/EE/Mirror/Newspaper publishing)*.

⁶⁹⁶ Zob. decyzję KE z 18.06.1996 r. w sprawie IV/M.759 *Sun Alliance/Royal Insurance*, pkt 17; zob. także E. Navarro Varona, A. Font Galarza, J. Folguera Crespo, J. Briones Alonso, *Merger Control in the EU*, s. 414.

⁶⁹⁷ Zob. pkt 23 decyzji KE z 26.09.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 *E.ON/Endesa*; pkt 25 decyzji KE z 20.12.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 *E.ON/Endesa*; pkt 23 decyzji KE z 5.12.2007 r. w sprawie COMP/M.4685 *Enel/Acciona/Endesa*.

ralizmu środków przekazu lub zasad ostrożnościowych”. Jeżeli stwierdzi, że środki krajowe w rzeczywistości nie służą ochronie tych interesów, to jej decyzja (zgoda na dokonanie koncentracji o wymiarze unijnym) pozostaje w mocy. Jeżeli państwo członkowskie korzysta z uprawnienia do ochrony „interesów uznanych” w sposób sprzeczny z art. 21 rozporządzenia o kontroli koncentracji, KE może podjąć działania mające temu przeciwdziałać, w tym wszcząć postępowanie przed Trybunałem Sprawiedliwości na podstawie art. 258 TFUE [d. art. 226 TWE].

Głównym kryterium wyróżnienia reżimu ochrony „innych interesów uprawnionych” jest normatywny obowiązek uprzedniego powiadomienia (*communication*) KE przez państwo członkowskie o zamierzonych środkach służących ochronie tych interesów. Oznacza to, że **państwo członkowskie musi dokonać formalnego zgłoszenia** zamiaru podjęcia określonych środków ochronnych i nie może ich podejmować dopóki KE nie udzieli na to zgody (*standstill clause*). Interesy takie **mogą** bowiem dopiero **zostać uznane** przez Komisję **za interesy uprawnione**.

Procedura uznania innych interesów publicznych za interesy uprawnione rozpoczyna się od zgłoszenia do KE danego środka ochronnego i powstrzymania się od jego podjęcia do czasu wydania przez nią stosownej decyzji; w tym przypadku przepisy wyraźnie określiły termin na wydanie takiej decyzji (art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 – miesiąc i art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004 – 21 dni). Przepisy te nie określają natomiast ani terminu na złożenie takiego zgłoszenia, ani żadnych innych warunków (wymagań) formalnych. R. Whish uznał to za dziwne⁶⁹⁸. Cook & Kerse uznali, że zgłoszenie takie nie musi odnosić się do konkretnej (zidentyfikowanej) koncentracji, czyli że możliwe jest także wcześniejsze „generalne” zgłoszenie (*an advance „general” application*), pod warunkiem, że „interes uprawniony” będzie wystarczająco jasno zdefiniowany⁶⁹⁹. Biorąc pod uwagę, że w sprawach koncentracji czas jest często bardzo istotnym czynnikiem powodzenia, ze stanowiskiem takim można zgodzić się w pełni. Zostało ono zresztą potwierdzone w praktyce, jako że brytyjskie zgłoszenie w sprawie uznania za interes uprawniony bezpieczeństwa dostaw wody miało charakter generalny i umożliwiło później skierowanie sprawy koncentracji *Lyonnaise des Eaux/Northcumbraian Water* do ówczesnej Komisji ds. Monopoli i Fuzji⁷⁰⁰.

Jak wynika z przedstawionego wyżej przeglądu dorobku decyzyjnego i orzeczniczego w sprawie stosowania art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 i art. 21

⁶⁹⁸ Zob. *Competition Law*, Fifth Edition, LexisNexis, Butterworth, London 2003, s. 826.

⁶⁹⁹ Zob. C.J. Cook, C.S. Kerse, *EC Merger Control*, 2000, s. 243.

⁷⁰⁰ Tamże.

ust. 4 rozp. 139/2004⁷⁰¹, państwa członkowskie nierzadko naruszają obowiązek zgłoszenia i powstrzymania się od wprowadzania w życie środków krajowych służących, w ich ocenie, ochronie ich „innych interesów uprawnionych”. W konsekwencji, stosując ww. przepisy KE może wszcząć stosowne **postępowanie administracyjne z urzędu**. Możliwość ta została zakwestionowana przez Portugalię w sprawie ze skargi rządu portugalskiego do Trybunału Sprawiedliwości na decyzję KE uznającą naruszenie przez Portugalię art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 (sprawa *Secil/Holderbank/Cimpor*), złożonej na podstawie art. 230 TWE (obecnie art. 263 TFUE). W 2001 r. Portugalia stała na stanowisku, że w takiej sytuacji KE może jedynie złożyć skargę do ETS na podstawie art. 226 TWE (obecnie art. 258 TFUE). Trybunał Sprawiedliwości nie zaakceptował takiego stanowiska. Przychylając się do opinii Rzecznika Generalnego Tizzano⁷⁰² oddalił skargę Portugalii i wydał wyrok⁷⁰³, w którym stwierdził, że dla zapewnienia *effet utile* tych przepisów (...aby kontrola interesów publicznych innych niż przewidziane w art. 21 ust. 3 akapit drugi rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji [rozp. 4064/89] [...] była skuteczna...), Komisja Europejska była uprawniona do wydania decyzji na podstawie art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 w sprawie zgodności interesów uprawnionych państw członkowskich z zasadami ogólnymi i innymi przepisami prawa UE niezależnie od tego, czy interesy te zostały zgłoszone Komisji czy nie⁷⁰⁴. Trybunał uznał nawet, że krótki termin na ukończenie postępowania z art. 21 ust. 4 akapit trzeci rozp. 4064/89 w zasadzie wyklucza możliwość skorzystania z procedury skargi do ETS. Stanowisko zajmowane przez Portugalię pozbawiałoby też ten przepis (obecnie art. 21 ust. 4 akapit trzeci rozp. 139/2004) jakiegokolwiek skuteczności, dając państwom członkowskim możliwość łatwego uchylania się od kontroli przewidzianej tym przepisem⁷⁰⁵. Trybunał dokonał więc precyzyjnej alokacji kompetencji między krajowymi i wspólnotowymi władzami oraz wypowiedział się w sprawie interwencji, których mogą dokonać władze krajowe i wspólnotowe z punktu widzenia skutecznej kontroli koncentracji respektującej zasady prawidłowej administracji, pewności prawnej oraz uprawnionych interesów przed-

⁷⁰¹ Zob. wyżej pkt 2.3.2 niniejszego rozdziału.

⁷⁰² Opinia Rzecznika Generalnego Antonia Tizzana przedstawiona w dniu 22.01.2004 r. w sprawie C-42/01 Republika Portugalska przeciwko Komisji Europejskiej www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/.

⁷⁰³ Zob. wyrok ETS z 22.06.2004 r. w sprawie C-42/01 *Portugalia v. KE* (Zb. Orz. 2004, s. I-6079).

⁷⁰⁴ Tamże, pkt 284, s. 101; zob. także R. Whish, *Competition Law*, s. 842.

⁷⁰⁵ Zob. szerzej S. Dudzik, *Współpraca Komisji Europejskiej z organami ochrony konkurencji w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorstw*, s. 149–151; B. Rodger, *Case C-42/01 Portugal v. Commission, with adnotations*, s. 1519–1532.

siębiorstw. Szczególnie ważne jest, że Sąd uznał art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 za *lex specialis*, mający priorytet nad działaniami podjętymi na podstawie art. 226 TWE w celu sankcjonowania braku wypełniania przez państwa członkowskie ich zobowiązań⁷⁰⁶.

W świetle wyroków ETS w sprawach C-196/06 i C-42/01 jasna wydaje się sekwencja działań KE w postępowaniach wszczynanych i prowadzonych z urzędu. W pierwszej kolejności powinna ona dokonać badania, czy dane środki krajowe służą ochronie któregoś z interesów uprawnionych *explicite*. Jeżeli tak, nie może ona kontynuować postępowania; jeżeli nie, KE zbada, czy służą one ochronie jakiegokolwiek innego „interesu uprawnionego” państwa członkowskiego.

W każdym przypadku rozpatrywanym w reżimie „innych interesów publicznych” (art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004), po otrzymaniu powiadomienia o zamiarze podjęcia krajowych środków ochronnych, KE bada także „czy środki takie są konieczne i proporcjonalne dla ochrony interesów zgodnych z prawem wspólnotowym”⁷⁰⁷ oraz czy „nie stanowią arbitralnej dyskryminacji lub nadmiernego ograniczenia swobody przedsiębiorczości lub swobody przepływu kapitału lub, w jakikolwiek innym względzie, naruszenia zasad ogólnych lub innych przepisów prawa wspólnotowego”⁷⁰⁸, czy inaczej „nie stanowią naruszenia zasad ogólnych lub innych przepisów prawa wspólnotowego, np. środka arbitralnej dyskryminacji lub nadmiernego ograniczenia swobody przedsiębiorczości lub swobody przepływu kapitału”⁷⁰⁹.

Badanie takie może skończyć się na dwa sposoby. Po pierwsze, KE może uznać badany interes za uprawniony a zamierzone środki za dopuszczalne; czyni to w drodze decyzji lub w inny sposób⁷¹⁰. Po drugie, może ona odmówić uznania zgłoszonego interesu za uprawniony lub uznając go za uprawniony stwierdzić, że zamierzone (lub nawet już podjęte) środki są niedopuszczalne. Wydaje wtedy decyzję stwierdzającą naruszenie art. 21 rozp. 139/2004 i żąda odstąpienia od nich (ich wycofania); tak było w analizowanych wyżej sprawach *BSCH/Champalimaud* oraz *Cecil/Holderbank/Cimpor*⁷¹¹.

⁷⁰⁶ Tamże, pkt 286, s. 101.

⁷⁰⁷ Zob. pkt 24 decyzji KE z 26.09.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 *E.ON/Endesa*; pkt 26 decyzji KE z 20.12.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 *E.ON/Endesa*; pkt 24 decyzji KE z 5.12.2007 r. w sprawie COMP/M.4685 *Enel/Acciona/Endesa*.

⁷⁰⁸ Zob. pkt 24 decyzji KE z 26.09.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 *E.ON/Endesa*.

⁷⁰⁹ Zob. pkt 26 decyzji KE z 20.12.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 *E.ON/Endesa*; pkt 24 decyzji KE z 5.12.2007 r. w sprawie COMP/M.4685 *Enel/Acciona/Endesa*.

⁷¹⁰ Zob. szerzej w pkt 2.3.3 niniejszego rozdziału.

⁷¹¹ Zob. szerzej, tamże.

5.2. Uwarunkowania instytucjonalne i proceduralne stosowania kryteriów niezwiązanych z konkurencją w krajowych porządkach prawnych

W analizowanym obszarze nie mniej ważne od przesłanek materialno-prawnych są rozwiązania instytucjonalne i proceduralne, przyjęte w poszczególnych państwach, w których możliwe jest wydanie zgody nadzwyczajnej. Winny one w szczególności określić, jaki organ władzy publicznej i w jakim trybie może zastosować do oceny koncentracji kryteria niezwiązane z konkurencją. Rozwiązania te stanowią punkt odniesienia do oceny sytuacji polskiej, gdzie zgodę nadzwyczajną wydaje ten sam organ, który wydaje zgody i zakazy na podstawie ekonomicznego testu konkurencji.

W sensie instytucjonalnym przyjęte w Polsce rozwiązanie można uznać za identyczne, jak w porządku prawnym kontroli koncentracji UE, z tym, że między KE a polskim organem ochrony konkurencji istnieją różnice w zakresie istoty i funkcji. Także decyzje KE nie mogą być uchylone przez żaden inny organ władzy publicznej w UE inaczej niż w trybie kontroli sądowej, aczkolwiek mogą się okazać bezskuteczne na skutek skorzystania przez państwo członkowskie z możliwości interwencji na podstawie art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004. Jednakże, uwzględniając fakt, że przesłanki materialne polskiego „odstąpienia od zakazu” koncentracji antykonkurencyjnej zostały sformułowane w formie klauzuli generalnej i przykładowego tylko wyliczenia powodów uzasadniających wydanie takiej decyzji, można stwierdzić, że kompetencje Prezesa UOKiK w zakresie oceny kontrolowanej koncentracji z punktu widzenia interesów publicznych innych niż ochrona konkurencji są nawet szersze niż kompetencje KE. Nie może ona bowiem odrzucić uzasadnionej interwencji państwa członkowskiego w przypadku trzech „interesów uprawnionych” wskazanych wprost w art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004 (tzw. interesów uznanych). Prezes UOKiK ma natomiast prawo nie uznać za uzasadnione odstąpienie od zakazu nawet ze względu na bezpieczeństwo publiczne (np. bezpieczeństwo energetyczne). Polska ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów przyznaje mu pełną kompetencję do oceny argumentów prezentowanych w postępowaniu nie tylko przez strony, ale także przez rząd. Ustawa nie przewiduje nawet wymogu konsultowania z innymi władzami publicznymi w sprawach koncentracji, w których strony wnoszą o odstąpienie od zakazu (wyrażenie na nie zgody nadzwyczajnej) ze względu na interes publiczny wyrażony w art. 20 ust. 2. Wprawdzie także decyzja Prezesa UOKiK wydana na podstawie art. 20 ust. 2 uokik z 2007 r., podlega pełnej kontroli sądowej (*full-review*), ale sąd ma tu jeszcze większe trudności w wyważeniu interesu ochrony konkurencji i innych interesów publicznych niż wyspecjalizowany organ ochrony konkurencji.

Warto także zauważyć, że ustanowiona przez polskiego prawodawcę instytucja zgody nadzwyczajnej (odstąpienia od zakazu) będącej elementem jednej decyzji, zarówno stwierdzającej antykonkurencyjny charakter zamierzonej koncentracji, jak i uznającej istnienie przyczyn uzasadniających odstąpienie od zakazu powoduje, że kontrola sądowa zgód nadzwyczajnych („zastępujących” zakaz dokonania koncentracji) jest czystą fikcją. Wobec tego bowiem, że środek zaskarżenia w sprawach koncentracji przysługuje tylko stronie zgłaszającej zamiar koncentracji, która nie ma przecież żadnego interesu, aby zaskarżyć do SOKiK decyzję dopuszczającą koncentrację antykonkurencyjną, kontrola sądowa takich decyzji nie może mieć miejsca. W każdym razie żadna z takich decyzji nadzwyczajnych, wydanych pod rządami uokik z 2000 r. i z 2007 r., nie została zaskarżona. Trudno powiedzieć zatem, jakie byłoby stanowisko SOKiK wobec zgód nadzwyczajnych. Sytuacja ta nie uległa zmianie także w wyniku oddalenia przez SOKiK decyzji zakazujących koncentracji w sprawach *Baterpol/Orzeł Biały* czy *PGE/Energa*. W tej ostatniej skarżący zakwestionował, m.in. odrzucenie jego argumentów uzasadniających odstąpienie od zakazu na podstawie kryterium bezpieczeństwa energetycznego (bezpieczeństwa dostaw energii), które były uznawane we wcześniejszych decyzjach wyrażających zgodę na koncentracje realizujące rządowy program rekonsolidacji elektroenergetyki.

Przeciwko polskiemu rozwiązaniu przemawiają także wyniki badań porównawczych. Rozwiązania takiego nie stwierdzono w żadnym kraju pozaeuropejskim; w Indiach, jedynym państwie, w którym dopuszczana jest zgoda nadzwyczajna bazująca na interesach publicznych wykraczających poza ekonomiczny test konkurencji, rozstrzyga o tym rząd federalny w drodze uchylecia decyzji organu ochrony konkurencji (Komisji Konkurencji)⁷¹². Także w państwach członkowskich „starej” UE (i EOG) stosowanie kryteriów niezwiązanych z konkurencją jest ograniczone, a jeżeli już jest dopuszczane, to albo czynią to organy ochrony konkurencji o charakterze sądowym (w Austrii i Szwecji) lub administracyjne organy kolegialne (w Bułgarii i Rumunii). W niektórych krajach kompetencja ta nie jest przyznawana ustawowo organowi ochrony konkurencji. Tylko we Włoszech decyzję taką mógłby wydać Urząd ds. Konkurencji i Rynku, ale tylko wtedy, gdyby Rada Ministrów, na wniosek Ministra Przemysłu, sformułowała wytyczne, na podstawie których mógłby on w wyjątkowych przypadkach dopuścić dokonanie zakazanej koncentracji, szczególnie gdy przemawia za tym ogólny narodowy interes gospodarczy⁷¹³.

⁷¹² Zob. A. Chitale, *India* [w:] *Merger Control 2008*, s. 172.

⁷¹³ Art. 25 ust. 1 włoskiej ustawy o konkurencji i wolnym handlu z 1990 r.

Jak już wskazano wyżej⁷¹⁴, w wielu państwach zachodnio-europejskich (członkach EOG) zgoda nadzwyczajna na dokonanie antykonkurencyjnej koncentracji wydawana jest przez inne władze publiczne na podstawie testu interesu publicznego niezwiązanego z konkurencją. Jest tak w Wielkiej Brytanii, Francji, Niemczech, Belgii, Grecji, Hiszpanii, Holandii, Portugalii, Szwajcarii i Norwegii⁷¹⁵, a także w Rumunii, mimo że w kraju tym już na poziomie kolegiального organu ochrony konkurencji stosuje się ekonomiczno-społeczny test bilansujący. Przyjęte w tych krajach rozwiązania instytucjonalno-proceduralne można scharakteryzować przez pryzmat: organu uprawnionego do udzielania tej zgody oraz trybu jej udzielania.

W tych porządkach prawnych kontroli koncentracji, w których ustawy o ochronie konkurencji przewidują możliwość wydania zgody nadzwyczajnej na dokonanie koncentracji antykonkurencyjnej przez inne władze publiczne niż organy ochrony konkurencji, kompetencja ta przyznawana jest najczęściej rządowi w pełnym składzie (*in pleno*) lub określonym jego członkom (ministrom).

Rząd w pełnym składzie wydaje zgodę nadzwyczajną na dokonanie antykonkurencyjnej koncentracji w Belgii (Rada Ministrów)⁷¹⁶, Hiszpanii (Rada Ministrów na wniosek Ministra Gospodarki), Norwegii (Król działający w pełnym składzie Rady Ministrów)⁷¹⁷, Szwajcarii (Rada Federacji)⁷¹⁸ i Rumunii.

Ministrowie mogą wydać zgodę nadzwyczajną na dokonanie antykonkurencyjnej koncentracji we Francji (Minister Gospodarki)⁷¹⁹, w Niemczech (Federalny Minister Gospodarki i Technologii)⁷²⁰, Grecji (właściwi ministrowie – obecnie ds. finansów oraz rozwoju regionalnego i konkurencyjności)⁷²¹, Holandii (Minister Gospodarki)⁷²² i Portugalii (Minister Gospodarki)⁷²³.

⁷¹⁴ Zob. szerzej w podrozdziale 3 niniejszego rozdziału.

⁷¹⁵ Materialnoprawne przesłanki ich udzielania zostały przedstawione w pkt 3.2 niniejszego rozdziału.

⁷¹⁶ Art. 60 § 1 zdanie pierwsze i § 2 w zw. z art. 8 § 6 belgijskiej ustawy o konkurencji.

⁷¹⁷ Zob. B. Sundet, H. Stemshaug, *Norway* [w:] *Merger Control 2008*, s. 266.

⁷¹⁸ Art. 11 ust. 4 szwajcarskiej ustawy kartelowej z 1995 r; zob. także J. Borer, P. Sommer, D. Mamane, *Switzerland* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 21: March 2011, s. 57-10.

⁷¹⁹ Art. L 430-7 Kodeksu Handlowego (French Commercial Code); zob. także J. Philippe, J.-N. Mailard, *France* [w:] *Merger Control 2010*, s. 138, 140 i 141.

⁷²⁰ Art. 42 niemieckiej ustawy kartelowej z 1957 r.

⁷²¹ Zob. art. 4e ust. 3 greckiej ustawy o konkurencji z 1977 r.

⁷²² Zob. S. Beeston, F. van de Jagt, *Netherlands* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 213 ; W. Knibbeler, P. Kreijger, *Netherlands* [w:] *Merger Control 2008*, s. 250.

⁷²³ M. Marques Mendes, P. Vilarinho Pires, *Portugal* [w:] *Merger Control 2008*, s. 277.

Wyjątkowy, szczególnie rozbudowany system oceny koncentracji z punktu widzenia innych interesów publicznych niż ochrona konkurencji istnieje w Wielkiej Brytanii. W systemie tym centralną rolę pełni członek rządu – aktualnie Minister ds. Gospodarki, Innowacji i Kwalifikacji (*Secretary of State for Business, Innovation and Skills*), który może interweniować w określonych sprawach koncentracji mających znaczenie z punktu widzenia interesu publicznego, poprzez skierowanie takiej sprawy do Komisji Konkurencji, niezależnego organu administracyjnego, i ewentualne podjęcie ostatecznej decyzji w przypadku koncentracji, w której uwarunkowania interesem publicznym są potencjalnie ważne⁷²⁴.

W grupie „nowych” państw członkowskich UE zgoda nadzwyczajna na dokonanie antykonkurencyjnej koncentracji, podjęta na podstawie kryteriów interesu publicznego innych niż ochrona konkurencji, jest – poza Polską – formalnie możliwa tylko w Rumunii. Jeżeli bowiem rumuńska Rada Konkurencji wyda decyzję zakazującą koncentracji dotyczących przedsiębiorstw publicznych, decyzja ta może być uchylona przez ministra i musi być opublikowana w Dzienniku Urzędowym wraz z decyzją zakazową⁷²⁵.

Charakterystyczne jest, że w tych krajach, w których nadzwyczajną zgodę na dokonanie koncentracji wydaje rząd lub minister, decyzja wydawana jest w drodze odwołania od odrębnej (wcześniejszej) decyzji organu ochrony konkurencji, stosującego test konkurencji (tak jest w Niemczech, Francji, Portugalii⁷²⁶ i Norwegii). Decyzja ta zastępuje wcześniejszą decyzję organu ochrony konkurencji⁷²⁷, modyfikuje ją (np. w Hiszpanii) lub uchyla (np. w Rumunii). Może być także wydana nowa decyzja oparta tylko na kryteriach niezwiązanych z konkurencją (w Holandii, Hiszpanii, Grecji, w Wielkiej Brytanii). W krajach, w których postępowanie w sprawie koncentracji jest dwufazowe, zgoda nadzwyczajna może być wydana tylko na zakończenie drugiej fazy postępowania (np. w Francji, Hiszpanii⁷²⁸ i Rumunii).

Rząd i jego członkowie, jako organy administracji politycznej, mają oczywiście daleko idące uznanie przy udzielaniu zgód nadzwyczajnych (w Niemczech ograniczone jednak ustawowo warunkiem, że koncentracja ta nie stanowi zagrożenia dla funkcjonowania gospodarki rynkowej⁷²⁹). Rzadko

⁷²⁴ Zob. brytyjskie Wytyczne w sprawie oceny fuzji horyzontalnych z 2010 r., Part 6, s. 65.

⁷²⁵ A.I. Ioachimesu, *Romania* [w:] *Merger Control 2008*, s. 285.

⁷²⁶ Zob. M. Marques Mendes, P. Vilarinho Pires, *Portugal* [w:] *Merger Control 2008*, s. 277.

⁷²⁷ Zob. także L. Vogel, J. Vogel, *France* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 112 i 115.

⁷²⁸ Tamże.

⁷²⁹ Zob. H. Bergmann, F. Röhling, *Germany* [w:] *Merger Control 2008*, s. 148.

jednak mogą podjąć taką decyzję z własnej inicjatywy (tak jest jednak np. we Francji i w Belgii). Warunkiem jej wydania jest niekiedy obowiązek skierowania sprawy do specjalnego, niezależnego organu ochrony konkurencji (np. Komisji Konkurencji w Wielkiej Brytanii) lub do szczególnego organu doradczego (Komisji Monopolowej w Niemczech) i przeprowadzenia wysłuchania publicznego (w Niemczech)⁷³⁰. U podstaw zgód nadzwyczajnych leży natomiast czasem ustawowy obowiązek przedłożenia rządowi przez Ministra (w Hiszpanii) lub rządowi lub Ministrowi przez organ kontroli koncentracji (we Francji i w Szwajcarii), decyzji zakazującej dokonania koncentracji na podstawie ekonomicznego testu konkurencji lub zamiaru wydania takiego zakazu. Zgoda nadzwyczajna może być jednak wydana także na wniosek jej uczestników (np. w Belgii, Holandii⁷³¹, Grecji⁷³² i Szwajcarii); w Portugalii jest ona wydawana przez ministra odpowiedzialnego za sprawy gospodarki w trybie odwołania (odwołania nadzwyczajnego) od decyzji Urzędu ds. Konkurencji zakazującej dokonania koncentracji⁷³³. W niektórych krajach ustawodawcy wyznaczają rządowi lub ministrowi termin na wydanie zgody nadzwyczajnej (we Francji – w okresie 25 dni roboczych od otrzymania od Urzędu Konkurencji informacji o wydaniu zakazu dokonania koncentracji na koniec drugiej fazy postępowania⁷³⁴; w Grecji – w ciągu 2 miesięcy od złożenia o nią wniosku przez przedsiębiorstwa⁷³⁵; w Hiszpanii – w terminie 30 dni od przedłożenia sprawy Radzie Ministrów przez Ministra Gospodarki), obowiązek jej szczegółowego uzasadnienia (np. w Grecji⁷³⁶) lub jej opublikowania w Dzienniku Urzędowym (w Rumunii).

Zgoda nadzwyczajna, jako decyzja administracji publicznej, raczej nie podlega kontroli sądowej. Jednakże w Niemczech od takiej decyzji można odwołać się do sądu administracyjnego ze względów materialnych i proceduralnych, jednak z uwagi na zakres uznania odwołanie takie ma małe szanse powodzenia⁷³⁷.

Reasumując można stwierdzić, że w większości „starych” państw członkowskich UE przewidziany jest mechanizm umożliwiający naczelnym organom administracji państwowej udzielenie zgody na dokonanie antykonkurencyjnej koncentracji. O ile trudno mówić o istnieniu jednorodnego

⁷³⁰ Art. 42 niemieckiej ustawy kartelowej z 1957 r.

⁷³¹ Zob. S. Beeston, F. van de Jagt, *Netherlands* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 213; W. Knibbeler, P. Kreijger, *Netherlands* [w:] *Merger Control 2008*, s. 250.

⁷³² Zgodnie z art. 4e ust. 3 greckiej ustawy o konkurencji z 1977 r.

⁷³³ Zob. M. Marques Mendes, P. Vilarinho Pires, *Portugal* [w:] *Merger Control 2008*, s. 277.

⁷³⁴ Zob. także L. Vogel, J. Vogel, *France* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 112 i 115.

⁷³⁵ Art. 4e ust. 3 greckiej ustawy o konkurencji z 1977 r.

⁷³⁶ Zob. art. 4e ust. 3 greckiej ustawy o konkurencji z 1977 r.

⁷³⁷ Zob. H. Bergmann, F. Röhling, *Germany* [w:] *Merger Control 2008*, s. 150.

modelu instytucjonalno-proceduralnego udzielania tych zgód, to jednak pewne prawidłowości można zauważyć. Najważniejsze z nich to:

- a) u podstaw tego mechanizmu leży stwierdzenie, że zamierzona (oceniana) koncentracja spowoduje skutki antykonkurencyjne; najczęściej musi się to dokonać w drodze formalnej decyzji organu ochrony konkurencji, odrębnej od decyzji zakazującej koncentracji;
- b) zgody nadzwyczajne są wydawane raczej przez rząd w pełnym składzie lub określonego ministra (najczęściej gospodarki);
- c) organ władzy publicznej uprawniony do udzielenia zgody nadzwyczajnej, podejmuje taką decyzję z własnej inicjatywy lub na wniosek uczestników koncentracji;
- d) w celu umożliwienia organowi władzy publicznej udzielenia zgody nadzwyczajnej, ustawy o ochronie konkurencji zapewniają, iż organy te są informowane o wydaniu zakazu lub o zamiarze jego wydania;
- e) zgoda nadzwyczajna nie podlega kontroli sądowej lub może być zaskarżona tylko do sądu administracyjnego (np. w Niemczech).

Rozdział IV

Zgody warunkowe (uniknięcie zakazu)

1. Uniknięcie zakazu w drodze zgody warunkowej

W **praktyce gospodarczej** firmy chcą dokonywać koncentracji na warunkach, które mają im przynieść korzyści biznesowe. Niekiedy tak zaprojektowane koncentracje mogą – choćby potencjalnie – prowadzić do antykonkurencyjnych skutków. Organy ochrony konkurencji nie mogą do tego dopuścić. Firmy mogą więc od zamiaru takiej koncentracji odstąpić (jeszcze przed zgłoszeniem lub w drodze wycofania zgłoszenia). Ich motywacja do dokonania koncentracji może być jednak tak duża, że są gotowe do daleko idącej modyfikacji zamiaru, żeby uzyskać zgodę na dokonanie koncentracji. Oznacza to, że są gotowe przyjąć na siebie **prawnie wiążące zobowiązania** (*commitments*) **do podjęcia środków zaradczych** (*remedies*), które pozwolą organowi ochrony konkurencji uznać, że zmodyfikowana wersja zamiaru koncentracji nie stanowi już zagrożenia dla konkurencji i można wyrazić zgodę na jej dokonanie. Organy te mogą zaakceptować te zobowiązania lub/i nałożyć na przedsiębiorstwa **warunki** (*conditions*) i **obowiązki** (*obligations*), których celem jest eliminacja zagrożeń dla konkurencji i zapewnienie skuteczności realizacji mających im zaradzić środkom.

U podstaw poniższych rozważań legło zatem **pytanie badawcze**, czy taka sytuacja na gruncie prawa kontroli koncentracji jest w ogóle możliwa, tj. **czy przedsiębiorstwa (przedsiębiorcy) mogą skutecznie uniknąć zakazu zamierzonej koncentracji** w sytuacji, gdy wykazuje ona *prima facie* skutki antykonkurencyjne, ale jej uczestnicy są gotowi je wyeliminować w drodze modyfikacji zamierzonej koncentracji na warunkach zaakceptowanych przez organ ochrony konkurencji. Odpowiedź na to pytanie w ramach badań

prawniczych wymaga identyfikacji i analizy norm prawnych, stanowiących podstawę prewencyjnej ingerencji nadzorczej w procesy koncentracji gospodarczej, oraz praktyki stosowania tych norm przez właściwe organy ochrony konkurencji w przypadku zindywidualizowanych transakcji (operacji) koncentracyjnych. Jak wynika z generalnych założeń niniejszej pracy, badaniami tymi objęto porządki prawne USA i kilku innych ważnych państw pozaeuropejskich, ale szczególny nacisk został położony na prawo UE, zdecydowanej większości jej „starych” i „nowych” państw członkowskich oraz kilku innych państw europejskich. Prawne podstawy i praktyka stosowania instytucji zgody warunkowej w Polsce są zarówno przedmiotem, jak i punktem odniesienia prowadzonych rozważań.

Podstawowym problemem (wyzwaniem) stojącym przed każdym prawodawcą kreującym instytucję prawną zgody warunkowej jest zatem takie ukształtowanie tej instytucji, które – z jednej strony – umożliwi uczestnikom zamierzonej koncentracji jej dokonanie na warunkach dla nich akceptowalnych, z drugiej zaś – pozwoli organowi ochrony konkurencji zachować lub przywrócić skuteczną konkurencję na rynkach, na które dana koncentracja wywiera wpływ. O ile jednak istota i charakter warunków (środków zaradczych), nakładanych w decyzjach warunkowych, nie musi być i nie zawsze jest przedmiotem regulacji prawnej (mogą one być wypracowane w praktyce decyzyjnej i orzeczniczej), o tyle odpowiednie rozwiązania proceduralne, służące takiemu rozłożeniu praw i obowiązków uczestników koncentracji i organu ochrony konkurencji w zakresie formułowania i nakładania warunków, żeby mogli oni w praktyce uznać, że skutecznie realizują swoje interesy lub wypełniają swoją misję, powinien raczej stworzyć prawodawca. Jeżeli tego nie zrobi, organ ochrony konkurencji może mieć zbyt duży zakres swobodnego uznania, co w konsekwencji może naruszyć ww. równowagę osiągania celów instytucji prawnej zgody warunkowej przez organ ochrony konkurencji i uczestników koncentracji.

W badaniach, których wyniki prezentowane są w niniejszym rozdziale, chodziło w pierwszej kolejności o ustalenie **czy organy ochrony konkurencji dysponują kompetencjami do udzielania zgód warunkowych**. W dalszej kolejności służyły one poszukiwaniu odpowiedzi na trzy pytania: (1) czy i w jakim zakresie prawodawcy oraz organy ochrony konkurencji – w formie aktów typu *soft law* i/lub praktyki decyzyjnej – oraz orzecznictwo sądowe określają zakres i charakter warunków (środków zaradczych) umożliwiających wydawanie takich decyzji, (2) w jakim trybie są one formułowane i nakładane oraz (3) jak prawo zapewnia ich skuteczność, czyli w jaki sposób gwarantuje niedopuszczenie do rodzenia przez tak zmodyfikowane koncentracje negatywnych skutków dla konkurencji na rynkach.

Jak już wskazano, amerykańskie organy antytrustowe mają generalną kompetencję do przeciwdziałania fuzjom i akwizycjom naruszającym art. 7 Ustawy Claytona. Gdy organ antytrustowy odpowiedzialny za ocenę danej fuzji lub akwizycji stwierdza, że transakcja ta może szkodzić konkurencji na rynku właściwym, między tym organem a stronami transakcji może – w drodze negocjacji – dojść do dokonania określonych jej **modyfikacji** lub zawarcia **ugody** (*concent*), które wyeliminują zagrożenia dla konkurencji wyrażone przez dany organ. Wiążącego ustalenia rezultatów tych negocjacji dokonuje Departament Sprawiedliwości w formie zarządzenia (*concent decree*), wymagającego akceptacji sądu federalnego, lub Federalna Komisja Handlu w formie nakazu (*concent order*). W ramach kontroli prewencyjnej Komisja ta ma także prawo wydać nakaz podziału (*divestiture order*), jeżeli zamierzona transakcja następuje z naruszeniem prawa; w takiej sytuacji strony transakcji z reguły jednak od niej odstępują¹. Amerykańskie organy antytrustowe mają również prawo występowania do sądu federalnego o wydanie zarządzenia (*injunction*) nakazującego podział spółki powstałej z naruszeniem prawa (np. wbrew obowiązkowi zgłoszenia).

Podobne reguły występują w innych państwach pozaeuropejskich. Kanadyjski Komisarz ds. Konkurencji ma, m.in. możliwość wynegocjowania ze stronami koncentracji jednego z różnych rozwiązań negocjacyjnych (*negotiated solutions*), których istotą jest zgoda na dokonanie koncentracji na zmodyfikowanych warunkach. Także wtedy, gdy sprawa została skierowana do Trybunału ds. Konkurencji, może zostać wydane zarządzenie o zgodzie (*consent order*) na dokonanie spornej koncentracji na warunkach wynegocjowanych w trakcie postępowania przed Trybunałem ds. Konkurencji między Komisarzem ds. Konkurencji a stronami koncentracji². Do kompetencji meksykańskiej Federalnej Komisji Konkurencji należy m.in. nakładanie warunków służących zaradzeniu potencjalnym zagrożeniom, jakie koncentracja rodzi dla konkurencji³. Również brazylijska Rada Administracyjna ds. Ochrony Gospodarki może podejmować wszelkie środki, jakie uważa za konieczne dla zapobieżenia antykonkurencyjnym skutkom koncentracji; tradycyjnie jednak częściej sięga po środki zaradcze, niż nie dopuszcza do dokonania koncentracji. Od 1974 r. także australijska Rada Konkurencji i Konsumentów może poinformować strony koncentracji, że

¹ Zob. także R.P. Harty, *United States* [w:] *Merger Control 2008*, s. 366.

² Art. 92 i 105 kanadyjskiej ustawy o konkurencji z 1995 r.; zob. J.W. Rowley, J.F. Clifford, M. Opashinov, *Canada* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 14: September 2007; zob. także wydany przez Komisarza ds. Konkurencji Information Bulletin, dostępny na: http://www.competitionbureau.gc.ca/PDFs/Mergers_Remedies_PDF_EN1.pdf.

³ Zob. meksykańską federalną ustawę o konkurencji gospodarczej z 1992 r.

zamierza wystąpić przeciwko zamiarowi jej dokonania. Strony transakcji mogą wtedy zmodyfikować swój zamiar tak, aby zapobiec potencjalnym konsekwencjom antykonkurencyjnym; w tej sytuacji nie występuje ona przeciwko takiej koncentracji do sądu. Gdy wynegocjowane warunki mają być zrealizowane dopiero w przyszłości, Rada Konkurencji i Konsumentów – akceptując przedstawione zobowiązania – wydaje formalną zgodę (*clearance*) na dokonanie zmierzonej koncentracji pod warunkiem, że zostaną one przez strony wykonane najczęściej w okresie nie dłuższym niż 6 miesięcy. Zgodę (*authorization*) warunkową może w Australii wydać także Trybunał ds. Konkurencji⁴. Także nowozelandzka Komisja ds. Handlu może zaakceptować środki zaradcze jako podstawę zgody (*clearance* lub *authorization*) na dokonanie koncentracji, aczkolwiek generalnie sama ich nie proponuje⁵. Japońska Komisja ds. Uczciwego Handlu, po przeprowadzeniu oceny zgłoszonej koncentracji, może zastosować środki eliminujące naruszenie ustawy antymonopolowej, a jeżeli jest to niemożliwe, wystąpić do sądu o uznanie transakcji za nieważną. Rzadko jednak dochodzi do wydania ostatecznego nakazu odstąpienia od koncentracji (*cease and desist order*)⁶. Gdy jednak do niego dochodzi, strony niezadowolone z rozstrzygnięcia, mogą wystąpić o wszczęcie procedury wysłuchania (*hearing procedure*; jap. *shimpan*), w trakcie której mogą być rozważone, a następnie nałożone na nie środki zaradcze. Również indyjska Komisja Konkurencji może zaproponować modyfikację koncentracji w celu wyeliminowania negatywnych efektów dla konkurencji na rynku⁷. W RPA przed podjęciem przez Komisję Konkurencji rozstrzygnięcia co do sposobu potraktowania zgłoszonej koncentracji, możliwe jest porozumienie się z nią w sprawie długoterminowej struktury łączących się podmiotów oraz zastosowania środków zaradczych. W przypadku „dużych koncentracji” (*large mergers*), Komisja Konkurencji formułuje stosowną rekomendację i wnosi sprawę przed Trybunał ds. Konkurencji.

Instytucja zgody warunkowej ma swoje jednoznaczne podstawy normatywne także w prawie UE. Rozporządzenie 139/2004 przewiduje kompetencję Komisji Europejskiej do wydania zgody warunkowej na dokonanie zamiaru koncentracji o wymiarze unijnym⁸ już w swych motywach⁹. Na

⁴ Art. 50 australijskiej ustawy o praktykach handlowych z 1974 r.

⁵ Zob. A. Peterson, S. Keene, *New Zealand* [w:] *Merger Control 2008*, s. 255.

⁶ Wydanego na podstawie art. 172 japońskiej ustawy antymonopolowej; zob. także A. Uesugi, K. Yamada, *Japan* [w:] *Merger Control 2008*, s. 205.

⁷ Zob. art. 31 ust. 3 indyjskiej ustawy o konkurencji z 2002 r.

⁸ O „wymiarze unijnym” będę mówił zawsze z wyjątkiem cytatów z przepisów rozp. 4064/89 i rozp. 139/2004, które używają pojęcia „wymiar wspólnotowy”.

⁹ Zob. pkt 30 motywów rozp. 1309/2004.

podstawie art. 6 ust. 2 zd. pierwsze rozp. 139/2004 KE może stwierdzić już w pierwszej fazie postępowania, że „po dokonaniu zmian przez zainteresowane przedsiębiorstwa zgłoszona koncentracja nie rodzi więcej poważnych wątpliwości” co do jej zgodności ze rynkiem wewnętrznym¹⁰, a w konsekwencji „uznać koncentrację za zgodną ze wspólnym rynkiem”¹¹. Także w drugiej fazie postępowania, „w przypadku, gdy Komisja stwierdza, że po zmianach przeprowadzonych przez zainteresowane przedsiębiorstwa zgłaszana koncentracja spełnia kryterium ustanowione w art. 2 ust. 2 [rozp. 139/2004], oraz w przypadkach, o których mowa w art. 2 ust. 4 [rozp. 139/2004], spełnia kryteria ustanowione w art. 81 ust. 3 Traktatu [art. 101 ust. 3 TFUE], wydaje decyzję uznającą koncentrację za zgodną ze wspólnym rynkiem” (art. 8 ust. 2 zd. pierwsze rozp. 139/2004). W obu fazach postępowania KE może dołączyć do wydanej decyzji „warunki lub obowiązki zmierzające do zapewnienia, że zainteresowane przedsiębiorstwa spełniają zobowiązania podjęte wobec Komisji zapewniające, iż koncentracja jest zgodna ze wspólnym rynkiem” (art. 6 ust. 2 zd. drugie i art. 8 ust. 2 zd. drugie rozp. 139/2004). Zakres i treść tych „warunków i obowiązków” oraz tryb ich nakładania regulują szczegółowo rozp. 802/2004¹² oraz Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych dopuszczalnych na mocy rozp. 139/2004 i rozp. 802/2004¹³.

Także we wszystkich państwach członkowskich UE istnieje możliwość zastosowania instytucji zgody warunkowej. W trzech największych z nich jest ona uregulowana wprost i w miarę szczegółowo. W Wielkiej Brytanii¹⁴, gdy Urząd ds. Uczciwego Handlu uzna (na zakończenie pierwszej fazy postępowania w sprawie koncentracji), że badana transakcja koncentracyjna może istotnie ograniczyć konkurencję (*substantially lessen competition*) i w związku z tym powinna być skierowana do zbadania przez Komisję Konkurencji, może, zamiast ją do niej skierować, zaakceptować wynegocjowane ze stronami koncentracji wiążące zobowiązania, które jej „jakimkolwiek skutkiem negatywnym zaradzają, ograniczają lub zapobiegają”¹⁵. Także Komisja Konkurencji, gdy wynikiem przeprowadzonej przez nią drugiej fazy postępowania w sprawie koncentracji jest stwierdzenie, że koncentracja ta

¹⁰ O „rynku wewnętrznym” będę mówił zawsze z wyjątkiem cytatów z przepisów rozp. 4064/89 i rozp. 139/2004, które używają pojęcia „wspólny rynek”.

¹¹ Możliwości takiej KE nie miała pod rządami rozp. 4064/894.

¹² Rozp. 802/2004.

¹³ Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r.; zob. także W. Berg, R. Lipstein, *The Revised Merger Remedies Notice – Some Comments*, ECLR 2009, 30(6).

¹⁴ Zob. szerzej M. Furse, *The Law of Merger Control in the EC and the UK*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2007, s. 274 i d.

¹⁵ Art. 73 ust. 2 brytyjskiej ustawy o przedsiębiorstwie z 2002 r.

może skutkować lub skutkuje istotnym ograniczeniem konkurencji na rynkach właściwych, ma obowiązek zaradzić skutkom tej koncentracji, w tym jej dokonania zakazać¹⁶ lub zaakceptować zobowiązania stron koncentracji, które skutkiem tym skutecznie zaradzą¹⁷. W Niemczech natomiast dopiero od stycznia 1999 r. istnieje wyraźna możliwość nakładania warunków i akceptowania środków strukturalnych w powiązaniu z decyzją Federalnego Urzędu Kartelowego wyrażającą zgodę na koncentrację¹⁸. Również we Francji, gdy transakcja koncentracyjna wywołuje istotne skutki antykonkurencyjne, nie może być dopuszczona, chyba że skutkom tym można zaradzić lub je zrekompenzować. Te ostatnie środki (*measures*) mogą przybrać formę zobowiązań (*commitments*) zaproponowanych przez strony transakcji pod koniec zarówno pierwszej fazy¹⁹, jak i drugiej fazy²⁰ postępowania, a także formę *injunctives and provisions* nałożonych przez Urząd ds. Konkurencji²¹.

W pozostałych „starych” państwach członkowskich UE organy ochrony konkurencji także posiadają kompetencje do udzielania zgód warunkowych na dokonanie zamierzonej koncentracji. Możliwość taka istnieje w Austrii, gdzie strony zamierzonej koncentracji mogą zaoferować zobowiązania (*undertakings*), dzięki którym unikną zakazu koncentracji. W pierwszej fazie postępowania w sprawie koncentracji (w postępowaniu przedsądowym) strony mogą (nawet w samym zgłoszeniu) proponować Federalnemu Urzędowi Konkurencji lub Federalnemu Prokuratorowi Kartelowemu środki zaradcze w celu uniknięcia wniesienia sprawy do zbadania przez Sąd Kartelowy; niezrealizowanie tych zobowiązań oznacza naruszenie wymogu wstrzymania się od dokonania koncentracji bez zgody organu ochrony konkurencji. W drugiej fazie postępowania, Sąd Kartelowy może powiązać swój wyrok niezakazujący koncentracji z odpowiednimi ograniczeniami (*Beschränkungen*) lub warunkami (*Auflagen*), i to zarówno wtedy, gdy udziela zgody bezwarunkowej, jak

¹⁶ Art. 41 ust. 2 brytyjskiej ustawy o przedsiębiorstwie z 2002 r.

¹⁷ Art. 82 ust. 1 i 2 brytyjskiej ustawy o przedsiębiorstwie z 2002 r.

¹⁸ Zob. art. 40 ust. 3 niemieckiej ustawy kartelowej z 1957 r.

¹⁹ Art. L. 430-5(II) francuskiego Kodeksu handlowego; zob. także L. Vogel, J. Vogel, *France* [w:] ICGI to: *Merger Control 2011*, s. 115 i 117.

²⁰ Art. L. 430-7(II) francuskiego Kodeksu handlowego; zob. także L. Vogel, J. Vogel, *France* [w:] ICGI to: *Merger Control 2011*, s. 115 i 117.

²¹ Art. L. 430-7(II) francuskiego Kodeksu handlowego; zob. także L. Vogel, J. Vogel, *France* [w:] ICGI to: *Merger Control 2011*, s. 115 i 117. W latach 2000–2008 tylko w przypadku trzech decyzji warunkowych warunki zostały narzucone (*imposed*) przez sam Urząd, gdyż strony odmówiły podjęcia zobowiązań zaradczych lub przedstawione przez nie zobowiązania zostały przez Urząd uznane za niewystarczające; zob. pkt 5223 francuskich Wytocznych w sprawie konkurencji, s. 134.

zgody nadzwyczajnej²². Także w Belgii Rada Konkurencji może uzależnić zgodę na dokonanie koncentracji od warunków i zobowiązań²³. Również w Danii na dokonanie koncentracji może być wydana zgoda warunkowa. Do tej decyzji Rada Konkurencji może dołączyć warunki, a także nakazy (*orders*) służące zapewnieniu, że uczestnicy koncentracji spełnią zobowiązania, które przyjęli na siebie, aby wyeliminować negatywne skutki koncentracji²⁴. Należy zaznaczyć, że duńska ustawa o konkurencji przyznaje Radzie Konkurencji także uprawnienie i obowiązek nakładania warunków. Tym samym, Rada nie może, zgodnie z zasadą proporcjonalności, zakazać transakcji, jeśli może sformułować odpowiednie środki zaradcze, a strony je zaakceptują²⁵. W Finlandii, zarówno Urząd ds. Konkurencji (w pierwszej fazie postępowania), jak i Sąd Rynkowy (w drugiej fazie postępowania) mogą wyrazić warunkową zgodę na dokonanie koncentracji, jeżeli można w ten sposób uniknąć ograniczenia konkurencji. Należy podkreślić, że ustawodawca fiński *explicite* wymaga od Urzędu ds. Konkurencji, żeby (w ramach pierwszej fazy postępowania) raczej (w pierwszej kolejności) podejmował działania (negocjował ze stronami) w celu znalezienia ewentualnych rozwiązań dla wyeliminowania szkodliwych efektów dla konkurencji, niż występował o jej zakazanie przez Sąd Rynkowy. Także Sąd Rynkowy, do którego Urząd ds. Konkurencji wystąpił o zakazanie koncentracji, może wydać zgodę na jej dokonanie pod określonymi warunkami²⁶. Także w Grecji Komisja Konkurencji może wyrazić zgodę na dokonanie koncentracji pod warunkami, które nakłada się dla zapewnienia, że koncentracja (w swej formie wyjściowej lub zmodyfikowanej) nie powoduje istotnego ograniczenia konkurencji. Irlandzki Urząd ds. Konkurencji może podjąć dyskusję z uczestnikami koncentracji „w celu znalezienia środków, które prowadzą do poprawy skutków koncentracji na rynkach” już w pierwszej fazie postępowania w sprawie koncentracji. Uczestnicy koncentracji mogą wtedy zgłaszać propozycje warunków. Od momentu ich umieszczenia w decyzji

²² Art. 12 ust. 1 pkt 3, ust. 2 i ust. 3 oraz art. 17 ust. 2 austriackiej federalnej ustawy kartelowej z 2005 r.; zob. także A. Reidlinger, A. Zellhofer, *Austria* [w:] *Merger Control 2008*, s. 47; F. Urlsberger, S. Stegbauer, *Austria* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 34.

²³ Art. 9 ust. 7 belgijskiej ustawy o ochronie konkurencji gospodarczej z 2006 r.; zob. także L. Garzaniti, Th. Janssen, P. Goffinet, *Belgium* [w:] *Merger Control 2008*, s. 57; J. Stuyck, I. Buelens, *Belgium* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 40.

²⁴ Art. 12e ust. 1 duńskiej ustawy o konkurencji z 2007 r.; zob. także M. Kofmann, J.M. Plum, E. Bertelsen, *Denmark* [w:] *Merger Control 2008*, s. 113; H. Peytz, B. Schiønning, *Denmark* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 91–92.

²⁵ Zob. M. Kofmann, E. Bertelsen, J.M. Plum, *Denmark* [w:] *Merger Control 2008*, s. 113.

²⁶ Zob. Ch. Wik, N. Hukkinen, *Finland* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 15: April 2008, s. 18-10.

(zwanej w Irlandii „*determination*”), stają się one prawnie wiążącymi zobowiązaniami. Ponadto, Urząd ds. Konkurencji może też nałożyć warunki w zgodzie warunkowej (*conditional determination*) wydawanej w drugiej fazie postępowania²⁷. Strony zgłaszające zamiar koncentracji w Hiszpanii mają prawo zaoferowania Komisji Konkurencji i negocjowania z nią podczas pierwszej i drugiej fazy postępowania zobowiązań, stanowiących modyfikacje transakcji lub odpowiednie środki zaradcze dla przywrócenia konkurencji²⁸. W Holandii może być wydana zgoda z „ograniczeniami” (*restrictions*), do której mogą być załączone warunki (*conditions*)²⁹. W Portugalii, strony zgłaszające koncentrację mogą przedkładać zobowiązania w celu uzyskania zgody na dokonanie koncentracji. Gdy Urząd ds. Konkurencji wyrazi zgodę na te propozycje, włącza warunki i obowiązki do ostatecznej wersji decyzji w celu zapewnienia, że będą przez strony zrealizowane³⁰. W Szwecji Urząd ds. Konkurencji może zasygnalizować stronom koncentracji zidentyfikowane problemy dla konkurencji, zarówno przez nieformalne dyskusje w pierwszej fazie postępowania, jak i przez przedstawienie im projektu wniosku do Sądu Rynkowego (Market Court) o jej zakazanie. Jest sprawą stron zaproponować środki zaradcze, które Urząd bada aby stwierdzić, czy są wystarczające dla wyeliminowania negatywnych skutków koncentracji. Urząd ds. Konkurencji może je umieścić w decyzji o zgodzie. Propozycje środków zaradczych mogą być też składane w trakcie postępowania sądowego; środki te mogą być wtedy umieszczone w wyroku Sądu Rynkowego³¹. Także we Włoszech możliwe jest wydanie zgody na dokonanie koncentracji pod warunkami, zarówno bezpośrednio nałożonymi przez Urząd ds. Konkurencji, jak i będącymi rezultatem negocjacji podejmowanych w pierwszej lub w drugiej fazie postępowania. W Norwegii, jeżeli zobowiązania strukturalne lub behawioralne mogą zaradzić problemom konkurencji, Urząd ds. Konkurencji

²⁷ Art. 20 ust. 1 lit. b, ust. 3 i 4 oraz art. 22 ust. 3 lit. c) irlandzkiej ustawy o konkurencji z 2002 r.; zob. także G. FritzGerald, *Ireland* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 16: November 2008, s. 183; H. Kelly, *Ireland* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 157; C. Little, Remedies under Irish Merger Control Rules, *ECLR* 2009, 30(12), s. 600.

²⁸ Art. 59 ust. 1 hiszpańskiej ustawy o ochronie konkurencji z 2007 r. (do 2007 r. nie było to możliwe); zob. także R. García-Gallardo, M. Arias Díaz, *Spain* [w:] ICGI to: *Merger Control 2011*, s. 295;

²⁹ Art. 41 ust. 4 holenderskiej ustawy o konkurencji z 1997 r. w aktualnej wersji z 2009 r.; takiej możliwości nie było przed 2007 r.; strony musiały wtedy korzystać z możliwości modyfikacji.

³⁰ Zob. C. Bothelo Moniz, P. de Gouveia e Melo, *Portugal* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 247.

³¹ Zob. U. Djurberg, M. Lehmann-Horn, *Sweden* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 301; T. Pettersson, J. Carle, S. PervánLindeborg, *Sweden* [w:] *Merger Control 2008*, s. 323.

musi zamknąć postępowanie, wyrażając zgodę na dokonanie koncentracji z załączonymi do niej koniecznymi warunkami strukturalnymi lub behawioralnymi³². Zgoda Komisji Konkurencji na wydanie zgody na dokonanie koncentracji w Szwajcarii może również być warunkowa. Także w Turcji zgoda warunkowa jest możliwa, gdy inne odpowiednie środki są podjęte przez Zarząd Urzędu ds. Konkurencji i pewne obowiązki są nałożone na przedsiębiorstwa. Ponadto, żeby móc rozwiązać problemy dla konkurencji, jakie mogą być podniesione przez Zarząd Urzędu ds. Konkurencji, przedsiębiorstwa mogą zaoferować dodatkowe zobowiązania zbycia lub zobowiązania behawioralne³³.

Instytucja zgody warunkowej występuje także we wszystkich „nowych” państwach członkowskich UE. Bułgarska Komisja Ochrony Konkurencji, wydając zgodę na dokonanie koncentracji (w tym zgodę nadzwyczajną), może nałożyć na jej uczestników dodatkowe ograniczenia, które bezpośrednio lub pośrednio odnoszą się do jej dokonania i gwarantują zachowanie skutecznej konkurencji lub pozytywny wpływ na rynek właściwy³⁴. Także cypryjska Komisja Ochrony Konkurencji ma prawo zastosowania każdego środka, jaki uzna za konieczny dla zapewnienia konkurencyjnego rynku, w tym może udzielić zgody na dokonanie koncentracji uwarunkowanej szczególnymi warunkami i zobowiązaniami przedłożonymi przez uczestników koncentracji³⁵. Czeski Urząd Ochrony Konkurencji Gospodarczej może wyrazić zgodę na dokonanie koncentracji pod warunkiem spełnienia zobowiązań przedłożonych mu przez strony koncentracji w celu zachowania skutecznej konkurencji³⁶. Zeby uniknąć szkód dla konkurencji estoński Dyrektor Generalny Urzędu ds. Konkurencji lub jego zastępca może wydać zgodę na koncentrację pod warunkiem, że strony podejmą się realizacji zobowiązań, które zaoferowali³⁷. W celu osłabienia niekorzystnych skutków koncentracji, węgierski Urząd ds. Konkurencji może dołączyć do decyzji warunki i obowiązki; w praktyce przeważają jednak zgody bezwarunkowe³⁸. Łotewska

³² Zob. B. Sundet, H. Stemshaug, *Norway* [w:] *Merger Control 2008*, s. 266.

³³ Zob. G. Gurkaynak, *Turkey* [w:] *Merger Control 2008*, s. 344.

³⁴ Art. 28 ust. 3 bułgarskiej ustawy o ochronie konkurencji z 1998 r.

³⁵ Art. 26 cypryjskiego rozporządzenia o kontroli koncentracji między przedsiębiorstwami z 1999 r.; zob. także M. Kilikitas, Ch. Petrou, *Cyprus* [w:] *ICLG to: Merger Control 2011*, s. 101–102.

³⁶ Art. 17 ust. 4 czeskiej ustawy o konkurencji z 2001 r.

³⁷ Art. 27 ust. 3 estońskiej ustawy o konkurencji z 2001 r.

³⁸ Art. 30 ust. 3 węgierskiej ustawy o zakazie nieuczciwych i ograniczających praktyk rynkowych z 1996 r. Przez pierwszych 16 lat istnienia reguł kontroli koncentracji, wydano na Węgrzech łącznie tylko 8 zakazów; zob. szerzej Z. Marosi, G. Fejes, *Hungary* [w:] *Merger Control 2008*, GCR, s. 161.

Rada Konkurencji może, m.in. wydać zgodę na dokonanie koncentracji lub zgodę zawierającą wiążące postanowienia dla uczestników rynku, które zapobiegną negatywnym dla konkurencji konsekwencjom danej koncentracji³⁹. Jednoetapowe postępowanie w sprawach koncentracji na Litwie może zakończyć się m.in. zgodą na dokonanie koncentracji, do której dołączone są warunki lub obowiązki dla stron koncentracji, mające na celu zapobiec powstaniu lub umocnieniu pozycji dominującej⁴⁰. Na Malcie Dyrektor Generalny ds. Konkurencji może też uznać koncentrację za dozwoloną, jeżeli stwierdzi, że dokonane modyfikacje sprawiają, że nie budzi ona już poważnych wątpliwości ze względu na jej legalność. Może uznać koncentrację za zgodną z przepisami rozporządzenia i załączyć do niej warunki i obowiązki, które mają na celu doprowadzenie do uznania koncentracji za zgodną z przepisami rozporządzenia⁴¹. Urząd Antymonopolowy Słowacji może wydać zgodę na dokonanie koncentracji, jeżeli warunki nałożone w decyzji zapewnią, że koncentracja będzie zgodna z testem konkurencji. Warunki zgody są częścią decyzji. Są sformułowane na podstawie zaakceptowanych propozycji stron. Ich egzekwowanie zależy od tego, czy mają być spełnione przed wydaniem decyzji, czy po jej wydaniu⁴². Szczegółowe reguły stosowania środków korekcyjnych (zaradczych) w celu zapewnienia, że koncentracja spełniać będzie wymogi ustawowe, które mogą prowadzić do wydania zgody warunkowej, istnieją także w Słowenii. Strony zgłaszające zamiar koncentracji mogą przedkładać/proponować środki korekcyjne (*corrective measures*) w celu wyeliminowania poważnego podejrzenia niezgodności (*to eliminate serious suspicion of compliance*) koncentracji z regułami konkurencji; czynią to jednak dopiero w drugiej fazie postępowania⁴³. W Rumunii szczegółowe warunki stosowania środków zaradczych zawierają Wytyczne wzorowane na unijnym Zawiadomieniu w sprawie środków zaradczych z 2008 r. Stanowią one, że w każdym czasie po złożeniu zgłoszenia (w obu fazach), strony mogą przedkładać propozycje środków zaradczych do Rady Konkurencji. Jeżeli zostaną one przez nią zaakceptowane

³⁹ Art. 16 ust. 3 i 4 łotewskiej ustawy o konkurencji z 2001 r.; zob. także M. Gailis, L. Hartmane, *Latvia* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 12: July 2006, s. 36-1 i d.; L. Hartmane, M. Gailis, *Latvia* [w:] *Merger Control 2008*, s. 215.

⁴⁰ Art. 14 ust. 1 pkt 2 litewskiej ustawy o konkurencji z 1999 r.

⁴¹ Art. 6 ust. 2 maltańskiej ustawy o konkurencji z 1994 r.; zob. także K. Sammut, J. Phyll, *Malta* [w:] *Merger Control 2008*, s. 236.

⁴² Art. 12 ust. 3 słowackiej ustawy antymonopolowej z 2001 r.; zob. także A. Cernejová, *Slovak Republic* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 12: July 2006, s. 52-17; A. Cernejová, *Slovakia* [w:] *Merger Control 2008*, s. 298.

⁴³ Art. 51 słoweńskiej ustawy o przeciwdziałaniu ograniczeniom konkurencji z 2008 r.

to wyda ona zgodę warunkową, w której określi, m.in. terminy wykonania tych środków⁴⁴.

Jak wynika z powyższego przeglądu podstaw prawnych udzielania zgód warunkowych, **instytucja zgody warunkowej** znajduje swoją główną podstawę prawną w **normach kompetencyjnych** organu (organów) ochrony konkurencji, które *explicite* stanowią, że organ ma prawo – a niekiedy także obowiązek – „odstąpić” od zakazu antykonkurencyjnej koncentracji, gdyż może być zmodyfikowana tak, że jej negatywne skutki dla konkurencji zostaną skutecznie wyeliminowane. Rzadkie przepisy materialnoprawne oraz częstsze normy proceduralne i sankcjonujące stanowią dopełnienie regulacji kompetencyjnej. Zakres regulacji prawnej stosowania zgody warunkowej jest zatem różny; dużą rolę w jej ukształtowaniu odgrywają jednak zawsze (zwłaszcza w państwach pozaeuropejskich i w UE) praktyczne doświadczenia organów ochrony konkurencji, przybierające niekiedy formę wytycznych (*soft law*).

Na tym tle prawne podstawy instytucji zgody warunkowej w Polsce nie wyglądają najgorzej, aczkolwiek niektóre polskie rozwiązania różnią się znacznie⁴⁵ od np. regulacji unijnych. Dotyczy to nie tylko instytucji prawnej zgody warunkowej w kształcie nadanym jej przez ustawę antymonopolową z 1990 r. w wersji po nowelizacji z 1995 r.⁴⁶, ale także zgody warunkowej na dokonanie koncentracji stworzonej w uokik z 2000 r. i z 2007 r. **Podstawy prawne** wydawania zgód warunkowych są w obu ustawach prawie **identyczne**, z zastrzeżeniem generalnej zmiany testu konkurencji dokonanej ustawą z dnia 16.05.2004 r., nowelizującą uokik z 2000 r. **Podstawę kompetencyjną** wydawania przez Prezesa UOKiK, w drodze decyzji administracyjnej, zgody na dokonanie koncentracji, gdy po spełnieniu przez przedsiębiorców zamierzających dokonać koncentracji warunków, konkurencja na rynku nie zostanie istotnie ograniczona (w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku) stanowi art. 19 ust. 1 uokik z 2007 r.

⁴⁴ Art. 46 ust. 2 pkt c) rumuńskiej ustawy o konkurencji z 1996 r.; zob. także M. Rădulescu, F. Urlesberger, *Romania* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 255; A.I. Ioachimesu, *Romania* [w:] *Merger Control 2008*, s. 285.

⁴⁵ Inaczej K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2008, s. 547. Różnice te wskazują w poniższych podrozdziałach tego rozdziału.

⁴⁶ Jej art. 11a ust. 2 stanowił, że Prezes UOKiK mógł, m.in. „przedstawić przedsiębiorcom – przed wydaniem decyzji zakazującej łączenia – warunki, na jakich łączenie może nastąpić, wyznaczając termin na ustosunkowanie się do zgłoszonej propozycji”. Akceptacja tych warunków oznaczała w praktyce zgodę na dokonanie łączenia; wobec tego, że zgoda ta miała formę zaświadczenia o baraku zastrzeżeń kierowanego tylko do stron łączenia, brak danych na temat zakresu stosowania tej instytucji. W każdym razie, żadnego przypadku takiej decyzji nie wskazuje ani żaden z komentarzy, ani żadna z innych publikacji z lat 90-tych.

(identyczną normę kompetencyjną zawierał art. 18 ust. 1 uokik z 2000 r.). **Przepisy** art. 19 ust. 2 uokik z 2007 r. (identycznie – art. 18 ust. 2 uokik z 2000 r.) określają, np. **warunki**, jakie mogą umożliwić wydanie warunkowej zgody na dokonanie koncentracji, **oraz sposoby ich formułowania**. Przepis ten znajduje swoje rozwinięcie w art. 95 ust. 2 uokik z 2007 r. (identycznie – art. 96 ust. 2 uokik z 2000 r.), który zawiera **proceduralne uprawnienie** Prezesa UOKiK do **przedstawienia** określonych **warunków** i przewiduje **wydanie zakazu koncentracji w sytuacji, gdy warunki te nie zostaną** przez przedsiębiorców **zaakceptowane**. Instytucję prawną zgody warunkowej uzupełniają **przepisy sankcjonujące** zawinioną przez przedsiębiorców wadliwość decyzji warunkowej (art. 21 ust. 1 uokik z 2007 r. oraz art. 20 ust. 1 uokik z 2000 r.) oraz zwłokę w jej wykonaniu (art. 107 uokik z 2007 r. oraz art. 102 ust. 1 uokik z 2000 r.). W analizowanym zakresie nie istnieją w Polsce ani przepisy wykonawcze do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ani wytyczne (akty typu *soft law*).

Nie mam najmniejszej wątpliwości⁴⁷, że decyzją Prezesa UOKiK, której istotą jest wyrażenie zgody na dokonanie koncentracji „pod warunkiem” zmodyfikowania jej pierwotnego (zgłoszonego) kształtu (**zgoda warunkowa**), jest decyzją nadzorczą – stanowi **środek prewencyjnego nadzoru nad koncentracjami** przedsiębiorstw⁴⁸. Oznacza to m.in., że traktowanie zgody warunkowej jako umowy publicznoprawnej czy „specjalnego rodzaju umowy”⁴⁹ nie znajduje podstaw prawnych. Stanowisko M. Błachuckiego, będące najmocniejszą w literaturze krytyką tego poglądu, jest jak najbardziej uzasadnione; słusznie wskazuje on bowiem, że „choć uzgodnienie treści warunków następuje w drodze negocjacji, to jednak nie są one rozmowami równoprawnych partnerów, szczególnie że jeden z nich pertraktuje pod sankcją całkowitego zakazu transakcji”, a ponadto „warunki czerpią swoją moc prawną z faktu, że są częścią osnowy decyzji”⁵⁰. Można tylko zgodzić

⁴⁷ Zob. szerzej T. Skoczny [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod red. naukową T. Skoczego, C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 841.

⁴⁸ Zob. także M. Wierzbowski, K. Karasiewicz, R. Stankiewicz, *Kontrola koncentracji przedsiębiorców* [w:] *Studia Prawa Prywatnego*, z. 2 (25) 2012, s. 8, 41; R. Stankiewicz, *Nadzór administracyjny jako forma relacji określająca oddziaływanie państwa na procesy koncentracji przedsiębiorców*, *Studia Iuridica* Nr XLV, 2006, s. 199 i d., s. 205 i d.; K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, wyd. 1, LexisNexis, Warszawa 2005, s. 366.

⁴⁹ Co wydaje się sugerować J. Olszewski [w:] *Nowa ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, część I, *Monitor Prawniczy* 2001, Nr 14, s. 727 oraz [w:] *Nadzór nad koncentracją przedsiębiorców jako forma prewencyjnej ochrony konkurencji*, Wyd. Uniwersytetu Rzeszowskiego, Rzeszów 2004, s. 370 i d.

⁵⁰ M. Błachucki, *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców*, UOKiK, Warszawa 2012, s. 295.

się z poglądem, że instytucja zgody warunkowej, pozwalająca przedsiębiorcom na „indywidualne kształtowanie (...) planu bezpiecznej koncentracji, jest rozwiązaniem bardzo przydatnym”⁵¹.

W pełni zgadzam się też z poglądem dominującym w polskim prawie administracyjnym i administracyjnym prawem antymonopolowym, że zgoda warunkowa na dokonanie koncentracji **nie jest decyzją wydaną pod warunkiem** spełnienia się lub niespełnienia się określonego warunku jako zdarzenia przyszłego ze skutkami dla jej ważności⁵²; inaczej niż w prawie UE i niektórych jej państw członkowskich (np. w Niemczech) żadna część osnovy polskiej decyzji udzielającej zgody warunkowej nie jest tak rozumianym warunkiem (zawieszającym lub rozwiązującym). Mogę także zgodzić się z poglądem, że w świetle doktryny prawa administracyjnego zgodę warunkową można uznać za decyzję zawierającą upoważnienie do dokonania koncentracji oraz „zlecenie przywrócenia konkurencji”⁵³. Doktrynalna kwalifikacja tych decyzji nie jest jednak przedmiotem poniższych rozważań, dlatego też w całej niniejszej monografii (zwłaszcza w tym rozdziale) używam konsekwentnie pojęcia „zgoda warunkowa”, której istotą jest udzielenie zgody na dokonanie koncentracji, ale także (dodatkowo) nałożenie na przedsiębiorców pewnych warunków i obowiązków dla przywrócenia konkurencji na rynkach.

W Polsce, a także w zdecydowanej większości państw członkowskich UE, nie istnieją wytyczne stosowania instytucji zgody warunkowej. Elementy systemu udzielania zgód warunkowych w Polsce wynikają zatem z praktyki decyzyjnej Prezesa UOKiK. **Praktyka** stosowania ww. przepisów obu ustaw **nie jest ilościowo szczególnie duża**, ale pozwala na odtworzenie podstawowych zasad polityki Prezesa UOKiK w tym zakresie. Na podstawie uokik z 2000 r. – w latach 2002–2007⁵⁴ – Prezes UOKiK wydał tylko dzie-

⁵¹ J. Olszewski, *Nowa ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, s. 727.

⁵² Zob. wyżej rozdział I pkt 2 niniejszej monografii i niżej pkt 6.2 niniejszego rozdziału; zob. także M. Wierzbowski, K. Karasiewicz, R. Stankiewicz, *Kontrola koncentracji przedsiębiorców*, s. 45; R. Stankiewicz, *Charakter prawny decyzji Prezesa UOKiK zezwalającej na dokonanie koncentracji z art. 18 ust. 1 ustawy antymonopolowej*, *Kwartalnik Prawa Publicznego* 2006, Nr 3, s. 127 i d.; R. Błachucki, *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji...*, s. 296–297.

⁵³ A. Wiktorowska [w:] M. Wierzbowski (red.), M. Szubiakowski, A. Wiktorowska, *Postępowanie administracyjne – ogólne, podatkowe, egzekucyjne i przed sądami administracyjnymi*, wyd. 15, Beck, Warszawa 2012, w. 159; R. Stankiewicz, *Charakter prawny decyzji Prezesa UOKiK zezwalającej na dokonanie koncentracji...*, s. 125; M. Wierzbowski, K. Karasiewicz, R. Stankiewicz, *Kontrola koncentracji przedsiębiorców*, s. 45; M. Błachucki, *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji...*, s. 297.

⁵⁴ Statystyki decyzji w sprawach koncentracji można uznać za stosunkowo wiarygodne tylko za lata 2003–2009, kiedy to decyzje te były już publikowane na stronie internetowej

więc zgód warunkowych⁵⁵. Również dziewięć decyzji warunkowych wydał w okresie od dnia wejścia w życie uokik z 2007 r. (21.4.2007 r.) do dnia 30.06.2012 r.⁵⁶ W tym czasie wydał dodatkowo jedną decyzję sankcjonującą zwłokę w wykonaniu decyzji wydanej jeszcze pod rządami uokik z 2000 r.⁵⁷; decyzja ta została utrzymana w mocy przez SOKiK⁵⁸. Decyzje te stanowiły więc dużo mniej niż 1% procent wszystkich decyzji wyrażających zgodę na dokonanie lub zakazujących dokonania koncentracji, wydanych przez Prezesa UOKiK w latach 2000–2012. Ponadto, w tym samym okresie wydał tylko siedem decyzji zakazujących dokonania koncentracji – dwie na podstawie uokik z 2000 r.⁵⁹ i pięć na podstawie uokik z 2007 r.⁶⁰ Żadna z **osiemnastu zgód warunkowych na dokonanie koncentracji**, będących podstawą

UOKiK, www.uokik.gov.pl.

- ⁵⁵ Zob. decyzje Prezesa UOKiK z: 28.11.2002 r., Nr DDF-60/02 *CVC Capital Partners/PAI Management /Provimi* (dalej: *CVC/PAI/Provimi*); 6.03.2003 r., Nr DDF-11/2003 *Rethmann Recycling/16 spółek zależnych LOBBE* (dalej: *Rethmann/LOBBE*); 5.05.2003 r., Nr RGD-7/2003 *ICTSI/BCT*; 18.05.2004 r., Nr DOK-36/2004 *Sanofi-Synthelabo/Aventis*; 20.04.2005 r., Nr DOK-35/2005 *Nafta Polska/4 cztery spółki chemiczne; FMC/Eurodial*; 3.10.2006 r., Nr DOK-116/06 *PCC/Zakłady Azotowe*; 5.06.2007 r., Nr DOK-71/07 *CRH Deutschland/E. SchwenkUnternehmensbeteiligungs GmbH* (dalej: *CRH/E. Schwenk*); 28.06.2007 r., Nr DOK-86/2007 *Carrefour Nederland/Ahold Polska* (dalej: *Carrefour/Ahold*).
- ⁵⁶ Zob. decyzje Prezesa UOKiK z: 19.06.2008 r., Nr DKK-49/2008 *Multikino/Silver Screen*; 24.9.2008 r., Nr DKK-76/2008 *Jeronimo Martins Dystrybucja/Plus Discount* (dalej: *JMD/Plus Discount*); 25.02.2009 r., Nr DKK-9/09 *Agros Nova/Kotlin*; 12.07.2010 r., Nr DKK-64/10 *Unibail-Rodamco/Simon Ivanhoe* (dalej: *Rodamco/Simon Ivanhoe*); 18.10.2010 r., Nr DKK-105/2010 *Kompania Węglowa/Huta Łabędy*; 28.06.2011 r., Nr DKK-70/11 *Fresenius Medical Care/Eurodial* (dalej: *FMC/Eurodial*); 5.09.2011 r., Nr DKK-101/11 *UPC/Aster*; 27.10.2011 r., Nr DKK-128/2011 *Eurocash/Tradis i inni* (dalej: *Eurocash/Tradis*); 26.03.2012 r., Nr DKK-23/2012 *ZF Polpharma/ZF Polfa (Polpharma/Polfa)*.
- ⁵⁷ Decyzja Prezesa UOKiK z 28.08.2009 r., Nr DKK-58/2009 *Carrefour*, dotycząca decyzji Prezesa UOKiK z 28.06.2007 r., Nr DOK-86/2007 *Carrefour/Ahold*.
- ⁵⁸ Wyrok SOKiK z 3.10.2011 r., XVII AmA 8/10 *Carrefour Nederland* (niepubl.).
- ⁵⁹ Zob. decyzje Prezesa UOKiK z: 29.06.2001 r., Nr DDI-38/2001 *PKN ORLEN/PPPP Naftoport* (dalej: *ORLEN/Naftoport*); 4.05.2006 r., Nr DOK-41/04 *Carey Agri International/Jablonna* (dalej: *Carey Agri/Jablonna*).
- ⁶⁰ Zob. decyzje Prezesa UOKiK z: 5.03.2009 r., Nr DKK-10/09 *Orzeł Biały/Baterpol*; 8.10.2009 r., Nr DKK-67/09 *Cogifer/Koltram*; 8.10.2009 r., Nr DKK-68/09 *Rieber Foods Polska/FoodCare* (dalej: *Rieber Foods/FoodCare*) – decyzja uprawomocniła się; 3.02.2011 r., Nr DKK-12/11 *NFI Empik Media & Fashion/Merlin* (dalej: *Empik/Merlin*); 13.01.2011 r., Nr DKK-1/2011 *PGE/Energa*. Wobec tych dwóch ostatnich zakazów zostały sformułowane wątpliwości; zob. M. Radomyski, *The EMPIK and Merlin concentration: Would the European Commission reach a similar verdict?. Case comment to the decision of the President of the Office of Competition and Consumer Protection of 3 February 2011 – Merlin. pl and NFI Empik Media & Fashion S.A. (DKK-12/2011)*, YARS 2012, Vol. 5(6), s. 297; T. Skoczny, *Consolidation of the Polish Electricity Sector. The Merger Law Perspective*, YARS 2011, Vol. 4(4), s. 169.

analizy w niniejszym opracowaniu, nie była przedmiotem kontroli sądowej⁶¹; Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów utrzymał natomiast w mocy trzy ostatnie decyzje zakazujące dokonania koncentracji w Polsce⁶².

Warto w tym miejscu zauważyć, że w tym samym okresie (2000–2012/VI)⁶³ Komisja Europejska wydała 3300 decyzji wyrażających zgodę (bezwarunkową i warunkową) lub zakazujących koncentracji (łącznie w pierwszej i w drugiej fazie), w tym 242 (180 w pierwszej fazie i 62 w drugiej fazie) decyzji warunkowych oraz 11 zakazów. Niewielka ilość zakazów oraz fakt, że zgody warunkowe stanowiły w tym okresie ponad 7% (w latach 1990–2009 – ok. 6,5%) uznawane są w literaturze za **przejaw dawania priorytetu zgodom warunkowym przed zakazami**⁶⁴.

Na gruncie powyższych rozważań można przyjąć, że stosowne **normy prawne** różnych porządków prawnych **pozwalają na udzielanie zgód warunkowych** i – w stopniu szerszym lub węższym – predefiniują warunki i gwarancje realnej modyfikacji zamierzonych koncentracji, które rodziły początkowo problemy w zakresie konkurencji/zagrożenia dla konkurencji (*competition concerns*); jak zostanie jednak wykazane poniżej, szczegółowe rodzaje środków zaradczych i stawiane im wymogi są już rezultatem praktyki stosowania norm prawa kontroli koncentracji. Co więcej, praktyka stosowania ww. norm prawnych dowodzi, że **udzielanie zgód warunkowych** jest, a przynajmniej powinno być **najbardziej pożądanym instrumentem ingerencji nadzorczej w sprawach koncentracji** (poza oczywiście zgodą bezwarunkową wydawaną wtedy, gdy zgłoszona koncentracja nie rodzi takich problemów). Zasadniczym warunkiem przyznania tego rodzaju ingerencji priorytetu w działaniach organów ochrony konkurencji w sprawach kontroli koncentracji jest oczywiście **zapewnienie skuteczności warunkowych zgód na dokonanie koncentracji**⁶⁵, które bez spełnienia określonych warunków i obowiązków miałyby charakter antykonkurencyjny. U podstaw poniższych rozważań leży więc hipoteza badawcza sprowadzająca się do poszukiwania odpowiedzi na pytanie, **czy normatywne podstawy oraz praktyka stosowania**

⁶¹ Postępowanie odwoławcze wszczęte z odwołania przejmującego kontrolę od decyzji Prezesa UOKiK z 5.06.2007 r., Nr DOK-71/07 CRH /E. *Schwenk* zostało przez SOKiK umorzone bez rozpoznania.

⁶² Zob. wyroki SOKiK z 5.04.2011 r., XVII AmA 213/09 (koncentracja: *Cogiter/Koltram*) oraz z 14.05.2012 r., XVII AmA 41/11 *PGE* (koncentracja: *PGE/Energa*).

⁶³ www.europa.eu/competition/mergers/statistics stan na 31.8.2010 r.

⁶⁴ Zob. np. R. Whish, *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, Oxford 2009, s. 892 i d.; A. Lindsay, *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*, Second Edition, Sweet & Maxwell, London 2006, s. 547.

⁶⁵ J. Olszewski, *Nowa ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, s. 726–727, wskazuje na trudności w spełnieniu tych warunków.

instytucji zgody warunkowej tworzą warunki skuteczności takich decyzji.

Zakładam, że skuteczność ta może być zapewniona przez:

- a) dobór i kształt środków zaradczych – warunków modyfikacyjnych (strukturalnych i behawioralnych) i gwarancyjnych, których charakter i szczegółowe wymogi w optymalnym stopniu odpowiadają istocie (materialnemu *ratio legis*) instytucji zgody warunkowej;
- b) procedurę ich formułowania i nakładania w postępowaniu w sprawie koncentracji;
- c) sankcje służące dyscyplinowaniu przedsiębiorców do realizowania warunków lub przywracaniu konkurencji w przypadku ich niespełnienia.

Poniższe szczegółowe analizy istoty i uwarunkowań materialnoprawnych oraz proceduralno-sankcyjnych środków zaradczych będą służyć weryfikacji ww. hipotezy badawczej. Na podstawie tych rozważań podjęta będzie próba odpowiedzi na pytanie, czy prawo pozwala zdefiniować środki zaradcze, czy są one kategorią jednolitą, czy też zróżnicowaną, a jeśli tak, to jakie są ich podstawowe rodzaje, które z nich są najbardziej typowe i czym się charakteryzują, a w szczególności, jakie wymogi muszą spełniać, aby mogły być zaakceptowane przez organ ochrony konkurencji. Rozważania te zostaną zaprezentowane w drugim podrozdziale tego rozdziału. Jego podrozdział trzeci będzie poświęcony charakterystyce prawnej i praktyce najbardziej typowych środków zaradczych. W czwartym podrozdziale analizie poddane zostaną szczegółowe regulacje prawne i doświadczenia praktyki w zakresie formułowania i nakładania warunków, a w podrozdziale piątym – instrumenty prawne zapewnienia ich skuteczności.

2. Warunki

2.1. Istota prawna, wymogi akceptowalności i rodzaje warunków

2.1.1. Istota prawna i wymogi akceptowalności warunków

W żadnym z badanych porządków prawnych kontroli koncentracji **nie ma generalnej definicji ustawowej** środka zaradczego czy warunku *sensu largo* (*condition*), którego zastosowanie (nałożenie) sprawia, że zgoda na dokonanie koncentracji ma charakter warunkowy (*conditional approval/clearance*), a nie bezwarunkowy (bezwzględny); definicji takich nie formułują też z reguły akty typu *soft law*. Istotę takich warunków czy środków zaradczych przedstawia się w różnych porządkach prawnych kontroli koncentracji na różne – w zasadzie trzy – sposoby: przez określenie celu (*ratio legis*)

instytucji zgody warunkowej oraz wymogów (przesłanek) ich akceptowalności, a niekiedy także przez nazwanie (wskazanie) – choćby przykładowo – rodzajów warunków (środków zaradczych)⁶⁶. Niektóre z tych elementów istoty prawnej warunków mają niekiedy swoje źródło dopiero w praktyce decyzyjnej lub orzeczniczej (w konkretnych decyzjach administracyjnych lub wyrokach sądowych).

Bez wątpienia w każdym porządku prawnym kontroli koncentracji **zasadniczy cel** (*ratio legis*) instytucji zgody warunkowej ma dwa wymiary – materialny i formalny. **Materialne *ratio legis*** tej instytucji sprowadza się do umożliwienia uzyskania przez uczestników koncentracji zgody na jej dokonanie – jednak w wersji zmienionej (zmodyfikowanej) w stosunku do tej zawartej w zgłoszeniu zamiaru⁶⁷; wersja pierwotna prowadziłaby bowiem do wydania przez organ ochrony konkurencji decyzji o zakazie dokonania koncentracji. Dzięki instytucji prawnej zgody warunkowej uczestnicy koncentracji grożącej zakazem mogą w trakcie postępowania przed organem ochrony konkurencji (ewentualnie sądem) dokonać modyfikacji swego pierwotnego projektu w taki sposób, że **wyeliminują możliwość stwierdzenia, że zamierzona koncentracja narusza podstawowy** (ekonomiczny) **test konkurencji**, czyli prowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji (CLT), znaczącego zaszkodzenia skutecznej konkurencji (SIEC) czy powstania lub wzmocnienia pozycji dominującej (DPT). W interesie publicznym ochrony konkurencji, czyli w celu niedopuszczenia do antykonkurencyjnej koncentracji, nie leży natomiast zakazywanie koncentracji, które po zmianach, będących istotą konkretnych warunków ją modyfikujących, mogą być dla mechanizmu konkurencji pozytywne lub w stosunku do niego ambiwalentne⁶⁸. Takie (*sensu largo*) rozumienie **warunków** (wszelkich zmian, które strony koncentracji muszą zaakceptować na mocy decyzji udzielającej zgody warunkowej) można wydedukować także w prawie UE. Stąd też są one określane w aktach typu *soft law*, w orzeczeniach i praktyce decyzyjnej Komisji Europejskiej jako środki zaradcze. Ich ostatecznym celem jest wyeliminowanie ewentualnych zagrożeń dla konkurencji (*competition concerns*) stwierdzonych przez KE na danym etapie postępowania. **Formalne *ratio legis*** instytucji zgody warunkowej wyraża się w oszczędnościach czasu i kosztów postępowania – w jego uproszczeniu. Słusznie podkreślono w polskiej doktrynie, że

⁶⁶ Będzie o tym mowa w podrozdziale 3 niniejszego rozdziału.

⁶⁷ W polskiej doktrynie podobnie K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, s. 546.

⁶⁸ Tak na gruncie polskiego prawa ochrony konkurencji M. Bernatt, A. Jurkowska, T. Skoczny, *Ochrona konkurencji i konsumentów*, Wyd. Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2007, s. 117.

brak przepisów umożliwiających udzielenie (uzyskanie) zgody warunkowej powodowałby „konieczność prowadzenia dwóch odrębnych postępowań”⁶⁹ – jednego, kończącego się zakazem i ewentualnie kontynuowanego przed SOKiK, i drugiego, wszczętego ze zgłoszenia nowego, zmodyfikowanego zamiaru koncentracji. Oba te cele (materialny i formalny) są istotne z perspektywy zarówno organu ochrony konkurencji (skutecznej realizacji misji zapobiegania antykonkurencyjnym koncentracjom), jak i przedsiębiorstw (efektywnego korzystania z wolności dokonywania transakcji koncentracyjnych). Zasadniczym celem instytucji prawnej zgody warunkowej jest zatem **możliwość uniknięcia zakazu** antykonkurencyjnej koncentracji. Szczególnego podkreślenia wymaga okoliczność, że takie uniknięcie zakazu jest **korzystne i pożądane** zarówno **dla uczestników koncentracji**, jak i dla **organu** (-ów) **ochrony konkurencji**. Uzyskując zgodę warunkową na dokonanie koncentracji, która w swej pierwotnej wersji zostałaby zakazana, uczestnicy koncentracji realizują związane z daną transakcją cele biznesowe, nawet jeśli nie w zamierzonym kształcie czy zakresie. Wydając zgodę warunkową na dokonanie zmodyfikowanej koncentracji, właściwe organy realizują swoją misję ochrony konkurencji, ingerując w przekształcenia strukturalne w gospodarce przy pomocy środka zdecydowanie mniej interwencyjnego niż w przypadku bezwzględного zakazu.

W kontekście tak rozumianego *ratio legis* instytucji prawnej zgody warunkowej można zatem przyjąć, że pod pojęciem warunków *sensu largo* (środków zaradczych) należy rozumieć działania (środki), jakie powinny być podjęte po to, żeby organ ochrony konkurencji mógł wyrazić a przedsiębiorcy mogli uzyskać zgodę na zamierzoną (zgłoszoną) koncentrację, mimo że najpierw (we wstępnej/pierwszej fazie postępowania) zostało stwierdzone, że budzi ona zastrzeżenia (rodzi zagrożenia) dla konkurencji, których potwierdzenie się w wyniku późniejszych badań (zwłaszcza w drugiej fazie postępowania) musiałoby skutkować zakazaniem jej dokonania. Ich sens wyraża się więc w tym, że są one w stanie usunąć wszelkie wątpliwości co do antykonkurencyjnych skutków koncentracji (na wczesnym etapie/ w pierwszej fazie postępowania) lub rozwiązać problemy dla konkurencji czy wyeliminować zagrożenia dla konkurencji (w późniejszym etapie/drugiej fazie postępowania)⁷⁰. Przez **warunki sensu largo** (środki zaradcze) będą więc w poniższych rozważaniach rozumiał **wszelkie działania** (środki), **które mogą zmienić pierwotnie negatywne wyniki analizy ekonomicznej dokonanej**

⁶⁹ E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Twigger, Warszawa 2002, s. 166.

⁷⁰ O proceduralnych aspektach stosowania instytucji zgody warunkowej piszę szerzej poniżej w podrozdziale 6.

w ramach testu konkurencji i pozwolić uniknąć wydania (uzyskania) zakazu dokonania koncentracji.

Jak wynika z przeprowadzonego powyżej przeglądu podstaw kompetencyjnych udzielania zgód warunkowych⁷¹, w zdecydowanej większości porządków prawnych kontroli koncentracji zasadniczy (materialnoprawny) **cel** (*ratio legis*) zgody warunkowej **wyrażany** jest w nich **w formie prostej odwrotności przesłanek zakazu**. Tak jest zarówno w państwach pozaeuropejskich, jak i w UE oraz w większości jej państw członkowskich⁷², w tym w Polsce. Jest to zrozumiałe, jako że zgoda warunkowa jest – co do zasady – zgodą na dokonanie koncentracji, a zatem może być wydana tylko wtedy, gdy skutkiem (efektem) zamierzonej koncentracji (po dokonanych w niej modyfikacjach) nie będzie istotne ograniczenie (skutecznej) konkurencji. W niektórych porządkach prawnych kontroli koncentracji zawarty w normach kompetencyjnych **cel** instytucji prawnej zgody warunkowej jest **określany** inaczej – z reguły **bardziej szczegółowo**. Z norm takich nie wynika jednak szerszy mandat decyzyjny nawet wtedy, gdy prawodawca określa zadanie organu ochrony konkurencji jako np. możliwe „wyeliminowanie negatywnych” (Szwecja, Dania⁷³) czy „osłabienie niekorzystnych” (Węgry) skutków koncentracji, „wyeliminowanie poważnego podejrzenia niezgodności koncentracji z regułami konkurencji” (Słowenia), „zapobieżenie negatywnym dla konkurencji konsekwencji danej koncentracji” (Łotwa). W niektórych krajach prawodawca uprawnia organ ochrony konkurencji udzielający zgody warunkowej do „zapewnienia skutecznej konkurencji” (Szwajcaria), „zapewnienia konkurencyjności rynku” (Cypr), „zaradzania, ograniczania lub zapobiegania jakimkolwiek skutkom negatywnym” koncentracji (Wielka Brytania)⁷⁴, „przywrócenia konkurencji” (Hiszpania). Niektórzy prawodawcy idą jednak dalej przyznając organom ochrony konkurencji kompetencje do „stosowania „środków, które prowadzą do poprawy struktury konkurencji na rynkach” (Irlandia) lub „zagwarantowania zachowania skutecznej konkurencji lub generalnie pozytywnego wpływu na rynek właściwy” (Bułgaria) czy „zaradzania lub zrekompensowania ograniczeniom konkurencji” (Francja). Może to rodzić pytanie, czy mandat decyzyjny organów ochrony konkurencji w tych

⁷¹ Zob. podrozdział 1 niniejszego rozdziału.

⁷² Np. w Czechach ustawa określa cel warunków jako „utrzymanie skutecznej konkurencji”; zob. art. 17 ust. 4 ustawy o ochronie konkurencji z 2001 r.

⁷³ Zob. H. Peytz, B. Schiønning, *Denmark* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 91–92; M. Kofmann, J.M. Plum, E. Bertelsen, *Denmark* [w:] *Merger Control 2008*, s. 113. Wymieniony w ustawie duńskiej trzeci warunek („podjęcie innych środków służących rozwojowi konkurencji”) trzeba traktować jako klauzulę otwartości tej instytucji.

⁷⁴ Art. 73 ust. 2 brytyjskiej ustawy o przedsiębiorstwie z 2002 r.

krajach nie jest szerszy albo czy normy te nie zawierają **dodatkowych reguł interpretacyjnych warunków** (środków zaradczych), których zastosowanie może prowadzić – z perspektywy przedsiębiorstw – do uniknięcia zakazu zamierzonej koncentracji, a z perspektywy organu ochrony konkurencji – do wydania zgody warunkowej na jej dokonanie.

Pytanie takie można stawiać analizując regulacje w Polsce. Nie ulega wątpliwości, że ustawodawca nie zawarł w art. 19 uokik z 2007 r. żadnych szczególnych reguł interpretacyjnych celu instytucji prawnej zgody warunkowej. Mimo to już pod rządami art. 18 uokik z 2000 r. nie było w piśmiennictwie żadnych wątpliwości, że zgoda warunkowa może być wydana tylko wtedy, gdy w jej wyniku „stan konkurencji na rynku będzie utrzymany w zasadzie na poziomie sprzed wydania rozstrzygnięcia pozytywnego”⁷⁵; pogląd ten jest akceptowany także pod rządami art. 19 uokik z 2007 r.⁷⁶ Najmocniej wyraża to R. Stankiewicz, gdy stwierdza, że w Polsce „organ antymonopolowy nie powinien proponować stronie takich warunków, które w swej istocie prowadziłyby do dekoncentracji na rynku”⁷⁷; jak rozumiem, ma tu na myśli niedopuszczalność „strukturalnej poprawy” konkurencji na rynku w stosunku do stanu, w jakim zamierzona koncentracja została zgłoszona.

Z uwagi na brak wytycznych stosowania tego przepisu, odpowiedzi na pytanie o podstawowe wymogi akceptowalności warunków można poszukiwać tylko na gruncie praktyki decyzyjnej Prezesa UOKiK. W zdecydowanej większości zgód warunkowych Prezes UOKiK zmierzał do zniwelowania antykonkurencyjnych skutków transakcji na rynkach właściwych⁷⁸, najczęściej przez „zredukowanie siły rynkowej przedsiębiorców objętych koncentracją i przez to utrzymanie (względnie przywrócenie) efektywnej konkurencji, która byłaby zakłócona w wyniku koncentracji (dokonanej bez wprowadzenia

⁷⁵ R. Stankiewicz, *Charakter prawny decyzji Prezesa UOKiK zezwalającej na dokonanie koncentracji...*, s. 125; zob. także E. Modzelewska-Wącha, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, s. 167.

⁷⁶ Zob. *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod red. C. Banasińskiego, E. Piontka, LexisNexis, Warszawa 2009, s. 366; *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod red. A. Stawickiego, E. Stawickiego, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2011, s. 485; *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, pod red. naukową T. Skoczego, s. 868; zob. także K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, s. 550.

⁷⁷ R. Stankiewicz, *Charakter prawny decyzji Prezesa UOKiK zezwalającej na dokonanie koncentracji...*, s. 132.

⁷⁸ Decyzja Prezesa UOKiK z 24.09.2008 r., Nr DKK-76/2008 *JMD/Plus Discount*, s. 105; decyzja Prezesa UOKiK z 20.04.2005 r., Nr DOK-35/2005 *Nafta Polska/4 spółki ciężkiej chemii*.

i wykonania warunków modyfikujących)”⁷⁹, czy przez obniżenie udziału w rynku „poniżej poziomu, z którym uokik wiąże domniemanie posiadania pozycji dominującej albo do poziomu, którym dysponował jeden z uczestników koncentracji przed jej dokonaniem”⁸⁰. Brak zniwelowania istotnego ograniczenia konkurencji, wynikającego z [danej] koncentracji⁸¹ był też podstawą odmowy akceptacji proponowanego przez strony warunku. W tak rozumianym mandacie decyzyjnym mieści się także akceptacja warunku, który zmierza do „zachowania status quo sprzed dokonania koncentracji”⁸².

W niektórych (najnowszych) zgodach warunkowych Prezes UOKiK zdaje się jednak **wykraczać poza** tak rozumiany **mandat**. Tak np. w sprawie koncentracji *Rodamco/Simon Ivanhoe* zastosowany warunek strukturalny nie tylko „umożliwi zachowanie efektywnej konkurencji na rynku [właściwym]” przez „zmniejszenie wzrostu w udziale w rynku”, ale w przypadku jego realizacji „uczestnikom przybędzie największy konkurent [konkurent z największym udziałem w rynku – dop. T.S.], tj. właściciel galerii Złote Tarasy, który do tego „będzie dysponował galerią zlokalizowaną w ścisłym centrum aglomeracji warszawskiej”⁸³. Również w sprawie koncentracji *UPC/Aster* dzięki zastosowanym warunkom, „zachowana zostanie dotychczasowa struktura konkurencji („w miejsce Aster wejdzie nabywca części sieci objętej warunkiem)” a „udział uczestników koncentracji (...) na rynku spadnie z ok. 50–60% do poziomu [tajemnica]”⁸⁴. Jednakże, „w wyniku sprzedaży (...) części sieci, konkurencja na (...) rynkach zostanie wzmocniona. W miejsce części sieci Aster objętej warunkiem wejdzie bowiem podmiot (podmioty), który będzie konkurował z uczestnikami koncentracji. W ocenie organu antymonopolowego, istnieje również duża szansa, iż nabywca części sieci Aster objętej warunkiem będzie ją rozwijał (rozbudowywał) i w ten sposób konkurował z uczestnikami koncentracji także na terenach, gdzie sieci Aster i UPC nie pokrywały się”⁸⁵. Trudno nie uznać, że w obu tych koncentracjach Prezes UOKiK chciał nie tylko zachować konkurencję na rynkach właściwych, ale także ją wzmocnić, czyli poprawić strukturę rynku.

⁷⁹ Decyzja Prezesa UOKiK z 27.10.2011 r., Nr DKK-128/2011 *Eurocash/Tradis*, s. 57; decyzja Prezesa UOKiK z 5.09.2011 r., Nr DKK-101/11 *UPC/Aster*, s. 54; decyzja Prezesa UOKiK z 12.07.2010 r., Nr DKK-64/10 *Rodamco/Simon Ivanhoe*, s. 59.

⁸⁰ Decyzja Prezesa UOKiK z 27.10.2011 r., Nr DKK-128/2011 *Eurocash/Tradis*, s. 59.

⁸¹ Decyzja Prezesa UOKiK z 5.09.2011 r., Nr DKK-101/11 *UPC/Aster*, s. 57; decyzja Prezesa UOKiK z 30.09.2005 r., Nr DOK-123/05 *Carey Agri/Polmos Białystok*, s. 17.

⁸² Decyzja Prezesa UOKiK z 19.06.2008 r., Nr DKK-49/2008 *Multikino/Silver Screen*, s. 102.

⁸³ Decyzja Prezesa UOKiK z 12.07.2010 r., Nr DKK-64/10 *Rodamco/Simon Ivanhoe*, s. 60–61.

⁸⁴ Decyzja Prezesa UOKiK z 5.09.2011 r., Nr DKK-101/11 *UPC/Aster*, s. 77.

⁸⁵ Decyzja Prezesa UOKiK z 5.09.2011 r., Nr DKK-101/11 *UPC/Aster*, s. 77.

W moim przekonaniu dla ewentualnej obrony tych decyzji przed SOKiK nie wystarczyłoby powołanie się na art. 19 ust. 1 i 2 uokik z 2007 r. wskazany w jej sentencji; **utrzymanie ich w mocy** byłoby możliwe **tylko w przypadku odwołania się do art. 1 uokik**.

2.1.2. Ogólne wymogi akceptacji warunków

Podstawowe znaczenie dla określenia istoty warunków umożliwiających uzyskanie zgody na dokonanie koncentracji *prima facie* antykonkurencyjnej mają **ogólne wymogi ich akceptacji**, formułowane w niektórych porządkach prawnych kontroli koncentracji (głównie w aktach typu *soft law*) lub dopiero w praktyce decyzyjnej i orzeczniczej. Rzadko jednak tak jest w krajach pozaeuropejskich, gdzie prawo nie wychodzi raczej poza określenie podstawowego celu (*ratio legis*) tych środków; tylko w Brazylii stwierdza się dodatkowo, że środki zaradcze muszą być wyraźnie skierowane na zagrożenia konkurencji, powodowane przez transakcję i być adekwatne dla rynku, których zagrożenia te dotyczą⁸⁶.

Zupełnie inaczej jest w prawie UE i jej państw członkowskich. Trudno zwłaszcza przecenić znaczenie obu Zawiadomień KE w sprawie środków zaradczych z 2001 r. i z 2008 r. To ostatnie formułuje aktualne zasady ogólne ich stosowania bardzo szeroko, w tym, m.in. określa „podstawowe warunki zatwierdzania zobowiązań” oraz „stosowność różnych rodzajów środków zaradczych”. Stwierdza oczywiście przede wszystkim, że zgodnie z rozp. 139/2004 KE jest uprawniona zatwierdzać tylko takie zobowiązania, które są w stanie zapewnić zgodność koncentracji z rynkiem wewnętrznym, tak aby zapobiec znacznemu zakłóceniu skutecznej konkurencji⁸⁷; formułuje jednak także wymogi szczegółowe. Komisja Europejska uznaje mianowicie, że środki takie (przedstawione przez strony zobowiązania) muszą spełniać **trzy zasadnicze wymogi**:

- 1) muszą „całkowicie rozwiązywać problemy w zakresie konkurencji”⁸⁸;
- 2) muszą być „zupełne i skuteczne pod wszelkimi względami”⁸⁹;

⁸⁶ Zob. J. Regazini, M. Calliari, *Brazil [w:] Merger Control 2008*, s. 68.

⁸⁷ Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 9, zd. 1.

⁸⁸ Zob. motyw 30 rozp. 139/2004; Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 9 zd. pierwsze i drugie; wyrok SPI z 18.12.2007 r. w sprawie T-282/02 *Cementbouw v. Komisja* (Zb. Orz. 2006, s. II-319), pkt 307.

⁸⁹ Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 9 zd. 1 i 2; zob. też wyroki SPI w sprawach: T-210/01 *General Electrics v. Komisja*, (Zb. Orz. 2005, s. II-5575), pkt 52; T-87/05 *EDP v. Komisja* (Zb. Orz. 2005, s. II-3745), pkt 105.

3) musi „istnieć możliwość skutecznej realizacji zaproponowanych zobowiązań w krótkim czasie, ponieważ dopóki nie zostaną one wypełnione, dopóty nie będą zachowane warunki konkurencji na rynku”⁹⁰.

Jeśli chodzi o pierwszy z tych wymogów, zaproponowane przez strony zobowiązania strukturalne, szczególnie dotyczące zbycia, spełnią go tylko wtedy, gdy KE jest w stanie stwierdzić z całą pewnością, że możliwa będzie ich realizacja i że powstałe nowe struktury handlowe będą na tyle trwałe, aby zapewnić, że nie wystąpi znaczne zakłócenie skutecznej konkurencji⁹¹. Na wymaganą pewność co do możliwości realizacji zaproponowanych zobowiązań mogą wpływać głównie ryzyka związane z przekazaniem zbywanego przedsiębiorstwa, jak np. warunki dotyczące zbycia postawione przez strony, prawa osób trzecich do przedsiębiorstwa lub ryzyko nieznaledzenia odpowiedniego nabywcy, jak również ryzyko obniżenia wartości aktywów przed dniem zbycia. Usunięcie wszelkich wątpliwości co do możliwości realizacji środka zaradczego należy do stron koncentracji i powinno nastąpić w momencie proponowania tego środka KE⁹².

Oceniając drugi wymóg, dotyczący rozwiązania dostrzeżonych problemów w zakresie konkurencji dzięki zaproponowanym zobowiązaniom, KE bierze pod uwagę wszystkie istotne czynniki dotyczące samego środka zaradczego, w tym między innymi rodzaj, skalę i zakres zaproponowanego środka ocenionego w kontekście struktury i szczególnych cech rynku, którego dotychczas powstałe problemy w zakresie konkurencji, w tym pozycji, jaką na tym rynku zajmują strony i inni jego uczestnicy⁹³.

Co do wymogu trzeciego, KE stwierdziła, że aby zobowiązania były zgodne z tymi zasadami, „konieczna jest ich skuteczna realizacja i możliwość monitorowania”⁹⁴. W przypadku zbycia przedsiębiorstwa, dalsze monitorowanie tego środka po przeprowadzeniu transakcji nie jest konieczne, jednak inne rodzaje zobowiązań wymagają skutecznych mechanizmów monitorowania, tak aby strony nie zmniejszyły lub wręcz nie wyeliminowały ich efektu. W przeciwnym wypadku takie zobowiązania należałoby uznać jedynie za deklaracje zamiarów stron, które nie byłyby wiążące, ponieważ – w związku z brakiem skutecznych mechanizmów monitorowania – jakiegokolwiek ich

⁹⁰ Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 9 zd. 3.

⁹¹ Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 10; zob. także powołany tam wyrok SPI w sprawie T-210/01 *General Electrics v. Komisja* (Zb. Orz. 2005, s. II-5575), pkt 555, 612.

⁹² Zawiadomienie KE w sprawach środków zaradczych z 2008 r., pkt 11.

⁹³ Tamże.

⁹⁴ Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 13 zd. 1 oraz cyt. tam wyrok SPI w sprawie T-177/04 *easyJet v. Komisja* (Zb. Orz. 2006, s. II-1931), pkt 188.

naruszenie nie pociągałoby za sobą uchYLENIA decyzji zgodnie z przepisami rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw⁹⁵.

Prawie identyczne wymogi ogólne formułują także odrębne Wytyczne w sprawie środków zaradczych w Holandii⁹⁶ i ogólne Wytyczne w sprawie kontroli koncentracji we Francji⁹⁷. Te ostatnie wymagają, żeby **zobowiązania stron**: (1) były **wystarczające**, tj. efektywnie służyły przewyżczeniu zidentyfikowanym skutkom antykonkurencyjnym; (2) ich zastosowanie nie budziło żadnych wątpliwości, tj. żeby były sformułowane **precyzyjnie i niedwuznacznie** (*unambiguous*) oraz w sposób **wystarczająco szczegółowy**; (3) mogły być zastosowane **szybko** (*timely*), gdyż dopóki nie są zastosowane konkurencja nie jest chroniona; (4) były **weryfikowalne**, antycypując mechanizm monitorujący, który pozwoli Urzędowi ds. Konkurencji na uzyskanie pewności, że zostały zrealizowane. Ponadto, francuskie Wytyczne w sprawie kontroli koncentracji wymagają, żeby nałożone na strony nakazy/zarządzenia i warunki (*injuctions and conditions*) były: (1) **neutralne**, tj. służyły ochronie konkurencji, a nie konkretnych konkurentów, w szczególności żeby nie były szczególnymi środkami protekcyjnymi, których celem jest ochrona krajowych podmiotów gospodarczych (*national economic actors*); (2) **proporcjonalne**, tj. żeby obowiązki (*obligations*) nałożone na firmy, sprzeczne z zasadą wolności handlu, były wyraźnie konieczne (*strictly necessary*) w celu zachowania lub odtworzenia wystarczającej konkurencji⁹⁸.

Poza Holandią i Francją, także w innych państwach członkowskich UE wymogi takie są formułowane przez organy ochrony konkurencji. Dzieje się to jednak dopiero w praktyce decyzyjnej i najczęściej w odniesieniu do konkretnych rodzajów środków zaradczych (tak modyfikacyjnych, w tym zwłaszcza strukturalnych, jak i gwarancyjnych). W Hiszpanii np. Narodowa Komisja Konkurencji przeprowadza test rynkowy tych zobowiązań (z udziałem podmiotów trzecich) dla określenia ich skuteczności w eliminacji

⁹⁵ Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 13 zd. 2 i 3; zob. także cyt. tam wyroki SPI w sprawach: T-177/04 *easyJet v. Komisja* (Zb. Orz. 2006, s. II-1931), pkt 186 i d.; T-87/05 *EDP v. Komisja* (Zb. Orz. 2005, s. II-3745), pkt 72.

⁹⁶ O ich istnieniu informują: W. Knibbeler, P. Kreijger, P. Schepens, *Netherlands* [w:] *Merger Control 2010*, s. 264; S. Beeston, F. van der Jagt, *Netherlands* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 213. Są one jednak niedostępne na stronie internetowej Urzędu.

⁹⁷ Francuskie Wytyczne w sprawie kontroli koncentracji, pkt 525, s. 135

⁹⁸ Tamże, pkt 526, s. 135–136; zob. również prezentowane tam tezy wyroku w sprawie *Coca-Cola Company* (z 9.04.1999 r., AJDA, 1999, s. 611), w którym francuski najwyższy sąd administracyjny (Rada Stanu/Conseild'État) nakazał podział przedsiębiorstwa z uwagi na to, że zaproponowane przez strony zobowiązania były niewystarczające oraz nieadekwatne i nieproporcjonalne.

zidentyfikowanych problemów konkurencji wynikających z transakcji. Środki zgłoszone w pierwszej fazie postępowania mogą być natomiast zaakceptowane tylko wtedy, gdy zagrożenia dla konkurencji są jasno identyfikowalne i łatwe do zaradzenia⁹⁹. Ustawowe wymogi dotyczące środków zaradczych (korekcyjnych) formułuje wprost również ustawa słoweńska. Zgodnie z nią Urząd ds. Konkurencji zastosuje środki zaradcze, gdy uzna, że są one adekwatne do rozwiania podejrzeń naruszenia reguł konkurencji, biorąc pod uwagę ich naturę, zakres i prawdopodobieństwo ich skutecznego i terminowego wykonania¹⁰⁰.

Jak w większości państw UE, także w Polsce sama ustawa nie wskazuje żadnych szczególnych wymogów, jakie muszą spełniać warunki, do których strony zobowiązują w trybie art. 96 ust. 2 lub które Prezes UOKiK przedstawia przedsiębiorcom w trybie art. 95 ust 2 – w obu przypadkach w zw. z art. 19 uokik z 2007 r.; polski organ ochrony konkurencji nie określił ich także w drodze wytycznych. Jest jednak charakterystyczne, że w polskim piśmiennictwie ogólnym wymogom akceptacji warunków przypisuje się duże znaczenie. Już na gruncie uokik z 2000 r. E. Modzelewska-Wąchal oczekiwała, żeby nakładane na przedsiębiorcę warunki były „rzeczywiście możliwe do wykonania dla niego i nie stanowiły przy tym zbyt poważnego obciążenia w ich faktycznej realizacji”¹⁰¹. R. Stankiewicz zgadza się także z jej poglądem, że „nałożenie w treści decyzji warunków, których samodzielnie nie może spełnić przedsiębiorca [...] czyni decyzję administracyjną zezwalającą na dokonanie koncentracji w gruncie rzeczy „niewykonalną”¹⁰². Również M. Błachucki uważa, że „warunki powinny być wykonalne” i że „właściwe określenie realności realizacji warunków będzie miało kluczowe znaczenie przy egzekwowaniu odpowiedzialności administracyjnoprawnej z tytułu ewentualnych nieprawidłowości z tym związanych”¹⁰³. W polskim

⁹⁹ Zob. R. García-Gallardo, M. Arias Díaz, *Spain* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 295.

¹⁰⁰ Zob. art. 51 ust. 2 słoweńskiej ustawy o ograniczeniach konkurencji z 2008 r. W piśmiennictwie podkreśla się, że muszą one bowiem spełniać następujące warunki: (i) zapewnić trwałe rozwiązanie zidentyfikowanych problemów dla konkurencji; (ii) nie powodować nowych problemów dla konkurencji; (iii) być skuteczne i wykonalne; (iv) nie wymagać dodatkowej kontroli po ich spełnieniu; zob. P. Pensa, *Slovenia* [w:] *Merger Control 2008*, s. 303.

¹⁰¹ E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, s. 167.

¹⁰² R. Stankiewicz, *Charakter prawny decyzji Prezesa UOKiK zezwalającej na dokonanie koncentracji...*, s. 133.

¹⁰³ M. Błachucki, *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji...*, s. 299.

piśmiennictwie silnie akcentowany jest także wymóg proporcjonalności warunków¹⁰⁴. M. Błachucki stwierdza jednoznacznie, że „sformułowane warunki powinny być proporcjonalne do zidentyfikowanych zagrożeń. Nie powinny wykraczać zatem poza to, co jest niezbędne i konieczne do istnienia efektywnej konkurencji na rynku właściwym”¹⁰⁵. „Rodzaj zidentyfikowanych zagrożeń będzie determinował treść warunków. (...) Wpływ na rodzaj warunków będzie miał również przedmiot transakcji, w tym jego charakter czy podzielność”¹⁰⁶.

Także praktyka decyzyjna Prezesa UOKiK wskazuje, że każdorazowo ocenia on warunki nakładane z własnej inicjatywy lub proponowane mu przez strony postępowania w sprawie koncentracji przez pryzmat wymogów ogólnych. Słusznie uważa, że z istoty warunku wynika, że, aby mógł on zostać przez niego zaakceptowany, musi **całkowicie eliminować możliwość ograniczenia konkurencji**. Jednoznacznie stwierdził to w decyzjach warunkowych w sprawach *Eurocash/Tradis*¹⁰⁷ i *Polpharma/Polfa*. W tej drugiej sprawie warunek „trwałego i nieodwracalnego wyzbycia się przez ZF Polpharma wszelkich praw (...) do produktów leczniczych, wprowadzanych do obrotu” na określonych rynkach krajowych w określonym terminie „całkowicie eliminuje możliwość uzyskania przez Polpharmę nadmiernej siły rynkowej na trzech ww. rynkach właściwych”. Skutek ten ma zapewnić – z jednej strony – mechanizm przedłożenia do akceptacji Prezesowi UOKiK i możliwość odmowy przez niego akceptacji potencjalnego nabywcy, „który nie będzie dawał gwarancji utrzymania wprowadzenia do obrotu na terytorium Polski produktów leczniczych objętych warunkiem. Dzięki temu w ocenie organu antymonopolowego zostanie zachowany stan konkurencji na tych rynkach właściwych sprzed dokonania koncentracji”¹⁰⁸. Celowi temu mają służyć – z drugiej strony – dwa warunki gwarancyjne¹⁰⁹. W sprawie *Rodamco/Simon Ivanhoe* Prezes UOKiK odmówił przyjęcia zaproponowanych przez stronę warunków behawioralnych, gdyż „nie niwelują [one] w pełni negatywnych skutków koncentracji i nie gwarantują, że w jej wyniku nie dojdzie do istotnego ograniczenia konkurencji na rynku właściwym”, gdyż pozycja rynkowa uzyskana przez Unibail-Rodamco na skutek tej koncentracji

¹⁰⁴ K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, s. 549.

¹⁰⁵ M. Błachucki, *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji...*, s. 299.

¹⁰⁶ Tamże, s. 298–299.

¹⁰⁷ Decyzja Prezesa UOKiK z 27.10.2011 r., Nr DKK-128/2011 *Eurocash/Tradis*, s. 59.

¹⁰⁸ Decyzja Prezesa UOKiK z 26.03.2012 r., Nr DKK-23/2012 *Polpharma/Polfa*, s. 57.

¹⁰⁹ Tamże.

dawałaby „możliwości jej nadużywania w różny sposób, czasem trudny do przewidzenia”¹¹⁰.

Prezes UOKiK duże znaczenie przywiązuje także do **wymogu realności środków zaradczych** będących elementem zgody warunkowej¹¹¹. W kilku najnowszych decyzjach stwierdza on mianowicie wprost, że „nakładane zobowiązania muszą być realne, tj. możliwe do efektywnego wdrożenia w relatywnie krótkim okresie”¹¹². Równie często podkreśla także **wymóg proporcjonalności** nakładanych **warunków**, odwołując się przy tym do polskiego piśmiennictwa¹¹³. „Przy określaniu [...] warunków (zwłaszcza ich doboru oraz zakresu), organ antymonopolowy powinien także działać w oparciu o zasadę proporcjonalności”¹¹⁴, co oznacza, że „[...] warunek powinien być w miarę możliwości jak najmniej uciążliwy w stosunku do podmiotu, na który jest nakładany [...]”¹¹⁵. Bazując na tej zasadzie Prezes UOKiK dokonał też np. wyboru warunku w sprawie *Multikino/Silver Screen*. Uznał w niej mianowicie, że alternatywny warunek (behawioralny), wydaje się bardziej proporcjonalny w stosunku do ograniczenia konkurencji wynikającego z przedmiotowej koncentracji na rynku wyświetlania filmów w kinach wielosalowych w Gdyni i okolicach niż warunek zaproponowany pierwotnie [strukturalny; wyzbycia się praw do kina sieci Silver Screen w mieście Gdyni, w efekcie czego nie doszłoby w zasadzie do koncentracji]¹¹⁶.

Można zatem powiedzieć, że praktyka decyzyjna Prezesa UOKiK nie odbiega, co do zasady, od praktyki innych krajowych organów ochrony konkurencji a także Komisji Europejskiej. Generalnie rzecz biorąc, również

¹¹⁰ Decyzja Prezesa UOKiK z 12.07.2010 r., Nr DKK-64/10 *Rodamco/Simon Ivanhoe*, s. 59. Trudno nie zauważyć, iż powyższe uzasadnienie jest zdecydowanie zbyt enigmatyczne i niejasne.

¹¹¹ „Realność” tę mają zapewne na myśli M. Wierzbowski, K. Karasiewicz i R. Stankiewicz (*Kontrola koncentracji przedsiębiorców*, s. 46) wymagając „racjonalności i wynikającej z niej możliwości rzeczywistego wykonania przyjętych zleceń” zawartych w decyzji wydanej na podstawie art. 19 uokik z 2007 r.; o racjonalności (realności) tej przesądza oczywiście m.in. „długość terminu” realizacji warunków.

¹¹² Decyzja Prezesa UOKiK z 27.10.2011 r., Nr DKK-128/2011 *Eurocash/Tradis*, s. 57; decyzja Prezesa UOKiK z 5.09.2011 r., Nr DKK-101/11 *UPC/Aster*, s. 54; decyzja Prezesa UOKiK z 12.07.2010 r., Nr DKK-64/10 *Rodamco/Simon Ivanhoe*, s. 59.

¹¹³ Najczęściej na K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, s. 549.

¹¹⁴ Decyzja Prezesa UOKiK z 27.10.2011 r., Nr DKK-128/2011 *Eurocash/Tradis*, s. 57; decyzja Prezesa UOKiK z 5.09.2011 r., Nr DKK-101/11 *UPC/Aster*, s. 54; decyzja Prezesa UOKiK z 12.07.2010 r., Nr DKK-64/10 *Rodamco/Simon Ivanhoe*, s. 59.

¹¹⁵ Decyzja Prezesa UOKiK z 18.10.2010 r., Nr DKK-105/2010 *Kompania Węglowa/Huta Łabędy*, s. 25.

¹¹⁶ Decyzja Prezesa UOKiK z 19.06.2008 r., Nr DKK-49/2008 *Multikino/Silver Screen*, s. 102.

Prezes UOKiK wymaga, aby **warunki całkowicie eliminowały możliwość ograniczenia konkurencji oraz były realne i proporcjonalne.**

2.2. Rodzaje warunków

2.2.1. Warunki nazwane i nienazwane

Jak wynika z powyższych rozważań, kompetencje organów ochrony konkurencji do udzielania zgód warunkowych na dokonanie koncentracji są najczęściej zbudowane na **klauzuli generalnej**, wyrażającej mniej lub bardziej ogólnie określone cele tej instytucji prawnej oraz – rzadziej – ogólne wymogi akceptacji warunków (środków zaradczych). Oznacza to, że dobór i formułowanie warunków są pozostawione uczestnikom koncentracji (proponującym stosowne zobowiązania) i organom ochrony konkurencji (oceniającym je i nadającym im moc wiążącą). Niekiedy jednak w ustawodawstwie (rzadziej) lub w aktach typu *soft law* (częściej) wskazywane są, choćby przykładowo, rodzaje środków zaradczych, które powinny, przynajmniej potencjalnie, zapewnić prokonkurencyjną modyfikację zamierzonych koncentracji. Formułowanie w ustawach lub w wytycznych, otwartych katalogów warunków (środków zaradczych) pozwala wyróżnić kategorię **warunków prawnie nazwanych i nienazwanych** („innych” warunków).

Z przeprowadzonych badań wynika, że ustawowo nie dokonano tego w żadnym z krajów pozaeuropejskich, a w Europie uczynili tak tylko prawodawcy duński, węgierski i polski. Ustawa duńska, dopuszczając przyjęcie od stron koncentracji zobowiązań, które mogą „wyeliminować negatywne skutki konkurencji”, formułuje także niewyłączną listę „warunków nazwanych” („warunków lub zakazów”). Mogą one mianowicie obejmować: (1) sprzedaż przedsiębiorstwa lub jego części, aktywów lub innych posiadanych zasobów; (2) udzielenie stronie trzeciej dostępu do posiadanych zasobów; (3) podjęcie innych środków służących rozwojowi konkurencji¹¹⁷. Również ustawodawca węgierski przewiduje, że Urząd ds. Konkurencji może zażądać w swej decyzji „zbytu określonych części przedsiębiorstwa lub określonych aktywów lub odstąpienia od kontroli nad pośrednim uczestnikiem [koncentracji]”¹¹⁸.

Jak już wskazano wyżej, żaden z przepisów polskiej uokik z 2000 r. i z 2007 r. **nie definiuje** istoty prawnej centralnej kategorii zgody warunkowej,

¹¹⁷ Art. 12e ust. 2 duńskiej ustawy o konkurencji z 2007 r.; zob. także H. Peytz, B. Schiønning, *Denmark* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 91–92; M. Kofmann, J.M. Plum, E. Bertelsen, *Denmark* [w:] *Merger Control 2008*, s. 113.

¹¹⁸ Art. 30 ust. 3 zd. drugie węgierskiej ustawy o konkurencji z 1996 r.; zob. także Z. Marosi, G. Fejes, *Hungary* [w:] *Merger Control 2008*, s. 161.

tj. **warunków**, jakie mogą być nakładane na przedsiębiorców w celu zapewnienia, że po ich spełnieniu zamierzona koncentracja nie ograniczy istotnie konkurencji, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej. Przeciwnie, przepisy art. 19 ust. 2 uokik z 2007 r. (identycznie – art. 18 ust. 2 uokik z 2000 r.) zawierają jedynie **przykładowe** (nie wyczerpujące) **wyliczenie** warunków, których spełnienie umożliwia wydanie warunkowej zgody na dokonanie koncentracji; są nimi w świetle tych przepisów „w szczególności: 1) zbycie całości lub części majątku jednego lub kilku przedsiębiorców, 2) wyzbycie się kontroli nad określonym przedsiębiorcą lub przedsiębiorcami, w szczególności przez zbycie określonego pakietu akcji lub udziałów, lub odwołania z funkcji członka organu zarządzającego lub kontrolnego jednego lub kilku przedsiębiorców, oraz 3) udzielenie licencji praw wyłącznych konkurentowi”. Jest to więc **katalog otwarty** („w szczególności”).

Otwarty katalog warunków umożliwiających wyrażenie zgody na dokonanie koncentracji, która *prima facie* jawi się być antykonkurencyjną, oznacza jednoznacznie, że ustawodawca **nie ogranicza** Prezesa UOKiK w jego **prawie doboru warunków**, od których chce uzależnić zgodę na dokonanie koncentracji. Brak definicji i otwarty katalog tych warunków pozwala więc przyjąć, że także dla polskiego ustawodawcy jedynym kryterium oceny dopuszczalności tych warunków jest ich **zdadność do wyeliminowania** stwierdzonego w postępowaniu zagrożenia dla konkurencji; muszą więc być one takiego rodzaju i takiej treści, że ich realizacja może doprowadzić do stanu, w którym koncentracja nie będzie źródłem istotnego ograniczenia konkurencji, w szczególności przez powstanie lub wzmocnienie pozycji dominującej. Prezes UOKiK stale daje temu wyraz w swej praktyce decyzyjnej. Jego zdaniem „warunki, które mogą być nałożone na przedsiębiorcę lub przedsiębiorców w decyzji wyrażającej zgodę na dokonanie koncentracji, nie są w treści [art. 19 uokik] wymienione w sposób wyczerpujący”¹¹⁹, co wyraźnie wynika z użytego przez ustawodawcę zwrotu „w szczególności”¹²⁰; „wskazane w tym przepisie warunki są jedynie przykładowe, co oznacza, że stosownie do okoliczności mogą one przyjmować różną treść”¹²¹. „W każdym jednak

¹¹⁹ Decyzja Prezesa UOKiK z 26.03.2012 r., Nr DKK-23/2012 *Polpharma/Polfa*, s. 54; decyzja Prezesa UOKiK z 25.02.2009 r., Nr DKK-9/09 *Agros Nova/Kotlin*, s. 40; decyzja Prezesa UOKiK z 24.09.2008 r., Nr DKK-76/2008 *JMD/Plus Discount*, s. 104; decyzja Prezesa UOKiK z 30.09.2005 r., Nr DOK-123/05 *Carey Agri/Polmos Białystok*, s. 17.

¹²⁰ Decyzja Prezesa UOKiK z 25.02.2009 r., Nr DKK-9/09 *Agros Nova/Kotlin*, s. 40; decyzja Prezesa UOKiK z 19.06.2008 r., Nr DKK-49/2008 *Multikino/Silver Screen*, s. 101.

¹²¹ Decyzja Prezesa UOKiK z 26.03.2012 r., Nr DKK-23/2012 *Polpharma/Polfa*, s. 54; decyzja Prezesa UOKiK z 25.02.2009 r., Nr DKK-9/09 *Agros Nova/Kotlin*, s. 40; decyzja Prezesa UOKiK z 24.09.2008 r., Nr DKK-76/2008 *JMD/Plus Discount*, s. 104; decyzja Prezesa UOKiK z 30.09.2005 r., Nr DOK-123/05 *Carey Agri/Polmos Białystok*, s. 17; tak

przypadku realizacja ich powinna doprowadzić do stanu, w którym koncentracja nie będzie źródłem istotnego ograniczenia konkurencji na rynku”¹²².

Do Prezesa UOKiK należy także **wybór między warunkami nazwanymi i nienazwanymi**. Łatwo zauważyć, że korzysta on z tego prawa szeroko. W decyzjach wydanych na podstawie art. 18 uokik z 2000 r. **tylko raz powołał się konkretnie** na art. 18 ust. 2 pkt 1 (zbycie majątku)¹²³. W pozostałych ośmiu przypadkach: czterokrotnie oparł się na art. 18 ust. 1 i 2¹²⁴, raz – na art. 18 ust. 1¹²⁵, a trzykrotnie tylko na art. 18¹²⁶. W żadnej z dziewięciu decyzji warunkowych wydanych na podstawie art. 19 uokik z 2007 r. Prezes UOKiK nie powołał się na żaden konkretny warunek nazwany w art. 19 ust. 2. W siedmiu przypadkach oparł się na art. 19 ust. 1 i 2¹²⁷, a w dwóch – tylko na art. 19 ust. 1¹²⁸. Z formalnego punktu widzenia można powiedzieć, że wydanie decyzji warunkowej tylko na podstawie art. 19 uokik z 2007 r. (identycznie – art. 18 uokik z 2000 r.) czy nawet tylko na podstawie art. 19 ust. 1 uokik z 2007 r. (identycznie – art. 18 ust. 1 uokik z 2000 r.) jest błędem, którego skutkiem mogłaby być niemożliwość sankcjonowania niespełnienia warunków, o których mowa w „art. 19 ust. 2 i 3” uokik z 2007 r. (identycznie – „art. 18 ust. 2 i 3” uokik z 2000 r.). Zakładając racjonalność działania organu stosowania prawa trzeba przyjąć, że **we wszystkich** tych

też E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, s. 167.

¹²² Decyzja Prezesa UOKiK z 26.03.2012 r., Nr DKK-23/2012 *Polpharma/Polfa*, s. 54; decyzja Prezesa UOKiK z 28.06.2011 r., Nr DKK-70/11 *FMC/Eurodial*, s. 29; decyzja Prezesa UOKiK z 25.02.2009 r., Nr DKK-9/09 *Agros Nova/Kotlin*, s. 40; decyzja Prezesa UOKiK z 24.09.2008 r., Nr DKK-76/2008 *JMD/Plus Discount*, s. 104.

¹²³ Decyzja Prezesa UOKiK z 3.10.2006 r., DOK-116/06 *PCC/Zakłady Azotowe*.

¹²⁴ Decyzja Prezesa UOKiK z 18.05.2004 r., DOK-36/2004 *Sanofi-Synthelabo/Aventis*; decyzja Prezesa UOKiK z 20.04.2005 r., Nr DOK-35/2005 *Nafta Polska/4 spółki ciężkiej chemii*; decyzja Prezesa UOKiK z 30.09.2005 r., Nr DOK-123/05 *Carey Agri/Polmos Białystok*; decyzja Prezesa UOKiK z 28.06.2007 r., Nr DOK-86/2007 *Carrefour/Ahold*.

¹²⁵ Decyzja Prezesa UOKiK z 5.05.2003 r., Nr RGD-7/2003 *ICTSI/BCT*.

¹²⁶ Decyzja Prezesa UOKiK z 28.11.2002 r., Nr DDF-60/02 *CVC/PAI/Provimi*; decyzja Prezesa UOKiK z 6.03.2003 r., Nr DDF-11/2003 *Rethmann/LOBBE*.

¹²⁷ Decyzja Prezesa UOKiK z 19.06.2008 r., Nr DKK-49/2008 *Multikino/Silver Screen*; decyzja Prezesa UOKiK z 25.02.2009 r., Nr DKK-9/09 *Agros Nova/Kotlin*; decyzja Prezesa UOKiK z 12.07.2010 r., Nr DKK-64/10 *Rodamco/Simon Ivanhoe*; decyzja Prezesa UOKiK z 18.10.2010 r., Nr DKK-105/2010 *Kompania Węglowa/Huta Łabędy*; decyzja Prezesa UOKiK z 28.06.2011 r., Nr DKK-70/11 *FMC/Eurodial*; decyzja Prezesa UOKiK z 5.09.2011 r., Nr DKK-101/11 *UPC/Aster*; decyzja Prezesa UOKiK z 26.03.2012 r., Nr DKK-23/2012 *Polpharma/Polfa*.

¹²⁸ Decyzja Prezesa UOKiK z 24.09.2008 r., Nr DKK-76/2008 *JMD/Plus Discount*; decyzja Prezesa UOKiK z 27.10.2011 r., Nr DKK-128/2011 *Eurocash/Tradis*.

decyzjach (z wyjątkiem jednej¹²⁹) Prezes UOKiK **nałożył** na przedsiębiorców **warunki nienazwane**.

Listy środków zaradczych leżących u podstaw zgód warunkowych są czasami sformułowane (najczęściej przykładowo) w istniejących w niektórych porządkach prawnych wytycznych (*soft law*). W państwach pozaeuropejskich takie odrębne wytyczne w sprawach stosowania środków zaradczych wydano tylko w Japonii¹³⁰. W Europie odrębne wytyczne w sprawie środków zaradczych istnieją przede wszystkim w UE. W Zawiadomieniu o środkach zaradczych z 2008 r. za najważniejsze KE uznała następujące warunki: (1) zbycie przedsiębiorstwa na rzecz odpowiedniego nabywcy, (2) usunięcie powiązań z konkurentami oraz (3) inne środki zaradcze¹³¹. Spośród „starych” państw członkowskich UE specjalne wytyczne w sprawie środków zaradczych przyjęła tylko Holandia, przy czym są one wyraźnie wzorowane na ww. Zawiadomieniu KE¹³². W niektórych innych państwach członkowskich UE politykę stosowania środków zaradczych określają ogólne wytyczne w sprawie stosowania reguł kontroli koncentracji. Przykładowo francuskie Wytyczne w sprawie koncentracji m.in. określają wymogi stosowania trzech głównych rodzajów środków zaradczych (*main remedies*): (1) podziału przedsiębiorstwa (*divestiture*), (2) likwidacji związków strukturalnych między konkurentami (*cancellation of structural links between the competitors*) oraz (3) tworzeniu nowych zdolności (*creation of new capacities*); odrębnie obejmują także – przykładowo wskazane – środki behawioralne (*behavioral remedies*)¹³³. Zakres i skala stosowania różnych rodzajów warunków wynikają zatem bardziej z praktyki stosowania tej kompetencji niż z norm prawnych czy wytycznych.

Spośród „nowych” państw członkowskich UE odrębne wytyczne w sprawie środków zaradczych istnieją tylko na Węgrzech¹³⁴ i w Rumunii¹³⁵.

¹²⁹ Decyzja Prezesa UOKiK z 3.10.2006 r., Nr DOK-116/06 PCC/Zakłady Azotowe.

¹³⁰ Japońskie Wytyczne w sprawie koncentracji z 2011 r.

¹³¹ Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r.

¹³² Tak W. Knibbeler, P. Kreijger, P. Schepens, *Netherlands* [w:] *Merger Control 2010*, s. 264.

¹³³ Francuskie Wytyczne w sprawie koncentracji, s. 64–66 oraz 123–141.

¹³⁴ Notice about conditions and obligations in merger clearance decisios (Nr 1/2008) nie jest jednak dostępny na stronie internetowej węgierskiego Urzędu ds. Konkurencji w języku angielskim; informacje o tym (bardzo ogólnym) zawiadomieniu podają: F. Urlesberger, A. Turi, *Hungary* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 139.

¹³⁵ The Guidelines on Remedies Acceptable in Case of Conditional Authorisation of Certain Economic Concentration of 29 March 2004, approved by RCC order no. 63/2004; wytyczne te nie są dostępne na stronie internetowej rumuńskiej Rady Konkurencji (w języku rumuńskim); informacje o nich podają: M. Rădulescu, F. Urlesberger, *Romania* [w:]

Rumuńskie wytyczne przewidują i opisują zarówno środki strukturalne, jak i behawioralne, takie jak: zbycie, usunięcie istniejących porozumień wyłącznych, dostęp do koniecznej infrastruktury i kluczowych technologii, obowiązek informowania o cenach oraz mechanizm służący zapobieganiu dyskryminacji konsumentów¹³⁶.

Łatwo zauważyć, że listy warunków nazwanych różnią się, aczkolwiek te europejskie – niezależnie od tego, czy są sformułowane ustawowo, czy mają swoje źródło w aktach typu *soft law* – są wzorowane na Zawiadomieniu KE w sprawie środków zaradczych z 2001 r. lub z 2008 r. Tylko polski katalog warunków przykładowych (warunków nazwanych) jest oryginalny, a w każdym razie różni się zarówno od ustawowej listy duńskiej, jak i od listy najważniejszych warunków zawartych w Zawiadomieniu KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r. i wytycznych niektórych państw członkowskich UE. Jednakże, wśród tych warunków (warunków nazwanych) zawsze występuje „warunek zbycia” czy podziału/rozdziału przedsiębiorstwa (*divestiture*; *Entflechtung*). Polski ustawodawca warunek ten podzielił na „zbycie majątku” przedsiębiorcy (aktywów) oraz „wyzbycie się kontroli” nad przedsiębiorcą (pasywów). Obok zbycia aktywów i pasywów (wszędzie ujętych razem, w Polsce – odrębnie) dosyć powszechnie (acz w Polsce nie) występuje jeszcze grupa warunków nazwanych polegających na „usunięciu powiązań z konkurentami”. Ustawodawca duński uznał za godny nazwania warunek polegający na „udzieleniu stronie trzeciej dostępu do posiadanych zasobów”, a ustawodawca polski – „udzielenie licencji praw wyłącznych konkurentowi”. Wymieniony w ustawie duńskiej trzeci warunek („podjęcie innych środków służących rozwojowi konkurencji”), trzeba traktować jako klauzulę otwartości tej instytucji¹³⁷.

2.2.2. Warunki modyfikacyjne i gwarancyjne

Niezależnie od tego, czy chodzi o warunki nazwane czy nienazwane, prawodawcy lub organy ochrony konkurencji w formie wytycznych lub w drodze praktyki decyzyjnej **nie traktują jednolicie warunków** (środków zaradczych), które mają w ostatecznym rachunku zapewnić, że zamierzona koncentracja nie będzie istotnie ograniczać (skutecznej) konkurencji. Wyraźnie są one **różnicowane**; w żadnym z badanych porządków prawnych kontroli koncentracji

ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 251; A. Ioachimescu, *Romania* [w:] *Merger Control 2010*, s. 296.

¹³⁶ Zob. M. Rădulescu, F. Urlesberger, *Romania* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 255–299; A. Ioachimescu, *Romania* [w:] *Merger Control 2010*, s. 296.

¹³⁷ Zob. art. 12e ust. 2 duńskiej ustawy o konkurencji z 2010 r.

nie stwierdzono jednak wyraźnego (wprost) podziału tych środków na konkretne grupy; różne ich klasyfikacje dają się jednak wyprowadzić z nielicznych wytycznych oraz z praktyki decyzyjnej. Praktyka i doktryna różnicują je najczęściej ze względu na **funkcje** spełniane przez te środki oraz ze względu na ich **skutki**.

Ze względu na **kryterium funkcji** (przedmiot), szeroko rozumiane środki zaradcze (warunki *sensu largo*), których skuteczne zastosowanie pozwoli przedsiębiorstwom uniknąć decyzji organu ochrony konkurencji zakazującej dokonania zamierzonej koncentracji, mogą być podzielone na **warunki modyfikacyjne i gwarancyjne** (implementacyjne). Podział ten nie występuje w ustawach i wytycznych organów ochrony konkurencji w państwach pozaeuropejskich. Jest natomiast spotykany w prawodawstwie (bardzo rzadko), aktach typu *soft law* (rzadko) i w doktrynie (część) w UE i w jej „starych” i „nowych” państwach członkowskich. Najbardziej charakterystycznym przykładem podziału na warunki modyfikacyjne i gwarancyjne jest wyróżnienie „warunków” (*conditions*) oraz „obowiązków” (*obligations*) zastosowane najpierw w rozp. 4064/89 i Zawiadomieniu KE w sprawie środków zaradczych z 2001 r. oraz zachowane w rozp. 139/2004 i w Zawiadomieniu KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r. Aktualnie obowiązujące rozp. 139/2004 przewiduje, że w obu fazach postępowania w sprawach koncentracji Komisja Europejska może dołączyć do decyzji wyrażającej zgodę na dokonanie koncentracji „warunki lub obowiązki zmierzające do zapewnienia, że zainteresowane przedsiębiorstwa spełnią zobowiązania podjęte wobec Komisji zapewniające, iż koncentracja jest zgodna ze wspólnym rynkiem”¹³⁸. Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r. określa także treść (funkcje) tych „warunków” i „obowiązków”. Wtedy bowiem, gdy KE określa zasady akceptowania zobowiązań dokonuje różniczenia **dwóch rodzajów zobowiązań – warunków** (jest nim np. wymóg zmiany struktury rynku, konieczność zbycia przedsiębiorstwa) i **obowiązków**, którymi są „kroki wykonawcze konieczne do osiągnięcia tego rezultatu” (np. powołanie zarządcy z nieodwołalnym upoważnieniem do sprzedaży przedsiębiorstwa)¹³⁹. Należy jednak w tym miejscu zaznaczyć, że na gruncie rozp. 139/2004 podział ten jest istotny głównie ze względu na różne sankcje naruszenia obu tych rodzajów zobowiązań¹⁴⁰. W przypadku niewypełnienia warunku (strukturalnego lub behawioralnego warunku modyfikacyjnego), np. niezbycia przedsiębiorstwa w przewidzianym terminie lub jego późniejszego ponownego przejęcia, decyzja o zgodności koncentracji

¹³⁸ Art. 6 ust. 2 zd. drugie i art. 8 ust. 2 zd. drugie rozp. 139/2004.

¹³⁹ Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 19.

¹⁴⁰ Zob. szerzej pkt 6.2 niniejszego rozdziału.

ze wspólnym rynkiem przestaje obowiązywać (*is no longer applicable/list nicht mehr anwendbar*)¹⁴¹, czyli jest automatycznie nieważna¹⁴². Natomiast w przypadku naruszenia obowiązku gwarancyjnego (implementacyjnego) Komisja Europejska może uchylić decyzję o stwierdzeniu zgodności z rynkiem wewnętrznym, wydaną na podstawie art. 6 ust. 2 lub art. 8 ust. 2 rozp. 139/2004¹⁴³ oraz nałożyć karę pieniężną lub okresową karę pieniężną¹⁴⁴.

Także w Niemczech zgoda na dokonanie koncentracji (*Freigabe*) może być powiązana z warunkami (*Bedingungen*) i obowiązkami (*Auflagen*)¹⁴⁵ będącymi – w świetle nauki prawa administracyjnego tzw. postanowieniami dodatkowymi (*Nebenbestimmungen*). Również w tym porządku prawnym rozróżnienie to oparte jest głównie na kryterium sankcji. Niezrealizowanie **warunku** – zawieszającego (*aufschiebende Bedingung*) lub rozwiązującego (*auflösende Bedingung*) – powoduje automatyczną nieważność zgody warunkowej, w miejsce której wstępuje decyzja o zakazie dokonania koncentracji¹⁴⁶. Zgoda warunkowa może być natomiast cofnięta i zmieniona m.in. wtedy, gdy uczestniczące w koncentracji przedsiębiorstwa działają sprzecznie z jakimkolwiek powiązaniem z nią **obowiązkiem**¹⁴⁷. Ze względu na treść (funkcje) tych środków w praktyce decyzyjnej Federalnego Urzędu Kartelowego występują prawie wyłącznie obowiązki¹⁴⁸.

Takie samo rozumienie i skutki warunków i obowiązków występuje także w tych państwach członkowskich UE, w których instytucja zgody warunkowej wzorowana jest na rozwiązaniach unijnych; tak jest np. w Holandii, Rumunii i na Węgrzech.

W przypadku Polski należy stwierdzić, że z przepisów art. 19 uokik z 2007 r. (identycznie – art. 18 uokik z 2000 r.) nie wynika wprost, czy polski ustawodawca traktuje kategorię warunków jednolicie czy też **doпуска ich zróżnicowanie ze względu na funkcje**, jakie pełnią w zapewnieniu, że zamierzona koncentracja nie spowoduje ostatecznie istotnego ograniczenia konkurencji. Na podstawie literalnej wykładni tych przepisów należałoby

¹⁴¹ Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych, pkt 20.

¹⁴² Tak C.J. Cook, C.S. Kerse, *EC Merger Control*. Fifth Edition, Sweet & Maxwell, London 2009, s. 306. Sankcję tę pomijają natomiast w tabeli rozstrzygnięć KE, A. Jones, B. Suftrin, *EC Competition Law, Text, Cases, And Materials*, Third Edition, Oxford University Press, Oxford 2008, s. 1085.

¹⁴³ Art. 6 ust. 3 lit. b) lub art. 8 ust. 6 lit. b) rozp. 139/2004.

¹⁴⁴ Art. 14 ust. 2 lit. d) lub art. 15 ust. 1 lit. c) rozp. 139/2004; zob. też Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 20.

¹⁴⁵ Zob. § 40 ust. 3 niemieckiej ustawy kartelowej z 1957 r.

¹⁴⁶ Zob. szerzej V. Emmerich, *Kartellrecht*, 11. Auflage, C.H. Beck, München 2008, s. 497.

¹⁴⁷ Zob. § 40 ust. 3a zd. pierwsze niemieckiej ustawy kartelowej z 1957 r.

¹⁴⁸ V. Emmerich, *Kartellrecht*, s. 497.

wstępnie przyjąć, że ustawodawca polski posługuje się dwoma pojęciami warunków (*conditions*) – węższym i szerszym.

W ujęciu węższym przez warunki (**warunki *sensu stricte***) rozumie się środki zaradcze (*remedies*), czyli nałożone na przedsiębiorców obowiązki lub przyjęte od nich zobowiązania, **które sprawią, że konkurencja na rynku nie zostanie istotnie ograniczona, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku** (art. 19 ust. 1 uokik z 2007 r.); warunki te są **przykładowo wyliczone** w art. 19 ust. 2 uokik z 2007 r. (identycznie – art. 18 ust. 2 uokik z 2000 r). Tak rozumiane warunki Prezes UOKiK może przedstawić przedsiębiorcom pod rygorem wydania decyzji zakazującej dokonania koncentracji w przypadku braku odpowiedzi lub negatywnej odpowiedzi na przedstawione warunki (art. 95 ust. 2 uokik z 2007 r. oraz art. 96 ust. 2 uokik z 2000 r.). Jak się wydaje, do warunków *sensu stricte* (modyfikacyjnych) ustawodawca zalicza także „**termin spełnienia [tych] warunków**” (art. 19 ust. 2 *in fine* uokik z 2007 r. oraz art. 18 ust. 2 *in fine* uokik z 2000 r.).

W ujęciu szerokim do warunków (**warunków *sensu largo***) ustawodawca zalicza także „**obowiązek składania (...) informacji**” o realizacji ww. warunków *sensu stricte* (art. 19 ust. 3 uokik z 2007 r. oraz art. 18 ust. 3 uokik z 2000 r.), co pozwala Prezesowi UOKiK uchylić decyzję warunkową, jeżeli przedsiębiorcy „nie spełniają warunków”, o których mowa w „art. 19 ust. 2 i 3” (art. 21 ust. 2 uokik z 2007 r.), czy w „art. 18 ust. 2 i 3” (art. 20 ust. 2 uokik z 2000 r.). Odrębne uregulowania w ustawie (art. 19 ust. 3) obowiązku składania informacji z wykonania warunkówz art. 19 ust. 2 pozwala przyjąć, że – przynajmniej z punktu widzenia jego treści – ustawodawca polski *explicite* wyróżnił przynajmniej jeden warunek (obowiązek) gwarancyjny (implementacyjny).

Co do zasady należy jednak się zgodzić, że rozróżnienie warunków (*conditions*) i obowiązków (*obligations*), które *explicite* przewiduje prawo UE i niektórych jej państw członkowskich, nie istnieje na gruncie uokik z 2007 r. (nie istniało też pod rządami uokik z 2000 r.), i to nie tylko w sensie materialnoprawnym (wg kryterium funkcji, jakie spełniają), ale także w sferze sankcjonowania warunków czy obowiązków. Literalnie rzecz biorąc, kompetencja Prezesa UOKiK do uchylenia decyzji na podstawie art. 21 ust. 1 uokik z 2007 r. (identycznie – art. 20 ust. 1 uokik z 2000 r.) w sytuacji, gdy „przedsiębiorcy nie spełniają warunków”, odnosi się bowiem zarówno do „warunków, o których mowa w art. 19 ust. 2” uokik z 2007 r. (identycznie – art. 18 ust. 2 uokik z 2000 r.), jak też do terminu i obowiązku informacyjnego (art. 19 ust. 2 *in fine* i ust. 3 uokik z 2007 r. oraz art. 18 ust. 2 *in fine* i ust. 3 uokik z 2000 r.). Także w przypadku przekroczenia

terminu do spełnienia warunków zakresy zastosowania art. 21 ust. 1 i 2 uokik z 2007 r. (identycznie – art. 18 ust. 2 i 3 uokik z 2000 r.) pokrywają się. Jednakże, w sytuacji, gdy przedsiębiorcy nie spełniają warunków, o których mowa w art. 19 ust. 2 i 3 uokik 2007 r. (identycznie – art. 18 ust. 2 i 3 uokik z 2000 r.) i koncentracja została już dokonana, a przywrócenie konkurencji na rynku jest niemożliwe w inny sposób, Prezes UOKiK może, na podstawie art. 21 ust. 2 uokik z 2007 r. (identycznie – art. 18 ust. 2 uokik z 2000 r.), nakazać zastosowanie środków (czynności) restytucyjnych, które w swej istocie są zbliżone do warunków nazwanych w art. 19 ust. 2 uokik z 2007 r. (identycznie – art. 18 ust. 2 uokik z 2000 r.). Skoro te ostatnie jednoznacznie służą modyfikacji zamierzonej koncentracji, to można byłoby przyjąć, że – na bazie wykładni systemowej i funkcjonalnej – środek ten winien być stosowany przede wszystkim w przypadkach niespełnienia warunków modyfikacyjnych.

Należy też podkreślić, że funkcjonalne (przedmiotowe) rozróżnienie warunków i obowiązków nie jest stosowane w Polsce również w praktyce udzielania zgód warunkowych. W żadnej z osiemnastu takich decyzji Prezes UOKiK nie nazwał (nie zakwalifikował) warunków warunkami modyfikacyjnymi czy warunkami gwarancyjnymi.

Brak tego rozróżnienia w polskiej praktyce decyzyjnej jest o tyle niezrozumiałe. Już pod rządami uokik z 2000 r. E. Modzelewska-Wąchal dostrzegała różnicę między „warunkami zasadniczymi” a „warunkami komplementarnymi”, podając jako przykład tych drugich „zakazanie wykonywania do czasu spełnienia tych [zasadniczych] warunków określonych praw przysługujących przedsiębiorcom, np. praw z akcji lub udziałów przesądzających o wzmocnieniu pozycji rynkowej ponad granice wyznaczone przez art. 17 i 18 uokik z 2000 r.”¹⁴⁹; jej zdaniem „nałożenie takich warunków pozwoli na rzeczywiste niedopuszczenie do powstania, choćby krótkotrwałego, negatywnych skutków rynkowych w sferze konkurencji”¹⁵⁰. Gwarancyjny cel „warunków komplementarnych” (w kontekście modyfikacyjnego – jak można sądzić – celu „warunków zasadniczych”) widziała w tym, że „nałożenie tych warunków pozwoli na rzeczywiste niedopuszczenie do powstania, choćby, krótkotrwałego, negatywnych skutków rynkowych w sferze konkurencji”¹⁵¹. Także pod rządami uokik z 2007 r. doktryna rozróżnia warunki modyfikacyjne i gwarancyjne. Rozróżnienia tego nie stosuje tylko K. Kohutek, dla którego wszystkie „czynności składające się na treść warunków, których spełnienie przez przedsiębiorców będzie równoznaczne z dopuszczalnością dokonania danej

¹⁴⁹ E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, s. 167.

¹⁵⁰ Tamże.

¹⁵¹ Tamże.

(zmodyfikowanej) koncentracji” stanowią tzw. warunki modyfikujące lub środki zaradcze – *remedies*¹⁵²; jest to o tyle zrozumiałe, że – jak wskazano wyżej – rozróżnienia tego nie dokonuje przede wszystkim sam ustawodawca.

Problem taki nie występowałby, gdyby ustawodawca – na wzór prawa UE – rozróżniał obie kategorie warunków i nazywał je „warunkami” oraz „obowiązkami”. *De lege ferenda* należałoby więc postulować rozróżnienie warunków (warunków modyfikujących, bez których dokonania koncentracja byłaby dotknięta wadliwością, wymagającą wydania decyzji, o której mowa w art. 21 ust. 2 uokik z 2007 r. skoro nie może być ona uznana za nieważną na zasadach k.p.a.) oraz obowiązków (warunków gwarancyjnych), których egzekwowanie dokonywałoby się tylko na podstawie art. 21 ust. 1 oraz art. 107 uokik z 2007 r.

2.2.3. Warunki strukturalne i behawioralne; preferowanie warunków strukturalnych

Szeroko rozumiane warunki o charakterze modyfikacyjnym mogą być również klasyfikowane ze względu na ich **przedmiot**. Klasyfikacja taka nie jest jednak łatwa. W każdym razie, częściej niż podział na warunki (środki zaradcze) **strukturalne** (*structural*) i **behawioralne** (*behavioural*), stosuje się **wyróżnienie warunków strukturalnych** (*structural remedies*) i **niestrukturalnych** (*non-structural remedies*). Dokładnie tak uczyniono np. w amerykańskim Divestiture Report z 1999 r., grupując środki zaradcze w dwie kategorie – **środki strukturalne i środki niestrukturalne** – i zaliczając do tej drugiej kategorii ograniczenia praw własności łączących się firm, które mogą składać się z ich zobowiązań do nienadużywania pewnych aktywów, którymi dysponują oraz z uzgodnień kontraktowych, takich jak przymusowe licencjonowanie lub dostęp do praw własności intelektualnej¹⁵³. Niektóre zaradcze środki niestrukturalne są zaliczane albo do kategorii środków quasi-strukturalnych lub mieszanych, albo do kategorii środków behawioralnych. Jest tak również dlatego, że środki behawioralne również nie stanowią kategorii jednolitej. Przygotowany na zlecenie Komisji Europejskiej raport *Merger Remedies Study* z 2005 r. nie stosuje podziału na warunki strukturalne i niestrukturalne czy behawioralne, lecz wyróżnia następujące cztery ich materialne rodzaje: (1) zmianę pozycji rynkowej przez przeniesienie biznesów (przedsiębiorstw) lub aktywów (*transfer of business or assets*), (2) zmianę pozycji rynkowej przez przeniesienie praw

¹⁵² K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, s. 548.

¹⁵³ Cyt. za: M. Motta, M. Polo, H. Vasconcelos, *Merger remedies in the European Union: An overview*, *The Antitrust Bulletin* 2007, 52(3&4), s. 606.

własności intelektualnej (*transfer of intellectual property rights*), (3) zobowiązanie wyjścia z wspólnego przedsiębiorstwa (*exit form a joint venture*) oraz (4) zobowiązania do udzielenia dostępu do kluczowych aktywów w celu redukcji barier wejścia)¹⁵⁴.

Do kategorii **modyfikacyjnych środków strukturalnych** zalicza się takie **środki zaradcze**, które **powodują zmianę rozkładu władzy rynkowej** w wyniku zbycia podmiotom trzecim przez uczestników koncentracji ich aktywów (głównie majątku i praw własności intelektualnej) lub pasywów (głównie akcji lub udziałów). Środki takie określa się też jako **czyste warunki strukturalne**; Komisja Europejska nazywa je „zobowiązaniami ze swej natury strukturalnymi”¹⁵⁵ (są to np. zobowiązania do sprzedaży przedsiębiorstwa lub jego części). Wszystkie inne modyfikacyjne środki zaradcze, które nie zmierzają do takiego celu, uważa się za warunki niestrukturalne. W kategorii tej można jednak wyróżnić **środki quasi-strukturalne**, tj. takie, które nie są skierowane na zmianę rozkładu władzy rynkowej, a jednak zmianę taką powodują.

Modyfikacyjne środki niestrukturalne utożsamiane są często z **warunkami behawioralnymi**, przez które rozumie się **środki zaradcze**, których celem jest zobowiązanie uczestników koncentracji do **podjęcia** w przyszłości (po dokonaniu koncentracji) **pewnych działań** (zachowań), które mają wyeliminować problemy w zakresie konkurencji (zagrożenie dla konkurencji) powodowane przez zamierzoną koncentrację w jej pierwotnej wersji. W kategorii tej wyróżnia się **środki czysto behawioralne** (*pure-behavioral remedies*) i inne działania, które mogą niekiedy prowadzić do zmian strukturalnych na rynku.

Przedmiotowy podział warunków modyfikacyjnych jest więc w dużym stopniu względny. Generalnie rzecz biorąc, **Komisja Europejska** dzieli zobowiązania na **dwie zasadnicze grupy**: (1) pierwszą stanowią „**zobowiązania do zbycia**” (przedsiębiorstwa) **oraz „inne środki strukturalne”**, do których zalicza np. udzielanie dostępu do ważnej infrastruktury lub środków materialnych i niematerialnych umożliwiających działalność na zasadach niedyskryminacyjnych; (2) do drugiej grupy należą „**zobowiązania dotyczące przyszłego zachowania przedsiębiorstw**”¹⁵⁶. Podział na **środki podziałowe** (*divestiture*) i **niepodziałowe** (*non-divestiture*) stosuje się także w literaturze, wyróżniając w tej drugiej grupie środki zapobiegające (a) skutkowi zamykającemu (*forclosure effect*), czemu można zaradzić np. przez usunięcie

¹⁵⁴ *Merger Remedies Study*, EC DG COMP, 2005; zob. także A. Lindsay, *The EC Merger Regulation...*, s. 553.

¹⁵⁵ Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 15.

¹⁵⁶ Tamże, pkt 17.

istniejących długoterminowych umów dostaw, oraz (b) barierom wejścia na rynek wynikającym z kontroli nad infrastrukturą lub kluczową technologią w formie patentów, know-how i IPR. W takich sytuacjach, warunki takie mogą składać się ze zobowiązań zapewniających dostęp do koniecznej infrastruktury i kluczowej technologii – np. przez zbycie patentu (środek strukturalny) lub porozumienie licencyjne. Niekiedy najlepsze jest otwarcie rynku dla nowych operatorów¹⁵⁷.

W doktrynie wskazuje się często na trudności w kwalifikacji określonych warunków jako strukturalnych lub behawioralnych. A. Lindsay uważa nawet, że podział na środki strukturalne i behawioralne nie ma żadnego merytorycznego znaczenia – jest „niemerytoryczny” (*immaterial*); liczy się tylko, czy spełniają wymogi ich akceptowalności¹⁵⁸. Zastrzeżenia zgłaszane są też np. w odniesieniu do charakterystyki warunków strukturalnych dokonanej przez SPI w sprawie T-102/96 *Gencor v. Commission*¹⁵⁹. Rzeczywiście środki quasi-strukturalne i niektóre środki behawioralne są często trudne do rozróżnienia. Niektóre środki zaradcze, leżące pomiędzy zasadniczymi kategoriami środków modyfikacyjnych (środkami zbycia i czystymi środkami behawioralnymi) są przez to nazywane środkami strukturalno-behawioralnymi albo zaliczane do różnych kategorii warunków. Wszystko to powoduje, że te same środki zaradcze są często zaliczane do strukturalnych i behawioralnych¹⁶⁰.

Także w piśmiennictwie polskim dominuje podział modyfikacyjnych środków zaradczych na strukturalne i behawioralne¹⁶¹. M. Błachucki definiuje warunki strukturalne jako „zobowiązania przedsiębiorców do zmiany transakcji poprzez strukturalne przekształcenia podmiotu koncentracji lub samych przedsiębiorców uczestniczącym w łączeniu. Zwykle polegają na sprzedaży części lub całości przedsiębiorcy lub zorganizowanej części mienia”¹⁶². Dla

¹⁵⁷ Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, Second Edition. Oxford University Press, Oxford 2007, s. 524.

¹⁵⁸ A. Lindsay, *The EC Merger Regulation...*, s. 570–571.

¹⁵⁹ Zob. M.K. Kolasiński, A. Kustra, *Konstytucyjne standardy ochrony przedsiębiorcy a środki zaradcze we wspólnotowym prawie konkurencji*, EPS 2008, Nr 5, s. 17.

¹⁶⁰ Wskazał na to wyraźnie P. Freeman (przewodniczący brytyjskiej Komisji Konkurencji), w swym wystąpieniu na konferencji jubileuszowej UOKiK, 27.05.2012 r., zaliczając „środki w zakresie ochrony praw autorskich” zarówno do środków o charakterze strukturalnym, jak i do środków o charakterze behawioralnym.

¹⁶¹ Zob. np. A. Madała [w:] A. Bolecki, S. Drozd, S. Famirska, M. Kozak, M. Kulesza, A. Madała, T. Wardyński, *Prawo konkurencji*, wyd. 1, LexisNexis, Warszawa 2011, s. 487–488.

¹⁶² M. Błachucki, *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji...*, s. 299.

A. Madały warunki strukturalne są to „zobowiązania przedsiębiorcy do zbycia określonych składników majątkowych”¹⁶³. Natomiast „warunki behawioralne polegają na zobowiązaniu przedsiębiorcy do określonego powinnego zachowania”¹⁶⁴ czy „zobowiązania dotyczące przyszłego zachowania się przedsiębiorcy po dokonaniu koncentracji”¹⁶⁵; „warunkom strukturalnym mogą towarzyszyć warunki behawioralne”¹⁶⁶.

O ile wyróżnienie (rozróżnienie) modyfikacyjnych środków strukturalnych i behawioralnych (ewentualnie środków o charakterze mieszanym) można uznać za ugruntowane zarówno poznawczo, jak i praktycznie, o tyle nie jest do końca jasne, czy można twierdzić, że prawodawcy i organy ochrony konkurencji (w wytycznych i w praktyce decyzyjnej) preferują któryś z tych rodzajów warunków modyfikacyjnych. A jeśli tak, to w jakim zakresie. Czy dominuje preferowanie warunków strukturalnych, czy behawioralnych. Czy są kraje, w których stosowanie środków behawioralnych nie jest dozwolone.

Z przeprowadzonych badań prawa i praktyki wynika, że w pozaeuropejskich porządkach prawnych kontroli koncentracji jednoznacznie wyróżniane są przede wszystkim środki strukturalne, wprost służące zapewnieniu lub przywróceniu konkurencyjnej struktury rynku, ale środki behawioralne i inne są również dopuszczane lub praktycznie stosowane. W państwach tych można jednak mówić o jednoznacznym i zdecydowanym preferowaniu przez organy ochrony konkurencji warunków strukturalnych, aczkolwiek w żadnym z nich stanowiska w tych sprawach nie zajęł ustawodawca.

Jeśli chodzi o **środki zaradcze o charakterze strukturalnym** najbardziej powszechnym środkiem tego rodzaju w USA jest zobowiązanie się strony nabywającej do rozdzielenia (*divest*) części istniejących aktywów lub aktywów, które chce nabyć. Środki zaradcze o czystym charakterze behawioralnym nie są w USA wykluczone, ale są w praktyce stosowane raczej rzadko¹⁶⁷ (są akceptowane przez organy o antytrustowe tylko w wyjątkowych

¹⁶³ A. Madała [w:] A. Bolecki, S. Drozd, S. Famirska, M. Kozak, M. Kulesza, A. Madała, T. Wardyński, *Prawo konkurencji*, s. 488.

¹⁶⁴ M. Błachucki, *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji...*, s. 299.

¹⁶⁵ A. Madała [w:] A. Bolecki, S. Drozd, S. Famirska, M. Kozak, M. Kulesza, A. Madała, T. Wardyński, *Prawo konkurencji*, s. 488.

¹⁶⁶ M. Błachucki, *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji...*, s. 299.

¹⁶⁷ Zob. W.T. Miller, D.I. Baker, *United States of America* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 14: September 2007, s. 64–65.

okolicznościach¹⁶⁸), jako że są mniej satysfakcjonujące niż środki strukturalne, gdyż często wymagają jakiejś bieżącej regulacji¹⁶⁹. Nie ulega więc wątpliwości, że w przypadku USA można mówić o preferowaniu środków strukturalnych.

Kanadyjski organ ochrony konkurencji preferuje rozwiązania restrukturyzacyjne (np. podział czy wydzielenie części firmy), które mogą być dokonane przed zamknięciem postępowania i skierowaniem sprawy do Trybunału. Wprowadzie środki behawioralne nie są w Kanadzie zupełnie wykluczone, ale – jako że zawsze dotyczą okresu po dokonaniu koncentracji – nie są przez kanadyjskie organy ochrony konkurencji preferowane¹⁷⁰.

Podobnie jak w USA i Kanadzie jest w pozostałych badanych państwach pozaeuropejskich. W Meksyku stosowane są przede wszystkim środki strukturalne (rozdział przedsiębiorstwa). W zależności od istoty koncentracji i skali zagrożeń, Federalna Komisja Konkurencji może też określić termin i inne warunki realizacji środków zaradczych¹⁷¹. Brazylijska Rada Administracyjna ds. Ochrony Gospodarki tradycyjnie częściej sięga po środki zaradcze, niż nie dopuszcza do dokonania koncentracji. Ewidentnie preferuje ona środki strukturalne, do których należą m.in. podział lub rozwiązanie spółki. Rada dopuszcza jednak także środki behawioralne¹⁷². Od charakterystyki rynków zależą też inne warunki nakładane na strony, w tym termin ich wykonania (z reguły kilkumiesięczny). W Australii strona może przedłożyć sądowi egzekwowalne zobowiązania, obejmujące najczęściej zbycie części przedsiębiorstwa (*partial divestiture*) lub środki behawioralne¹⁷³. Chociaż australijska Komisja Konkurencji i Konsumentów jest generalnie niechętna wobec środków behawioralnych¹⁷⁴, zwłaszcza jeżeli mają one rozwiązywać problemy strukturalne, to jednak akceptuje je jako środki dodatkowe do zaradczych

¹⁶⁸ Tamże, s. 367.

¹⁶⁹ R.G. Parker & D.A. Balto, *The Evolving Approach to Merger Remedies*, FTC (<http://www.ftc.gov/speeches/other/remedies.shtm>), s. 7, opublikowane także [w:] Antitrust Report, may 2002.

¹⁷⁰ Tamże.

¹⁷¹ Zob. G. Castañeda, *Mexico* [w:] *Merger Control 2008*, s. 241.

¹⁷² Zob. J. Regazini, M. Calliari, *Brazil* [w:] *Merger Control 2008*, s. 68.

¹⁷³ Art. 87B australijskiej ustawy o praktykach handlowych z 1974 r.; zob. także C. Oddie, P. Ryan, *Australia* [w:] *Merger Control 2008*, s. 38, 39; *Australia* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 15: April 2008, s. 3–18.

¹⁷⁴ Zob. *Australia* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 15: April 2008, s. 3–41; w cyt. tam sprawie *James N. Kirby Products PtyLtd* zaakceptowane zostało zobowiązanie nabywcy do kontynuowania promocji określonej marki technologii i urządzeń sterowania posiadanych przez przejmowanego, które były jedynym konkurentem nabywcy w Australii.

środków strukturalnych¹⁷⁵. Także nowozelandzka Komisja ds. Handlu może zaakceptować środki strukturalne (zbycie aktywów lub akcji) jako podstawę zgody (*clearance* lub *authorization*) na dokonanie koncentracji, przy czym dla oceny środków strukturalnych przyjęto w Nowej Zelandii zasady wypracowane przez brytyjską Komisję Konkurencji. Jest natomiast charakterystyczne, że nowozelandzka Komisja ds. Konkurencji nie może w ogóle zaakceptować środków behawioralnych (dotyczących np. cen, wielkości produkcji, jakości)¹⁷⁶. Najbardziej jasna sytuacja w zakresie stosowania zaradczych środków strukturalnych i behawioralnych poza Europą jest w Japonii. Japońskie Wytyczne w sprawie koncentracji wyraźnie wskazują, że środki zaradcze mogą mieć zarówno charakter strukturalny, jak i behawioralny. Preferowane są, co do zasady, środki strukturalne, a przede wszystkim zbycie aktywów, w tym w pierwszej kolejności (*primarily measures*) wewnątrzsektorowy transfer przedsiębiorstwa czy zaprzestanie relacji biznesowych/kapitałowych z innymi podmiotami, a jeżeli nie jest to możliwe, to – alternatywnie – rozwiązanie długoterminowych umów zaopatrzenia. W trakcie formalnych procedur wysłuchania, zgłoszone i nałożone zostały w ostatnich latach środki zaradcze takie jak: częściowe zbycie udziałów, likwidacja pokrywania się członkostwa w organach kierowniczych spółek (*interlocking directors*), częściowy transfer zakładów produkcyjnych, udzielenie licencji technologicznej konkurentowi, kontynuacja produkcji pewnych produktów konkurenta, zakaz interwencji nabywcy w procesy decyzyjne przejmowanego¹⁷⁷. Także indyjska Komisja Konkurencji może zaproponować modyfikację każdej koncentracji w celu wyeliminowania negatywnych efektów dla konkurencji na rynku. Nie ma jednak prawa wydania nakazu zbycia lub zastosowania środków behawioralnych, ani też nie określa warunków, na jakich możliwa jest modyfikacja zamierzonej lub dokonanej koncentracji. W RPA, jeżeli jest możliwe porozumienie się z organami ochrony konkurencji w sprawie długoterminowej struktury łączących się podmiotów oraz zastosowania środków strukturalnych i behawioralnych, to powinno się to dokonać przed podjęciem przez Komisję Konkurencji rozstrzygnięcia co do sposobu potraktowania zgłoszonej koncentracji. Z rekomendacji tej Komisji wiele koncentracji zostało dopuszczonych przez Trybunał pod warunkiem zbycia części łączących się przedsiębiorstw lub zapobieżenia zamknięciu rynku czy odmowy zaopatrzenia (*refuse custom*) po dokonaniu oceny, w jakim zakresie proponowane środki pozostają w związku z zagrożeniami wynikającymi z danej koncentracji. W kilku przypadkach warunki

¹⁷⁵ Zob. C. Oddie, P. Ryan, *Australia* [w:] *Merger Control 2008*, s. 39.

¹⁷⁶ Tamże.

¹⁷⁷ Zob. A. Uesugi, K. Yamada, *Japan* [w:] *Merger Control 2010*, s. 214.

takie zostały nałożone jednostronnie przez sam Trybunał¹⁷⁸. W RPA mogą być natomiast stosowane środki behawioralne.

Wobec tego, że zgodnie z orzecznictwem SPI podstawowym celem środków zaradczych jest zapewnienie konkurencyjnych struktur rynkowych¹⁷⁹, KE „zasadniczo preferuje” **zobowiązania** ze swej natury **strukturalne** (głównie zobowiązanie do sprzedaży przedsiębiorstwa jego części), jako że z reguły trwale rozwiązują one problemy w zakresie konkurencji i nie wymagają średnio- lub długoterminowego monitorowania¹⁸⁰. Tak też jest w praktyce – ok. 2/3 wszystkich środków zaradczych leżących u podstaw zgód wyjątkowych KE stanowią środki zbycia (*divestiture remedies*)¹⁸¹. Zdaniem KE **zobowiązania do zbycia** są bowiem najlepszym sposobem rozwiązania problemów w zakresie konkurencji wynikających z horyzontalnego nakładania się obszarów działalności przedsiębiorstw, a także problemów wynikających z koncentracji wertykalnych i konglomeratowych (np. z efektu wykluczenia)¹⁸². Inne zobowiązania strukturalne mogą być odpowiednie do rozwiązania wszelkich rodzajów problemów, jeśli ich rezultaty odpowiadają skutkom zbycia¹⁸³. Komisja Europejska traktuje zobowiązania zbycia jako swoisty *benchmark* (punkt odniesienia) dla oceny innych środków zarad-

¹⁷⁸ Zob. R. Lehh, T. Dini, *South Africa* [w:] *Merger Control 2008*, s. 311; D. Mariotti, *South African Merger Remedies: What Have We Learnt in the Last Ten Years*, 6 *Competition Law International*, s. 56.

¹⁷⁹ Zob. motyw 8 rozp. 139/2004; zob. także powołane w Zawiadomieniu KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 15 wyroki SPI: w sprawach T-102/96 *Gencor v. Komisja* (Zb. Orz. 1999, s. II-753), pkt 316, oraz T-158/00 *ARD v. Komisja* (Zb. Orz. 2003, II-3825), pkt 192 i d.; zob. także wyrok ETS w sprawie C-12/03 P *Komisja v. Tetra Laval* (Zb. Orz. 2005, s. I-987), pkt 86.

¹⁸⁰ Zob. Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 15. Prymat warunków strukturalnych w praktyce KE jest przez nią wciąż akcentowany; zob. np. decyzję KE z 26.01.2011 r. w sprawie COMP/M.5978 *GDF Suez/International Power*, Brussels, 26.01.2011 r., SG-Greffe(2011) D1408 C(2011)524 CORR, pkt 138, s. 20; decyzję KE z 26.01.2011 r. w sprawie COMP/M.5984 *Intel/McAfee*, Brussels 26.01.2011, SG-Greffe (2011) D/1407 C(2011) 529 final, pkt 305, s. 54; zob. także J. Guittou. A. Lübbert, I. Neale-Besson, J. Vidal, *Intel/McAfee*, *Competition Policy Newsletter* – Numeber 2 – 2011, s. 10.

¹⁸¹ Wyraźnie wykazał to raport *Merger Remedies Study* z 2005; zob. także Th. Hoehn, S. Rab, *UK Merger Remedies: Convergence or Conflict with Europe? A Comparative Assessment of Remedies in UK mergers*, ECLR 2009, 30(2), s. 77.

¹⁸² Zob. zbycie obiektów do składowania w sprawie COMP/M.3868 *DONG/Elsam/Energi E2* z 14.03.2006 r., pkt 170 i n.; sprawa COMP/M.3696 *E.ON/MOL* z 21.12.2005 r., pkt 735 i n., przykład „rozdzielenia własności” w celu usunięcia powiązań strukturalnych między stronami w sektorze składowania gazu; ponadto sprawa COMP/M.4314 *Johnson & Johnson/Pfizer* z 11.12.2006 r., sprawa COMP/M.4494 *Evraz/Highveld* z 20.02.2007 r.

¹⁸³ Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 17, a także pkt 61 i d.

czych pod względem skuteczności (*effectiveness*) i wydajności (*efficiency*) w sytuacjach, gdy zbycie jest niemożliwe¹⁸⁴.

Zarówno sądy UE, jak i KE uważają jednak, że nie można automatycznie wykluczyć, że inne rodzaje zobowiązań mogą również wyeliminować znaczące ograniczenie skutecznej konkurencji¹⁸⁵. **Zobowiązania dotyczące przyszłego zachowania podmiotu** po dokonaniu koncentracji (tzw. **zobowiązania behawioralne**), mogą być zatwierdzone tylko „wyjątkowo, w bardzo szczególnych okolicznościach”¹⁸⁶, jeżeli ich działanie jest w pełni zagwarantowane przez skuteczną realizację i monitorowanie¹⁸⁷ oraz jeżeli nie powodują ryzyka zakłócenia konkurencji¹⁸⁸. Wyjątkowo akceptowane mogą być w szczególności zobowiązania przedsiębiorstw do niepodnoszenia cen, ograniczenia asortymentu produktów lub usunięcia z rynku określonych marek itp. zasadniczo nie rozwiążą one problemów w zakresie konkurencji wynikających z horyzontalnego nakładania się obszarów działalności przedsiębiorstw. Najczęściej mogą one jednak wystarczyć do odwrócenia zagrożeń dla skutecznej konkurencji w koncentracjach konglomeratowych¹⁸⁹.

Podobne środki zaradcze występują w państwach członkowskich UE. W brytyjskim systemie kontroli koncentracji zobowiązania stron koncentracji, które mają zaradzić zidentyfikowanym zagrożeniom dla konkurencji, mogą mieć charakter środków strukturalnych i behawioralnych lub mogą stanowić ich kombinację, ale środki strukturalne (w szczególności zbycia)

¹⁸⁴ Tamże; por. decyzję KE z 28.04.2005 r. w sprawie COMP/M.3680 *Alcatel/Finmeccanica/Alcatel Alenia Space & Telespazio*.

¹⁸⁵ Zob. wyrok TS w sprawie C-12/03 P *Komisja v. Tetra Laval* (Zb. Orz. 2005, s. I-987), pkt 86; wyrok SPI z 25.03.1999 r. w sprawie T-102/96 *Gencor v. Komisja* (Zb. Orz. 1999, s. II-753, pkt 319 i n.); wyrok SPI z 30.09.2003 r. w sprawie T-158/00 *ARD v. Komisja* [2003], Rec. II-3825, pkt 193; wyrok SPI w sprawie T-177/04 *easyJet v. Komisja* (Zb. Orz. 2006, s. II-1931), pkt 182; wyrok SPI w sprawie T-87/05 *EDP v. Komisja* (Zb. Orz. 2005, s. II-3745), pkt 101.

¹⁸⁶ W związku z efektem kumulacyjnym koncentracji zob. wyrok TS z 15.02.2005 r. w sprawie C-12/03 P *Komisja v. Tetra Laval* (Zb. Orz. 2005, s. I-987), pkt 85, 89.

¹⁸⁷ Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych, pkt 13–14, 66 i 69; wyrok ETS w sprawie C-12/03 P *Komisja v. Tetra Laval* (Zb. Orz. 2005, s. I-987), pkt 85, 89.

¹⁸⁸ Na przykład zobowiązania dotyczące niektórych zachowań w zakresie ustalania cen, jak np. pułapy cenowe, mogące prowadzić do niekonkurencyjnego wyrównywania cen przez konkurentów.

¹⁸⁹ Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych, pkt 17, 69; wyrok ETS w sprawie C-12/03 P *Komisja v. Tetra Laval* (Zb. Orz. 2005, s. I-987), pkt 85, 89. W najnowszej praktyce zobowiązania takie nałożono w decyzji w sprawie fuzji konglomeratowej Intel/McAfee; zob. decyzję KE z 26.01.2011 r. w sprawie COMP/M.5984 *Intel/McAfee*, Brussels 26.01.2011, SG-Greffe (2011) D/1407 C(2011) 529 final, pkt 306, s. 54; zob. także J. Guitton, A. Lübbert, I. Neale-Besson, J. Vidal, *Intel/McAfee*, titon Policy Newsletter – Numeber 2 – 2011, s. 11.

są traktowane przez Urząd ds. Uczciwego Handlu jako bardziej odpowiednie niż środki behawioralne¹⁹⁰. Także Komisja Konkurencji wyraźnie preferuje środki strukturalne. Środki behawioralne są jednak w Wielkiej Brytanii stosunkowo często akceptowane; twierdzi się nawet czasami, że brytyjskie organy ochrony konkurencji są bardziej niż inne (w tym zwłaszcza Komisja Europejska) „elastycznie rozsądne” (*reasonable flexible*), gdy chodzi o akceptację środków zaradzających zagrożeniom konkurencji przez koncentracje (w tym środków dotyczących cen)¹⁹¹. Niemiecka ustawa kartelowa nie określa zasad, na jakich środki zaradcze są akceptowalne. W konsekwencji, możliwe jest stosowanie całego szeregu środków zaradczych, o ile tylko wystarczająco zapobiegają one zagrożeniom konkurencji wynikającym z danej transakcji. W praktyce, Federalny Urząd Kartelowy akceptuje wszelkie środki strukturalne, aczkolwiek najczęściej są to środki polegające na zbyciu przedsiębiorstwa (*divestment undertakings*) czy spółki (*divestiture of subsidiary*), prowadzące do stworzenia nowego konkurencyjnego przedsiębiorstwa lub wzmocnienia istniejącego konkurenta uczestników koncentracji. Skuteczne okazały się ponadto środki, które przyspieszają (*bolster*) liberalizację wcześniej zamkniętych rynków energetycznych¹⁹². Środki behawioralne, które nie dotyczą struktury rynku, są rzadko uznawane za wystarczające dla zapobieżenia zagrożeniom dla konkurencji; wobec zobowiązań czysto behawioralnych Federalny Urząd Kartelowy jest nastawiony raczej niechętnie (*reluctant*)¹⁹³. Co więcej, niemiecka ustawa kartelowa *explicite* zakazuje nakładania warunków, które umożliwiłyby Urzędowi sprawowanie permanentnej kontroli działalności stron transakcji¹⁹⁴. We Francji strukturalne środki zaradcze mogą obejmować zbyt udziałów kapitałowych lub aktywów, likwidację powiązań strukturalnych między konkurentami, tworzenie nowych zdolności produkcyjnych¹⁹⁵, jak też transfer umów, sprzedaż lub

¹⁹⁰ Zob. Ch. Ahlborn, S. Althman, N. Gràcia, J. Harvey, *United Kingdom* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 23: March 2012, s. 63–76.

¹⁹¹ Zob. N. Parr, D. Liddell, *United Kingdom* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 334; D. Garrod, B. McCutchen, *United Kingdom: Merger Control* [w:] *The European Antitrust Review 2011*, s. 2.

¹⁹² Zob. H. Bergmann, F. Röhling, *Germany* [w:] *Merger Control 2008*, s. 149.

¹⁹³ Zob. także M. Maier, P. Werner, *Germany: Merger Control* [w:] *The European Antitrust Review 2001*, s. 3; M. Rosenthal, *Germany* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 125.

¹⁹⁴ Art. 40 ust. 3 niemieckiej ustawy kartelowej z 1957 r.; zob. także H. Bergmann, F. Röhling, *Germany* [w:] *Merger Control 2008*, s. 149.

¹⁹⁵ Takie trzy grupy środków strukturalnych wymieniają francuskie Wytyczne w sprawie koncentracji, pkt 531–548, s. 136–139. Środki strukturalne (sprzedaż udziałów i majątku) zastosowano w niedawnej zgodzie warunkowej francuskiego Urzędu ds. Konkurencji z 30.12.2010 r. w sprawie 10-DCC-198 *Veolia/Transdev*; zob. Case Comment. *France: mergers – transport services*, ECLR 2011, 32(6), N111-112.

rezygnację ze znaków towarowych oraz utrzymanie sieci dystrybucyjnej¹⁹⁶. Zobowiązania behawioralne mogą obejmować udzielenie innym uczestnikom rynku dostępu do sieci lub innej infrastruktury na niedyskryminacyjnych i przejrzystych warunkach, przyznanie dostępu do licencji, patentów, znaków towarowych lub technologii, rezygnację (*waiving*) z wyłączności lub modyfikację umów o wyłączność, zmianę warunków cenowych, zmianę warunków dystrybucji lub dostaw produktu, ujawnienie informacji na bazie niewyłączonej¹⁹⁷, zakończenie określonych działań¹⁹⁸ itp. Urząd ds. Konkurencji bada, czy zobowiązania te mają szansę zaradzić zidentyfikowanym zagrożeniom konkurencji, a jeśli tak, to w swej decyzji końcowej uzależnia swą zgodę od spełnienia tych zobowiązań¹⁹⁹. Urząd przyznaje pierwszeństwo środkom strukturalnym²⁰⁰, a środki behawioralne dopuszcza jako środki dodatkowe²⁰¹.

Natomiast austriacka ustawa kartelowa z 2005 r. nie zawiera żadnych przepisów materialnych co do charakteru tych warunków²⁰². Rosnąca praktyka zgód warunkowych pozwala stwierdzić, że mogą to być zarówno środki strukturalne (w tym zbycie przedsiębiorstwa), jak i behawioralne; jednak – inaczej niż w innych państwach – środki behawioralne wciąż pełnią w Austrii rolę pierwszorzędą²⁰³. Także w Belgii zobowiązania, warunki i obowiązki takie mogą mieć charakter strukturalny (np. zbycie) lub/i behawioralny²⁰⁴. Środki strukturalne są preferowane także w Danii. Jednak stosuje się także środki behawioralne, takie jak np. „działanie w kierunku zmiany pewnych praktyk w sektorze usług finansowych” (dotyczące handlu giełdowego) czy „publikowanie cen” (w celu podwyższenia przejrzystości rynku)²⁰⁵. Z reguły środki zaradcze są realizowane po dokonaniu koncentracji. W Finlandii

¹⁹⁶ Zob. L. Vogel, J. Vogel, *France* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 117.

¹⁹⁷ Sześć takich warunków behawioralnych wymieniono w pkt 549 francuskich Wytycznych w sprawie koncentracji, s. 140.

¹⁹⁸ Zob. L. Vogel, J. Vogel, *France* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 117.

¹⁹⁹ Tamże.

²⁰⁰ Zob. francuskie Wytyczne w sprawie koncentracji, pkt 528, s. 136.

²⁰¹ Tamże, pkt 550, s. 140.

²⁰² Zob. F. Urlsberger, S. Stegbauer, *Austria* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 34.

²⁰³ Zob. A. Reidlinger, H. Kühnert, *Austria* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 19: April 2010, s. 4–17; A. Reidlinger, A. Zellhofer, *Austria* [w:] *Merger Control 2008*, s. 47.

²⁰⁴ Zob. J. Stuyck, I. Buelens, *Belgium* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 40; L. Garzaniti, Th. Janssen, P. Goffinet, *Belgium* [w:] *Merger Control 2008*, s. 57.

²⁰⁵ Zob. H. Peytz, B. Schiønning, *Denmark* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 92; zob. także The GFK Competition Group, *Denmark* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 11: March 2006, s. 15-8 i 15-9 oraz cytowane tam decyzje w sprawach koncentracji *Danske Bank/RealDanmark* (sprzedaż przez Danske Bank akcji w Copenhagen Stock Exchange i Danish Securities Centre oraz zamrożenie jego udziałów w DanishPayment

w przypadku nakładania środków zaradczych, mają one charakter raczej strukturalny (preferowany przez ustawodawcę – w uzasadnieniu ustawy – i przez fińskie organy ochrony konkurencji) niż behawioralny. Nie powinny one być bardziej „surowe” (*severe*) niż trzeba dla usunięcia antykonkurencyjnych skutków koncentracji²⁰⁶. Także w Grecji Komisja Konkurencji może wyrazić zgodę na koncentrację pod warunkami (tzw. środkami strukturalnymi lub behawioralnymi), które nakłada się dla zapewnienia, że koncentracja (w swej formie wyjściowej lub zmodyfikowanej) nie powoduje istotnego ograniczenia konkurencji²⁰⁷. Standard nakładania środków strukturalnych (wzorowany na unijnym) został opublikowany i po raz pierwszy zastosowany w sprawie *Hellenic Petroleum/BP Hellas*²⁰⁸. Najczęściej jednak Komisja Konkurencji stosowała środki behawioralne (np. zobowiązanie do świadczenia usług na rzecz osób trzecich, zobowiązanie do zapewnienia dostępu do zdolności magazynowych, zobowiązanie do kontynuacji dostaw do pewnych konsumentów przez określony czas)²⁰⁹. Nakładała także zobowiązania składania sprawozdań (np. informowanie o cenach pewnych produktów)²¹⁰. Również nadzwyczajne zgody ministerialne mogą być w Grecji opatrzone warunkami²¹¹. Także w Irlandii warunki mogą mieć charakter strukturalny (zbycie przedsiębiorstwa)²¹² lub behawioralny²¹³. W Holandii natomiast warunki mogą być strukturalne, behawioralne i quasi-strukturalne

System) oraz koncentracji *DLG/AgroDK/Yara* (roczne porozumienie zamiast trzyletniej wyłączności).

²⁰⁶ Zob. Ch. Wik, N. Hukkinen, *Finland* [w:] *Merger Control 2008*, s. 133.

²⁰⁷ Np. w decyzji HCC z 20.10.2009 r., *Hellenic Petroleum/BP Hellas* zgoda była uwarunkowana sprzedażą pewnej ilości stacji benzynowych w pewnych obszarach Grecji dla zmniejszenia udziału w rynku do poniżej 55%; zob. E. Bourtzalas, *Greece* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 133. W decyzji ustalono standard stosowania środków zaradczych strukturalnych/zbycia, zgodny z tym z UE.

²⁰⁸ Np. w decyzji HCC z 20.10.2009 r., *Hellenic Petroleum/BP Hellas* ustalono standard stosowania środków zaradczych strukturalnych/zbycia, zgodny z tym z UE.

²⁰⁹ Zob. E. Bourtzalas, *Greece* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 133; A. Economou, *Greece* [w:] *Merger Control 2008*, s. 156.

²¹⁰ Zob. E. Bourtzalas, *Greece* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 133; A. Economou, *Greece* [w:] *Merger Control 2008*, s. 156.

²¹¹ E. Bourtzalas, *Greece* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 133.

²¹² Zob. decyzję w sprawie No. M/06/098 *acquisition by Premier Food of RHM*, szerzej omówioną [w:] G. FritzGerald, *Ireland* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 16: November 2008, s. 28-13.

²¹³ Zob. decyzję w sprawie No. M/05/024 *the acquisition of Ireland's largest cable-TV provider, NTL, ny Liberty Global*, szerzej omówioną [w:] G. FritzGerald, *Ireland* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 16: November 2008, s. 28-11.

(np. udzielenie licencji wyłącznej)²¹⁴, aczkolwiek preferowane są warunki strukturalne. Warunki behawioralne nie są akceptowane w pierwszej fazie postępowania; powinno się ich unikać, jako że wymagają monitoringu i egzekucji²¹⁵. Środki behawioralne, np. w koncentracji wertykalnej, mają na celu niedopuszczenie do zacieśniania marży (*price squeeze*) lub odmowy dostępu do urządzeń kluczowych. Quasi-behawioralne są to takie środki zaradcze, które nie polegają na zmianie strukturalnej (sprzedaży), ale mają trwałe (strukturalny) skutek, bo firma zachowuje wprawdzie prawa własnościowe, ale nie może z nich swobodnie korzystać²¹⁶. W Portugalii warunki mogą mieć naturę strukturalną lub behawioralną, przy czym preferowane są warunki strukturalne (*divestiture*). Praktyka Urzędu ds. Konkurencji wskazuje jednak na bardziej fleksyjną postawę wobec warunków behawioralnych niż praktyka Komisji Europejskiej²¹⁷. Także w Szwecji środki zaradcze mogą być strukturalne lub behawioralne, ale faworyzowane jest zbycie²¹⁸. Środki strukturalne i behawioralne występują również we Włoszech, przy czym Urząd ds. Konkurencji preferuje te strukturalne²¹⁹. Najważniejsze warunki zastosowane w kilku najważniejszych zgodach warunkowych we Włoszech to: zbyt przedsiębiorstwa (oddziału), zobowiązanie do redukcji potencjału produkcyjnego, redukcja zakresu przejęcia, zobowiązanie stron do niesprzedawania produktów pod pewnymi znakami towarowymi, transfer znaku firmowego i innych PWI, zezwolenie na dostęp do infrastruktury lub informacji przez stronę trzecią²²⁰. W Norwegii, jeżeli zobowiązania strukturalne lub behawioralne mogą zaradzić problemom konkurencji, Urząd ds. Konkurencji musi zamknąć postępowanie wyrażając zgodę na dokonanie koncentracji z załączonymi do niej koniecznymi warunkami strukturalnymi

²¹⁴ Zob. J.K. de Pree, S.J.H. Evans, *Netherlands* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 18: August 2009, s. 44-24.

²¹⁵ Zob. W. Knibbeler, P. Kreijger, *Netherlands* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 250–251.

²¹⁶ Zob. M. Chatelin, A. de Putter, R. Hagendoors, *Netherlands: Merger Control* [w:] *The European Antitrust Review*, 2011, s. 2.

²¹⁷ Zob. C. Bothelo Moniz, P. de Gouveia e Melo, *Portugal* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 247; zob. cyt. tam sprawy, s. 247. W 23 z 25 przypadków decyzji warunkowych od 2003 r. nakładane były warunki behawioralne (czasem razem z warunkami strukturalnymi).

²¹⁸ Zob. U. Djurberg, M. Lehmann-Horn, *Sweden* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 301; T. Pettersson, J. Carle, S. Perván Lindeborg, *Sweden* [w:] *Merger Control 2008*, s. 323.

²¹⁹ Zob. G.L. Zampa, *Italy* [w:] *Merger Control 2008*, s. 197; L. Vasques, Ch. Marciadini, *Italy* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 172. W kilku istotnych sprawach zgody wydane zostały pod takimi warunkami (np. *Groupe Canal+/Streamoraz Alitalia/Volare*).

²²⁰ Zob. R. Caiazza, *Italy* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 21: March 2011, s. 30-46–30-47.

lub behawioralnymi²²¹. Charakterystyczne jednak jest, że środki strukturalne mogą być nałożone tylko wtedy, gdy nie ma skutecznych środków behawioralnych lub środki takie byłyby bardziej utrudniające dla przedsiębiorstw. Występuje parę przypadków nałożenia środków strukturalnych (np. zbycie całej lub części spółki lub aktywów) lub behawioralnych (np. zapewnienie dostępu na zasadach niedyskryminacyjnych); termin dla środków behawioralnych wynosi w praktyce 5–10 lat²²². Szwajcarska Rada Konkurencji stosuje środki strukturalne, ale niekiedy nie wymaga, aby były zrealizowane przed wydaniem decyzji; w ostatnich latach coraz szerzej stosuje także warunki behawioralne²²³. W Turcji przedsiębiorstwa mogą zaoferować dodatkowe zobowiązania zbycia lub behawioralne, żeby pomóc rozwiązać potencjalne kwestie, jakie mogą być podniesione przez Zarząd Urzędu ds. Konkurencji²²⁴.

Także w „nowych” państwach członkowskich UE możliwe jest co do zasady stosowanie warunków strukturalnych i behawioralnych, ale istnieje wątpliwość, czy można w nich mówić o preferencji którejś z dwóch kategorii warunków modyfikacyjnych. Przede wszystkim trudno jest jednoznacznie stwierdzić, że w polityce stosowania zgód warunkowych organów ochrony konkurencji w „nowych” państwach członkowskich UE preferowane są modyfikacyjne warunki strukturalne; w każdym razie niektóre z tych organów (np. litewska Rada Konkurencji) wciąż nie wskazały swoich preferencji²²⁵, a w Bułgarii środki strukturalne są wciąż bardzo rzadkie²²⁶. Można natomiast zauważyć, że praktyka stosowania zgód warunkowych w „nowych” państwach członkowskich UE pokazuje, że ich organy ochrony konkurencji stosunkowo często sięgają po możliwość uzależnienia zgód od warunków behawioralnych; w niektórych z tych państw warunki takie wciąż dominują²²⁷. W Bułgarii Komisja Ochrony Konkurencji ma daleko idące uznanie w zakresie formułowania i negocjowania takich warunków (w praktyce

²²¹ Zob. B. Sundet, H. Stemshaug, *Norway* [w:] *Merger Control 2008*, s. 266.

²²² Tamże, s. 267.

²²³ Zob. J. Borer, P. Sommer, D. Mamane, *Switzerland* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 21: March 2011, s. 57-14.

²²⁴ Zob. G. Gurkaynak, *Turkey* [w:] *Merger Control 2008*, s. 344.

²²⁵ Zob. S. Keserauskas, M. Joinys, *Lithuania* [w:] *Merger Control 2008*, s. 225 (art. 14 ust. 1 pkt 2); Š. Keserauskas, *Lithuania* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 12: July 2006, s. 38-24

²²⁶ Zob. F. Urlesberger, I. Stoyanov, *Bulgaria* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 58, 59 i 60; N. Gouginski, A. Petrow, *Bulgaria* [w:] *Merger Control 2008*, s. 73–74.

²²⁷ Zob. M. Nedelka, R. Kubáč, *Czech Republic* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 85; A. Bányaiová, *Czech Republic* [w:] *Merger Control 2008*, s. 108.

zarówno strukturalnych, jak i behawioralnych)²²⁸. O ile warunki strukturalne są wciąż rzadkie, o tyle Komisja Ochrony Konkurencji już kilkakrotnie nakładała warunki behawioralne takie jak: zachowanie pewnych kanałów dystrybucji przez określony czas pod dokonaniu koncentracji, zapewnienie konsumentom lub konkurentom łatwego (*at arm's-length*) dostępu do określonych urządzeń kluczowych, zapewnienie klientom kontynuacji dostępu do pewnych usług niepowiązanych, uzgadnianie z Komisją wszelkich przyszłych podwyżek cen dominanta²²⁹. Za możliwe środki zaradcze także w Czechach uznaje się zarówno środki strukturalne, jak i behawioralne oraz quasi-strukturalne; stosowane są jednak głównie środki behawioralne²³⁰. Wśród zastosowanych w praktyce środków zaradczych były: sprzedaż przedsiębiorstwa lub jego części w celu zmniejszenia udziału na rynkach dotkniętych lub usunięcia konkurencyjnego pokrywania się (*overlap*), uchylenie wszelkich klauzul wyłącznych, ułatwiający wejście na rynek nowym spółkom przez zapewnienie dostępu do własnej infrastruktury; rozwiązanie lub modyfikacja porozumienia, sprzecznego z regułami konkurencji lub interesami konsumentów, przyjęcie zobowiązania stron, że nie podwyższą cen w określonym okresie lub podwyższą ceny tylko z powodów obiektywnych, informowanie wszystkich konsumentów o zamiarze restrukturyzacji produkcji²³¹. Także w Estonii istnieje możliwość stosowania zarówno środków strukturalnych, jak i behawioralnych; w ostatnim okresie jednak częściej stosowane są środki strukturalne²³². Na Węgrzech przeważają wprawdzie zgody bezwarunkowe²³³, ale węgierski Urząd ds. Konkurencji może dołączyć do decyzji warunki i obowiązki (*conditions and obligations*). Ustawa daje Urzędowi „ogromne” uznanie (*huge discretion*) w ich określaniu (nakładaniu na przedsiębiorstwa)²³⁴, ale też formułuje, przykładowo,

²²⁸ Zob. F. Urlesberger, I. Stoyanov, *Bulgaria* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 58, 59 i 60; N. Gouginski, A. Petrow, *Bulgaria* [w:] *Merger Control 2008*, GCR, s. 73–74.

²²⁹ Zob. N. Gouginski, A. Petrow, *Bulgaria* [w:] *Merger Control 2008*, GCR, s. 73.

²³⁰ Zob. A. Bányaiová, *Czech Republic* [w:] *Merger Control 2008*, s. 108.

²³¹ Zob. M. Nedelka, R. Kubáč, *Czech Republic* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 85; A. Bányaiová, *Czech Republic* [w:] *Merger Control 2008*, s. 108.

²³² Zob. E. Blumfeldt, T. Tamme, *Estonia* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 99 (np. sprzedaż estońskiej córki przedsiębiorstwa zagranicznego, sprzedaż znaków towarowych i pewnej części biznesu przejmowanego).

²³³ Przez pierwszych 16 lat istnienia reguł kontroli koncentracji, wydano na Węgrzech łącznie tylko osiem zakazów; zob. Z. Marosi, G. Fejes, *Hungary* [w:] *Merger Control 2008*, s. 161.

²³⁴ Zob. F. Urlesberger, A. Turi, *Hungary* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 139; A. Hargita, *Hungary* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 13: April 2007, s. 24–26.

ich listę²³⁵; może także ustalić odpowiedni termin spełnienia tych warunków. W praktyce mogą to być także środki behawioralne (np. prowadzenia odrębnej rachunkowości dla nabytej spółki²³⁶). Na Litwie postępowanie w sprawie koncentracji może zakończyć się m.in. zgodą na dokonanie koncentracji, do której dołączone są warunki (*conditions*) lub obowiązki (*obligations*) dla stron koncentracji mające na celu zapobieganie powstaniu lub umocnieniu pozycji dominującej²³⁷. Warunki takie mogą być zarówno strukturalne (najczęściej *divestiture*), jak i behawioralne; póki co Rada Konkurencji nie wskazała swoich preferencji, aczkolwiek ilość decyzji warunkowych stale rośnie²³⁸. Stosuje też środki behawioralne, np. wymóg przejrzystych cen, zakaz nakładania cen dyskryminacyjnych i narzucania klauzul wyłączności, jak też wymóg stworzenie możliwości wypowiedzenia umowy²³⁹. Na Malcie można uznać koncentrację za zgodną z przepisami rozporządzenia i załączyć do niej warunki i obowiązki mające na celu doprowadzenie do uznania jej przez Dyrektora Generalnego ds. Konkurencji za zgodną z przepisami rozporządzenia²⁴⁰. W Rumunii środki zaradcze mogą być zarówno strukturalne, jak i behawioralne (można je też stosować łącznie); stosuje się np. zbycie, rozwiązanie umów o wyłącznej dystrybucji, dostęp o koniecznej infrastruktury lub kluczowych technologii w drodze licencji lub inaczej, obowiązek informowania o cenach, mechanizmy służące zapewnieniu braku dyskryminacji konsumentów²⁴¹. Także na Słowacji warunki mogą być zarówno strukturalne, jak i behawioralne²⁴². Natomiast w Słowenii zarówno Urząd ds. Konkurencji, jak i kontrolujący go sąd administracyjny są raczej sceptyczne wobec behawioralnych warunków modyfikacyjnych²⁴³, gdyż uważają że warunki te wymagają kontroli ich spełniania i nie są w stanie spełnić wymogów wynikających z przepisu art. 51 ust. 2 ustawy o konkurencji.

Formalnie rzecz biorąc, prawo polskie przewiduje tylko warunki strukturalne; także w piśmiennictwie wskazywano przede wszystkim na strukturalny – a nie funkcjonalny (regulacyjny) – charakter obowiązków lub zobowiązań,

²³⁵ Art. 30 ust. 3 węgierskiej ustawy o zakazie nieuczciwych i ograniczających praktyk rynkowych z 1996 r.

²³⁶ Zob. Z. Marosi, G. Fejes, *Hungary* [w:] *Merger Control 2008*, GCR, s. 161.

²³⁷ Art. 14 ust. 1 pkt 2 litewskiej ustawy o konkurencji z 1999 r.

²³⁸ Zob. Š. Keserauskas, *Lithuania* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 12: July 2006, s. 38-24.

²³⁹ Zob. S. Keserauskas, M. Joinys, *Lithuania* [w:] *Merger Control 2008*, s. 225

²⁴⁰ Art. 6 ust. 2 maltańskiej ustawy o konkurencji z 1994 r.

²⁴¹ Zob. M. Rădulescu, F. Urlesberger, *Romania* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 255; A.I. Ioachimesu, *Romania* [w:] *Merger Control 2008*, s. 285.

²⁴² Zob. M. Nedelka, M. Vogl, *Slovakia* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 267.

²⁴³ Zob. P. Pensa, *Slovenia* [w:] *Merger Control 2008*, s. 303.

które przykładowo były wymienione w art. 18 ust. 2 uokik z 2000 r.²⁴⁴ W każdym razie taki (strukturalny) charakter mają trzy warunki, wymienione wprost – jednak tylko przykładowo – w art. 19 ust. 2 uokik z 2007 r.²⁴⁵ oraz w art. 18 ust. 2 uokik z 2000 r. (warunki nazwane). Można więc przyjąć, że także dla polskiego ustawodawcy **najważniejsze są warunki strukturalne**, które mogą wprost doprowadzić do zmiany kształtu (elementów) zamierzonej koncentracji – wstępnie uznanej za niespełniającą przesłanek (bezwartunkowej) zgody na jej dokonanie (art. 18 uokik z 2007 r. oraz art. 17 uokik z 2000 r.) lub spełniającą przesłanki (bezwzględne) zakazu (art. 20 ust. 1 uokik z 2007 r. oraz art. 19 ust. 1 uokik z 2000 r.) – tak, aby nie powodowała ona istotnego ograniczenia konkurencji, w szczególności nie tworzyła lub nie umacniała pozycji dominującej na rynku. W rzeczywistości więc również w Polsce **dominacja warunków strukturalnych** ma swoje ugruntowanie w tym, że także w przypadku zgody warunkowej spełniony musi być test braku „istotnego ograniczenia konkurencji, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku” (art. 19 ust. 1 uokik z 2007 r.); przed 1.05.2004 r. – tak jak w rozp. 4064/89 – dla udzielenia zgody warunkowej konieczne było spełnienie testu braku „powstania lub umocnienia pozycji dominującej, wskutek czego konkurencja na rynku byłaby istotnie ograniczona” (art. 17 uokik z 2000 r.).

Warunki strukturalne dominują także w praktyce decyzyjnej Prezesa UOKiK. Pogląd ten znajduje swoje pełne potwierdzenie w praktyce udzielania zgód warunkowych pod rządami uokik zarówno z 2000 r., jak i z 2007 r. Spośród ośmiu (z ogółem dziewięciu) decyzji warunkowych wydanych na podstawie art. 18 uokik z 2000 r., które były przedmiotem badania, sześć zawierało **wyłącznie modyfikacyjne warunki strukturalne**²⁴⁶. Nie może to dziwić, albowiem dotyczyły one koncentracji horyzontalnych (fuzji), w których Prezes UOKiK stwierdził zagrożenia dla konkurencji (powstanie pozycji dominującej na rynku), mające swoje źródło w pokrywaniu się działalnościami uczestników koncentracji na rynkach właściwych zdefiniowanych produktowo i geograficznie. Taka sama sytuacja miała miejsce w przypadku

²⁴⁴ Por. J. Olszewski, *Nowa ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, s. 726–727.

²⁴⁵ Zob. T. Skoczny [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod red. T. Skoczego, s. 871; tak też A. Madała [w:] A. Bolecki, S. Drozd, S. Famirska, M. Kozak, M. Kulesza, A. Madała, T. Wardyński, *Prawo konkurencji*, s. 488.

²⁴⁶ Decyzja Prezesa UOKiK z 6.03.2003 r., Nr DDF-11/2003 *Rethmann/LOBBE*; decyzja Prezesa UOKiK z 18.05.2004 r., Nr DOK-36/2004 *Sanofi-Synthelabo/Aventis*; decyzja Prezesa UOKiK z 20.04.2005 r., Nr DOK-35/2005 *Nafta Polska/4 spółki ciężkiej chemii*; decyzja Prezesa UOKiK z 3.10.2006 r., Nr DOK-116/06 *PCC/Zakłady Azotowe*; decyzja Prezesa UOKiK z 5.06.2007 r., Nr DOK-71/07 *CRH/E. Schwenk*; decyzja Prezesa UOKiK z 28.06.2007 r., Nr DOK-86/2007 *Carrefour/Ahold*.

sześciu (z dziewięciu) decyzji warunkowych wydanych na podstawie uokik z 2007 r.²⁴⁷ W niektórych z nich zamierzona koncentracja prowadziła do bardzo silnej pozycji dominującej i podwyższenia, i tak już wysokiego stopnia koncentracji rynków, mierzonego wskaźnikiem HHI i wskaźnikiem Delta, jako że brali w niej udział przedsiębiorcy zaliczający się do pierwszej trójki uczestników rynku²⁴⁸.

Faktycznie więc Prezes UOKiK, chcąc udzielić zgody warunkowej, musiał sięgnąć po warunki strukturalne; tylko one bowiem mogły skutecznie zapobiec dokonaniu koncentracji antykonkurencyjnej. Swą zgodę uzależnił od „zbycia części majątku”²⁴⁹, „pakietu aktywów”²⁵⁰, „zbycia całej działalności”²⁵¹, „zbycia udziałów”²⁵², „sprzedaży akcji”²⁵³, „wyzbycia się” sieci lub części sieci²⁵⁴, „wyzbycia się kontroli” nad spółką zależną lub spółkami lub „jakichkolwiek praw umożliwiających [...] wywieranie wpływu”²⁵⁵ na spółkę lub jej działalność²⁵⁶ czy wszelkich praw do sklepów detalicznych²⁵⁷ lub „wszelkich praw, w tym prawa własności, prawa użytkowania wieczystego, prawa najmu” do określonych hurtowni²⁵⁸ lub „wyzbycia się wszelkich praw” do określonych stacji dializ²⁵⁹. Wszystkie te warunki – mimo braku jednoznacznego ich odniesienia do warunków nazwanych w art. 18 ust. 2 uokik z 2000 r. lub art. 19 ust. 2 uokik z 2007 r. – są w istocie z nimi („zbyciem

²⁴⁷ Decyzja Prezesa UOKiK z 24.09.2008 r., Nr DKK-76/2008 *JMD/Plus Discount*; decyzja Prezesa UOKiK z 12.07.2010 r., Nr DKK-64/10 *Rodamco/Simon Ivanhoe*; decyzja Prezesa UOKiK z 18.10.2010 r., Nr DKK-105/2010 *Kompania Węglowa/Huta*; decyzja Prezesa UOKiK z 28.06.2011 r., Nr DKK-70/11 *FMC/Eurodial*; decyzja Prezesa UOKiK z 5.09.2011 r., Nr DKK-101/11 *UPC/Aster*; decyzja Prezesa UOKiK z 27.10.2011 r., Nr DKK-128/2011 *Eurocash/Tradis*.

²⁴⁸ Decyzja Prezesa UOKiK z 5.06.2007 r., Nr DOK-71/07 *CRH/E. Schwenk*; decyzja Prezesa UOKiK z 25.02.2009 r., Nr DKK-9/09 *Agros Nova/Kotlin*; decyzja Prezesa UOKiK z 12.07.2010 r., Nr DKK-64/10 *Rodamco/Simon Ivanhoe*.

²⁴⁹ Decyzja Prezesa UOKiK z 3.10.2006 r., Nr DOK-116/06 *PCC/Zakłady Azotowe* (warunek nazwany w art. 18 ust. 2 pkt 1 uokik z 2000 r.).

²⁵⁰ Decyzja Prezesa UOKiK z 25.02.2009 r., Nr DKK-9/09 *Agros Nova/Kotlin*.

²⁵¹ Decyzja Prezesa UOKiK z 18.05.2004 r., Nr DOK-36/2004 *Sanofi-Synthelabo/Aventis*.

²⁵² Decyzja Prezesa UOKiK z 5.06.2007 r., Nr DOK-71/07 *CRH/E. Schwenk*.

²⁵³ Decyzja Prezesa UOKiK z 18.10.2010 r., Nr DKK-105/2010 *Kompania Węglowa/Huta Łabędy*.

²⁵⁴ Decyzja Prezesa UOKiK z 5.09.2011 r., Nr DKK-101/11 *UPC/Aster*.

²⁵⁵ Decyzja Prezesa UOKiK z 6.03.2003 r., Nr DDF-11/2003 *Rethmann/LOBBE*; decyzja Prezesa UOKiK z 20.04.2005 r., Nr DOK-35/2005 *Nafta Polska/4 spółki ciężkiej chemii*.

²⁵⁶ Decyzja Prezesa UOKiK z 12.07.2010 r., Nr DKK-64/10 *Rodamco/Simon Ivanhoe*.

²⁵⁷ Decyzja Prezesa UOKiK z 28.06.2007 r., Nr DOK-86/2007 *Carrefour/Ahold.JMD/Plus Discount*.

²⁵⁸ Decyzja Prezesa UOKiK z 27.10.2011 r., Nr DKK-128/2011 *Eurocash/Tradis*.

²⁵⁹ Decyzja Prezesa UOKiK z 28.06.2011 r., Nr DKK-70/11 *FMC/Eurodial*.

majątku” i „wyzbyciem się kontroli”) zbieżne. W świetle prawa UE, ale także wielu państw świata, **wszystkie te warunki byłyby także uznane za warunek strukturalny** (*divestiture of business*). W każdym bowiem z badanych przypadków zgoda warunkowa uzależniona była od zbycia całości przedsiębiorstwa w sensie prawnym (spółki) i faktycznym (całości aktywów) lub jego części (pakietu udziałów lub elementów majątku).

2.2.4. Warunki zgody na dokonanie koncentracji horyzontalnych oraz wertykalnych i konglomeratowych

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na potencjalnie możliwe kwalifikowanie warunków w oparciu o kryterium szkody konkurencyjnej, której mają zaradzać²⁶⁰. Jak wynika z powyższych rozważań, ani ustawodawcy, ani same organy ochrony konkurencji w aktach typu *soft law* nie odnoszą się z reguły wprost do określonej teorii szkody dla konkurencji. Jako że przeważającą ilość koncentracji badanych przez organy ochrony konkurencji stanowią transakcje, które mogą wywierać negatywne skutki dla konkurencji w wymiarze horyzontalnym, a co za tym idzie ewentualny zakaz ich dokonania miałby za podstawę teorię szkody horyzontalnej (szkody dla konkurencji wynikającej z nakładania się [*overlapping*] działalności uczestników koncentracji na rynkach właściwych), także przeważająca ilość warunków (prawie wszystkie warunki strukturalne, w tym zwłaszcza warunki zbycia) są to warunki, których celem jest zapobieżenie wzmocnieniu siły rynkowej poprzez sumowanie udziałów w rynku. Tak jest m.in. w praktyce decyzyjnej Komisji Europejskiej, organów większości jej państw członkowskich oraz Prezesa UOKiK.

W przypadku koncentracji wertykalnych, gdzie szkoda konkurencji polega najczęściej na wykluczeniu konkurentów z rynku na szczeblu wyższym (*up-stream market*) lub niższym (*down-stream market*), zasadnicze znaczenie ma „zapewnienie dostępu do rynku”. Można więc zgodzić się z poglądem, że w przypadku koncentracji wywołujących skutki wertykalne warunki behawioralne mogą być równie skuteczne jak warunki strukturalne²⁶¹. Świadczy o tym praktyka decyzyjna Komisji Europejskiej, organów większości jej

²⁶⁰ Zob. m.in. C. Bongard, D. Möller, A. Raimann, N. Szadkowski, U. Dubejko, *Instrumenty ekonomiczne w prawie konkurencji*, UOKiK, Bonn/Warszawa 2007, s. 88 i 93; A. Fornalczyk, *Biznes i ochrona konkurencji*, wyd. II rozszerzone, Oficyna a Wolters Kluwer business, s. 184 i d.

²⁶¹ Stąd następujące zdanie z pracy M. Błachuckiego (*System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji...*, s. 298–299) – „W przypadku skutków horyzontalnych prowadzących do daleko idących zmian strukturalnych najczęściej stosowane będą warunki behawioralne...” – najprawdopodobniej zawiera po prostu błąd.

państw członkowskich oraz Prezesa UOKiK²⁶². To samo można powiedzieć o stosowaniu środków behawioralnych jako podstawy zgód warunkowych na dokonanie koncentracji konglomeratowych.

Przypadek taki miał miejsce niedawno także w praktyce decyzyjnej Komisji Europejskiej. Zgłoszona jej koncentracja polegająca na przejęciu przez Intel (wiodącego wytwórcy centralnych jednostek przetwarzania [CPU] – „mózgów” komputerów – i chipów) kontroli nad McAfee (nr 2 wśród producentów software służącego bezpieczeństwu w Internecie) spowodowałyby m.in. (1) obniżenie poziomu interoperacyjności między hardwarem Intela i jego rozwiązaniami w dziedzinie bezpieczeństwa z jednej strony, a jego konkurentów – z drugiej (2) i ich techniczne związanie i powiązanie (*technical bundling and tying*), mogło ograniczyć dostęp do kluczowej technologii i powiązanych praw własności intelektualnej, a przez to wykluczyć konkurentów, których produkty zniknęłyby by z rynku z powodu braku interoperacyjności z hardwarem i softwarem uczestników koncentracji²⁶³. Strony zaproponowały, a KE uznała za skutecznie eliminujące te zagrożenia następujące warunki behawioralne: (1) trwałe (przez przynajmniej 5 lat), szybkie i bezpłatne udostępnianie przez Intela niezależnym producentom oprogramowania służącego bezpieczeństwu w internecie instrukcji i interoperacyjnych informacji dotyczących nowych funkcjonalności CPU i chipów Intela oraz (2) nieutrudnianie przez Intela niezależnym producentom oprogramowania służącego bezpieczeństwu w Internecie oferowania ich software w CU i chipach Intela. Monitoring spełniania tych warunków mają zapewnić powiernik monitorujący (*monitoring trustee*) oraz mechanizm rozstrzygnięcia sporów, w tym szybka ścieżka arbitrażowa²⁶⁴.

Jedyny przypadek skutecznie uzyskanej zgody warunkowej w Polsce dotyczył koncentracji *Carey Agri/Polmos Białystok*. Prezes UOKiK uznał mianowicie, że „negatywnym skutkiem planowanej koncentracji na krajowym rynku produkcji i sprzedaży wódki oraz krajowym rynku hurtowej dystrybucji napojów alkoholowych wysokoprocentowych o zawartości alkoholu powyżej 18% (...) można zapobiec poprzez zobowiązanie Carey Agri do realizacji działań mających na celu zniwelowanie antykonkurencyjnych skutków transakcji na tych rynkach. Tym działaniem jest zapewnienie przedsiębiorcom

²⁶² W literaturze polskiej pisze o tym szeroko m.in. A. Zabłocka, *Polityka konkurencji Unii Europejskiej wobec koncentracji przedsiębiorstw*, Wyd. Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 2008, s. 164 i d., 171 i d.

²⁶³ Zob. decyzję KE z 26.01.2011 r. w sprawie COMP/M.5984 *Intel/McAfee*, Brussels 26.01.2011, SG-Grefe (2011) D/1407 C(2011) 529 final, pkt 306, s. 54; zob. także J. Guitton, A. Lübbert, I. Neale-Besson, J. Vidal, *Intel/McAfee*, s. 10.

²⁶⁴ Tamże.

działającym na rynku hurtowej dystrybucji napojów alkoholowych wysoko-procentowych o zawartości alkoholu powyżej 18%, nie należącym do grupy kapitałowej CEDC, dostępu do wyrobów produkowanych przez spółki Bols i Polmos Białystok, zwłaszcza produktów sprzedawanych pod ich sztandarowymi markami. Otwartość bezpośrednich źródeł zaopatrzenia (u producentów) dla wszystkich dystrybutorów i rezygnacja z wyłącznej dystrybucji tych produktów przez spółki należące do grupy kapitałowej (...) CEDC”²⁶⁵. Nieskuteczna była natomiast obrona przed zakazem dokonania koncentracji *PGE/Energa*, mimo że zgłaszający zamiar jej dokonania przedstawił warunek zawierający zobowiązanie sprzedaży całej produkowanej w jego grupie energii elektrycznej przez giełdę towarową lub platformy elektroniczne; Prezes UOKiK uznał, że nie wyeliminuje to szkody wertykalnej²⁶⁶.

3. Modyfikacyjne warunki strukturalne

3.1. Zbycie

3.1.1. Zbycie przedsiębiorstwa (biznesu)

Nie ulga najmniejszej wątpliwości, że podstawowymi i najczęściej proponowanymi przez uczestników koncentracji i nakładanymi (akceptowanymi) przez organy ochrony konkurencji środkami zaradczymi (*remedies*) są **modyfikacyjne warunki strukturalne**. Są one przewidziane i stosowane we wszystkich porządkach prawnych kontroli koncentracji. Równie prawdziwe jest twierdzenie, że we wszystkich tych porządkach prawnych podstawowymi, najczęściej proponowanymi i akceptowanymi, a do tego zdecydowanie preferowanymi modyfikacyjnymi środkami strukturalnymi są tzw. **środki zbycia** (*divestiture*). Jest tak przede wszystkim dlatego, że zgłaszane do organów ochrony konkurencji i badane przez nie koncentracje mają najczęściej charakter operacji horyzontalnych (fuzji lub akwizycji aktualnych lub potencjalnych konkurentów). Jeżeli zaś zgłoszona koncentracja grozi istotnym ograniczeniem konkurencji w wymiarze horyzontalnym (szkoda konkurencji wynika z nakładania się obszarów działalności uczestników koncentracji), to najbardziej skutecznym sposobem zapewnienia konkurencyjnych struktur rynkowych, czyli stworzenia warunków do zachowania przynajmniej dotychczasowego poziomu konkurencji na rynkach (powstania

²⁶⁵ Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie *Carey Agri/Polmos Białystok*, s. 17.

²⁶⁶ Zob. szerzej T. Skoczny, *Consolidation of the Polish Electricity Sector. The Merger Law Perspective*, YARS 2011, 4(4), s. 185.

nowego przedsiębiorcy lub wzmocnienia istniejących konkurentów) – jeżeli nie chce się zakazać dokonania tej koncentracji – jest zbycie aktywów lub pasywów któregokolwiek z uczestników zamierzonej koncentracji, stanowiących podstawę jego siły rynkowej²⁶⁷.

Powyższe twierdzenia są prawdziwe niezależnie od tego, jak warunek ten jest nazywany i jak szczegółowo jest on definiowany lub wyróżniany w ustawodawstwie, aktach typu *soft law* i praktyce decyzyjnej badanych krajów. W USA najbardziej powszechnym przedmiotem zgody warunkowej jest zobowiązanie się strony nabywającej do rozdzielenia (*divest*) części istniejących aktywów lub pasywów, które chce nabyć. Na możliwość zbycia aktywów i pasywów uczestników koncentracji wskazuje się także np. w Nowej Zelandii, w tym w pierwszej kolejności (*primarily measures*) aktywów służących wewnątrzsektorowemu transferowi przedsiębiorstwa, np. w Japonii. W pozostałych państwach pozaeuropejskich mowa jest w tym przypadku ogólnie o podziale lub wydzieleniu części firmy (Kanada), rozdzieleniu przedsiębiorstwa (Meksyk), podziale lub rozwiązaniu spółki (Brazylia)²⁶⁸, zbyciu części przedsiębiorstwa (*partial divestiture*) (Australia) czy zbyciu części łączących się przedsiębiorstw (RPA).

W Zawiadomieniu KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r. warunek ten określa się jako zbycie przedsiębiorstwa/biznesu (*divestiture of a business*) lub jego części²⁶⁹. Z najnowszej praktyki decyzyjnej Komisji Europejskiej można wskazać przykładowo zbycie: określonych zakładów produkcji opakowań karbowanych i laminowanych w Wielkiej Brytanii i Francji w celu zaradzenia zagrożeniom dla konkurencji na dwóch rynkach właściwych opakowań używanych do długodystansowego transportu towarów²⁷⁰; hybryd dwóch rodzajów nasion słonecznika i linii oryginalnych w celu zachowania konkurencji na rynku nasion słonecznika²⁷¹; różnych aktywów służących produkcji licznych okulistycznych farmaceutyków (głównie dozowników okulistycznych) oraz niefarmaceutycznych środków higieny oka w celu eliminacji

²⁶⁷ Zob. pkt 8 preambuły do rozp. 139/2004 oraz Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych, pkt 22; zob. także wyroki SPI w sprawach T-102/96 *Gencor v. Komisja* (Zb. Orz. 1999, s. II-753), pkt 316, oraz T-158/00 *ARD v. Komisja* (Zb. Orz. 2003, II-3825), pkt 192 i d., a także wyrok ETS w sprawie C-12/03 P *Komisja v. Tetra Laval* (Zb. Orz. 2005, s. I-987), pkt 86.

²⁶⁸ Zob. M. Calliari, J. Cianfarni, *Remedies in the Brazilian Antitrust Experience: Issues in Structure and Incentives*, *Competition Law International* 2010, 6(9), s. 8 i d.

²⁶⁹ Zob. Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 15.

²⁷⁰ Zob. decyzję KE z 25.05.2012 r. w sprawie COMP/M.6512 *DS Smith/SCA Packaging*, Brussels, 25.05.2012 C(2012)3542 final, pkt 190, s. 34.

²⁷¹ Zob. decyzję KE z 17.11.2010 r. w sprawie COMP/M.5675 *Syngenta/Monsanto's Sunflower Seed Business*, Brussels, 17.11.2010 C(2010) 7929 final, pkt 402 I 407, s. 101 i 102.

dużego pokrywania się działalności obu uczestników koncentracji w całym EOG i na wielu rynkach krajowych w określonych państwach członkowskich UE (w tym Polsce)²⁷²; całej działalności związanej z produkcją czekolady pod marką Wedel w Polsce i Kandia w Rumunii w celu stworzenia warunków do pojawienia się na tych rynkach nowego podmiotu²⁷³; sieci 158 nienazwanych stacji benzynowych dla zapobieżenia ograniczeniu konkurencji na rynku detalicznych dostaw paliw samochodowych²⁷⁴. Samoistnym przedmiotem zbycia były ostatnio także aktywa niematerialne, zwłaszcza marki (określonych doustnych środków przeciwbólowych)²⁷⁵ lub prawa własności intelektualnej, w tym znaki towarowe (marka Quelle i dostęp do bazy danych jej klientów)²⁷⁶ i prawa autorskie (katalogi uznanych utworów muzycznych oraz aktualnych hitów)²⁷⁷.

Zbyciem przedsiębiorstwa (biznesu) nazywa się ten warunek strukturalny także w zdecydowanej większości „starych” państw członkowskich UE; proponuje, akceptuje i preferuje się w nich przede wszystkim warunek zbycia (Wielka Brytania²⁷⁸, Belgia²⁷⁹, Szwajcaria), zbycia spółki (*divestiture of subsidiary*) (Niemcy), zbycia przedsiębiorstwa (Irlandia²⁸⁰) czy zbycia przedsiębiorstwa lub oddziału (Włochy). Tylko niekiedy mówi się w tym przypadku o zbyciu całej lub części spółki lub aktywów (Norwegia²⁸¹) czy spółki lub

²⁷² Zob. decyzję KE z 9.08.2010 r. w sprawie COMP/M.5778 *Novartis/Alcon*, Brussels SG-Greffe(2010) D/12153 C(2010) 5667, pkt 285 i 291, s. 52 i 53.

²⁷³ Zob. decyzję KE z 6.01.2010 r. w sprawie COMP/M.5644 *Kraft Foods/Cadbury*, Brussels, 6.01.2010 SG-Greffe(2010) D49 C(2010) 40, pkt 171 i 176, s. 30 i 32; zob. także A. Weitbrecht, *Horizontal divested – EU merger control in 2010*, ECLR 2011, 32(3), 127.

²⁷⁴ Zob. załącznik do decyzji KE z 21.10.2008 r. w sprawie COMP/M.4919 *StatoilHydro/Conocophillips*, Brüssel, 21.10.2008 K(2008)6125 endgültig.

²⁷⁵ Zob. decyzję KE z 25.10.2010 r. w sprawie COMP/M.5953 *Reckitt Benckiser/SSL*, Brussels, 25.10.2010, SG-Greffe(2010) D/16763 C (2010) 7498, pkt 109, s. 19–21.

²⁷⁶ Zob. decyzję KE z 16.02.2010 r. w sprawie COMP/M.5721 *Otto/Primondo*, Brussels, 16.02.2010, SG-Greffe(2010) D/2066/2067/2068/2069 C(2010) 1023, pkt 97, s. 25.

²⁷⁷ Zob. decyzję KE z 19.04.2012 r. w sprawie COMP/M.6459 *Sony/Mubadala Development/EMI Publishing*, Brussels, 19.04.2012 C(2012)2745, pkt 340, s. 74–75. Są to podobne środki zaradcze, jakie zastosowano już wcześniej w decyzji KE z 22.05.2007 r. w sprawie COMP/M.4404 *Universal/BMG Music Publishing*.

²⁷⁸ Zob. brytyjskie Wytyczne w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 2.5–2.6., 3.1. i d.; zob. także Ch. Ahlborn, S. Althman, N. Gràcia, J. Harvey, *United Kingdom* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 23: March 2012, s. 63–76.

²⁷⁹ Zob. J. Stuyck, I. Buelens, *Belgium* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 40; L. Garzaniti, Th. Janssen, P. Goffinet, *Belgium* [w:] *Merger Control 2008*, s. 57.

²⁸⁰ Zob. decyzję w sprawie M/06/098 *acquisition by Premier Food of RHM*, szerzej omówioną [w:] G. FritzGerald, *Ireland* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 16: November 2008, s. 28–13.

²⁸¹ Zob. B. Sundet, H. Stemshaug, *Norway* [w:] *Merger Control 2008*, s. 267.

aktywów (Turcja)²⁸². W francuskim porządku prawnym ten warunek strukturalny określany jest jako zbycie udziałów kapitałowych lub aktywów. Na niewyłącznej liście środków zaradczych ustawy duńskiej zbycie przedsiębiorstwa definiuje się najszerzej, jako sprzedaż przedsiębiorstwa lub jego części, aktywów lub innych posiadanych zasobów²⁸³.

Także w „nowych” państwach członkowskich UE szczególne znaczenie ma warunek polegający na zbyciu przedsiębiorstwa. Jest on określany ogólnie jako zbycie – na Litwie²⁸⁴, w Rumunii²⁸⁵ lub sprzedaż przedsiębiorstwa lub jego części – w Czechach²⁸⁶. Najszerzej warunek ten jest definiowany na Węgrzech – jako zbycie pewnej części przedsiębiorstwa lub pewnych aktywów lub pozbycie się kontroli nad pośrednim uczestnikiem koncentracji²⁸⁷.

Warunek zbycia określonej działalności gospodarczej (biznesu) jest podstawowym (dominującym) środkiem zaradczym umożliwiającym uzyskanie (udzielenie) zgody warunkowej także w Polsce. Wniosek taki można wywieść już z samej listy warunków zgód na dokonanie koncentracji, która została sformułowana przykładowo przez ustawodawcę (art. 19 ust. uokik z 2007 r.; identycznie w art. 18 ust. 2 uokik z 2000 r.). Tak jak w niektórych państwach członkowskich UE; w Polsce warunek ten został wyrażony w dwóch postaciach. Po pierwsze, zgodnie z art. 19 ust. 2 pkt 1 uokik z 2007 r. (art. 18 ust. 2 pkt 1 uokik z 2000 r.) zgoda na dokonanie koncentracji może być wydana pod warunkiem „zbycia całości lub części majątku jednego lub kilku przedsiębiorców”. Po drugie, zgodnie z art. 19 ust. 2 pkt 2 uokik z 2007 r. (art. 18 ust. 2 pkt 1 uokik z 2000 r.) zgoda na dokonanie koncentracji może być wydana pod warunkiem „wyzbycia się kontroli nad określonym przedsiębiorcą lub przedsiębiorcami, w szczególności przez zbycie określonego pakietu akcji lub udziałów lub odwołanie z funkcji członka organu zarządzającego lub nadzorczego jednego lub kilku przedsiębiorców”. Trzeba jednak zauważyć, że – „zbycie akcji lub udziałów” może być formą warunku „zbycia biznesu” także wówczas, gdy nie prowadzi do „wyzbycia się kontroli”; może być jednak wtedy uznane za warunek strukturalny na podstawie klauzuli generalnej art. 19 ust. 2 uokik z 2007 r. (mogło tak być

²⁸² Zob. G. Gurkaynak, *Turkey* [w:] *Merger Control 2008*, s. 344.

²⁸³ Art. 12 e ust. 2 duńskiej ustawy o konkurencji z 2007 r.

²⁸⁴ Zob. Š. Keserauskas, *Lithuania* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 12: July 2006, s. 38-24.

²⁸⁵ Zob. M. Rădulescu, F. Urlesberger, *Romania* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 255; A.I. Ioachimescu, *Romania* [w:] *Merger Control 2008*, s. 285.

²⁸⁶ Zob. M. Nedelka, R. Kubáč, *Czech Republic* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 85; A. Bányaiová, *Czech Republic* [w:] *Merger Control 2008*, s. 108.

²⁸⁷ Art. 30 ust. 3 węgierskiej ustawy o zakazie nieuczciwych i ograniczających praktyk rynkowych z 1996 r.

także pod rządami art. 18 uokik z 2000 r., ale nie zdarzyło się ani razu). Nie ulega jednak wątpliwości, że z punktu widzenia istoty modyfikacyjnej funkcji strukturalnej obie te postacie „zbycia biznesu” są w rzeczywistości stanem faktycznym jednorodnym.

Jeśli chodzi o warunek polegający na „zbyciu całości lub części majątku jednego lub kilku przedsiębiorców”, z art. 19 ust. 2 pkt 1 nie wynika, czy odnosi się on tylko do koncentracji, o której mowa w art. 13 ust. 2 pkt 4²⁸⁸, czy także do pozostałych rodzajów koncentracji, w tym do koncentracji polegającej na przejęciu kontroli. Warto więc zauważyć, że są dwie możliwości interpretacji tego przepisu. Według pierwszej – warunek ten odnosi się tylko do art. 13 ust. 2 pkt 4; przeciwko temu przemawia jednak istnienie tego warunku także pod rządami uokik z 2000 r., kiedy ten rodzaj koncentracji nie był odrębnym stanem faktycznym, lecz sposobem przejęcia kontroli. Poza tym, zbycie majątku, który jest przedmiotem „nabycia mienia” jako zamierzonej koncentracji nie miałoby sensu. Według drugiej interpretacji – wobec tego, że warunek, o którym mowa w art. 19 ust. 2 pkt 2 („wyzbycie się kontroli”) ma charakter otwarty („w szczególności przez”), w komentowanym przypadku musi chodzić o zbycie całości lub części majątku, która nie tworzy podstawy „przejęcia kontroli” jako stanu w świetle art. 4 pkt 4, co jest możliwe na podstawie art. 4 pkt 4 lit. e). Musiałoby to jednak oznaczać, że warunek ten nie ma zastosowania także do „objęcia kontroli”, w tym w formie utworzenia wspólnego przedsiębiorstwa. Jest też charakterystyczne, że warunek ten jest sformułowany inaczej niż zarówno stan faktyczny koncentracji, o którym mowa w art. 13 ust. 2 pkt 4 uokik z 2007 r., jak i uprawnienie tworzące podstawę „przejęcia kontroli” w rozumieniu art. 4 pkt 4 lit. e) tej ustawy. Oba te przepisy mówią o nabyciu przez przedsiębiorcę „części mienia innego przedsiębiorstwa” (art. 13 ust. 2 pkt 4) lub o „prawie do całego lub części mienia innego przedsiębiorcy” (art. 4 pkt 4 lit. e). Warunkiem wyrażenia zgody warunkowej jest natomiast „zbycie całości lub części majątku jednego lub kilku przedsiębiorców”.

W świetle art. 19 ust. 2 pkt 1 uokik z 2007 r. przepisem przedmiotem zbycia jako strukturalnego warunku zgody na dokonanie koncentracji może być „całość lub część majątku jednego lub kilku przedsiębiorców”. Centralną przesłanką określenia przedmiotu zbycia racjonalny – z natury – ustawodawca uczynił „**majątek**”, czyli – w sensie ekonomicznym i cywilnoprawnym – aktywa (w tym zobowiązania) i pasywa (w tym długi), a nie „**mienie**”,

²⁸⁸ W uokik z 2007 r. „nabycie” jest odrębnym stanem faktycznym koncentracji, który nie musi prowadzić do „trwałej zmiany kontroli” w rozumieniu art. 3 ust. 1 rozp. 139/2004.

czyli własność i inne prawa majątkowe (art. 44 kc), a więc tylko **aktywa majątkowe**. Pojęciem „aktywa majątkowe” ustawodawca posługuje się w najbardziej tożsamym przepisie prawa kontroli koncentracji – w art. 13 ust. 2 pkt 4. Definiuje w nim stan faktyczny „nabycia [...] mienia” w rozumieniu „całości lub części przedsiębiorstwa” (zob. także art. 94 ust. 2 pkt 4); relację między „całością lub częścią przedsiębiorstwa” a „mieniem” i „majątkiem” zaciemnia przepis art. 14 pkt 2 lit. b). **Przedmiotem „zbycia majątku”** w rozumieniu art. 19 ust. 2 pkt 1 nie może być jednak majątek w ogóle (jako wartość aktywów i pasywów), lecz **majątek**, rozumiany jako **suma składników (majątkowych) zorganizowanych w szczególny sposób do prowadzenia określonej działalności gospodarczej** (zwłaszcza tzw. majątek produkcyjny), czyli kategoria zbliżona do „przedsiębiorstwa” w rozumieniu art. 55¹ kc (przedsiębiorstwa w rozumieniu przedmiotowym), które jest najbliższe kategorii „przedsiębiorstwa” (*business, Geschäft*) w rozumieniu prawa wspólnotowego²⁸⁹. Na gruncie prawa polskiego generalnie nie można utożsamiać pojęcia „majątku” i pojęcia „przedsiębiorstwa”, natomiast w obszarze prawa ochrony konkurencji są to pojęcia prawie tożsame.

Artykuł 19 ust. 2 pkt 1 nie przesądza, co należy rozumieć przez „zbycie” majątku. Podstawowe znaczenie ma oczywiście jego zbycie w drodze umowy sprzedaży. Niekiedy wystarcza jednak zbycie majątku w drodze innej czynności prawnej (rzeczowej lub nawet zobowiązaniowej), o ile uniemożliwia to dysponowanie prawami do danego majątku ze skutkiem dla relacji rynkowych między przedsiębiorcami. Tak np. Prezes UOKiK wyraził zgodę na dokonanie koncentracji pod warunkiem „wyzbycia się [przez przejmującego kontrolę] wszelkich praw, w tym prawa własności, prawa użytkowania wieczystego, prawa najmu, do [9] sklepów”; w przypadkach kilku z tych sklepów prawem było „prawo najmu”²⁹⁰.

Mimo braku kwalifikacji prawnej podstawowych warunków strukturalnych, jakie Prezes UOKiK zastosował w decyzjach warunkowych wydanych na podstawie ustaw z 2000 r. i z 2007 r., większość z nich była bliska warunkowi „zbycia majątku”. Tylko w przypadku zgody na dokonanie koncentracji polegającej na przejęciu przez PCC kontroli nad Zakładami Azotowymi w Tarnowie-Mościcach, Prezes UOKiK powołał się wprost na art. 18 ust. 2 pkt 1 uokik z 2000 r. i uzależnił ją od spełnienia warunku „zbycia przez PCC na rzecz niezależnego podmiotu (...) części majątku” przejmowanego przedsiębiorcy, mianowicie „instalacji elektrolizy chloru w Zakładach Azotowych w Tarnowie-Mościcach (...), chyba że z uwagi na niedopuszczenie

²⁸⁹ W tym Zawiadomienia KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 23 i d.

²⁹⁰ Decyzja Prezesa UOKiK z 28.06.2007 r., Nr DOK-86/2007 *Carrefour/Alhold*.

(...) do dalszej eksploatacji przedmiotowej instalacji (...) instalacja ta nie będzie wykorzystywana do produkcji podchlorynu sodu”²⁹¹.

Bliskie zgodzie warunkowej w formie „zbycia majątku” – mimo że Prezes UOKiK nie powołał się *explicite* na art. 18 ust. 2 pkt 1 uokik z 2000 r. – były decyzje w sprawach koncentracji:

1) *Sanofil-Synthelabo/Avensis*²⁹², w której zgoda na dokonanie koncentracji mogącej spowodować powstanie silnej pozycji dominującej na rynku heparyn, została wydana m.in. „pod warunkiem **spełnienia** przez Sanofi-Synthelabo **następujących wymogów**: [z]bycia i przeniesienia na rzecz niezależnego podmiotu **całej działalności** Sanofi-Synthelabo związanej z rozwojem, produkcją i sprzedażą heparyn i ich pochodnych (...), włączając w to zakład produkcyjny Nothre Dame de Bondeville (...), jak również prawa własności intelektualnej oraz niektóre inne licencje oraz aktywa związane z ww. produktami, na warunkach określonych w Zobowiązaniach Europejskich, zdefiniowanych przez KE w dec. z 26.04.2004 r.”²⁹³

2) *Carrefour Nederland/Ahold Polska*²⁹⁴, w której zgoda na dokonania koncentracji, mogącej spowodować powstanie pozycji dominującej na kilku lokalnych rynkach HSD, została uzależniona od „**wyzbycia się** przez Carrefour **wszelkich praw**, w tym prawa własności, prawa użytkowania wieczystego, prawa najmu, do (...) [9] **sklepów**”.

Mimo braku powołania się przez Prezesa UOKiK *explicite* na art. 19 ust. 2 pkt 1 uokik z 2007 r., pod rządami tej ustawy aż siedem z dziewięciu zgód warunkowych można zakwalifikować jako zgody wydane pod warunkiem „zbycia majątku”. Tak było w sprawach koncentracji:

1) *Jeronimo Martins/Plus Discount*²⁹⁵, w której zgoda na dokonanie koncentracji mogącej doprowadzić do istotnego ograniczenia konkurencji na wielu lokalnych rynkach HSD, została wydana „pod warunkiem [t]rwałego i nieodwracalnego **wyzbycia się** przez JMD **wszelkich praw**, w tym prawa własności, prawa użytkowania wieczystego, prawa najmu, do (...) [38] **sklepów**”²⁹⁶;

²⁹¹ Decyzja Prezesa UOKiK z 3.10.2006 r., Nr DOK-116/06 *PCC/dwa zakłady azotowe*.

²⁹² Decyzja Prezesa UOKiK z 18.05.2004 r., Nr DOK-36/2004 *Sanofi-Synthelabo/Aventis*.

²⁹³ Tamże.

²⁹⁴ Decyzja Prezesa UOKiK z 28.06.2007 r., Nr DOK-86/2007 *Carrefour/Ahold*.

²⁹⁵ Decyzja Prezesa UOKiK z 24.09.2008 r., Nr DKK-76/2008 *JMD/Plus Discount*. Koncentracja ta została przekazana do zbadania Prezesowi UOKiK decyzją KE z 10.04.2007 r. dotyczącą odesłania koncentracji COMP/M.4522 *Carrefour/Ahold Polska* do właściwych organów RP na podstawie art. 9 rozp. 139/2004 (Bruksela, 1004.2007 r., Grrefe (2007) D/202154).

²⁹⁶ Warunek ten nie został wykonany w terminie, za co Prezes UOKiK nałożył na JMD karę pieniężną decyzją z 28.08.2009 r., Nr DOK-58/2009, utrzymaną w mocy wyrokiem SOKiK.

- 2) *Agros Nova/Kotlin*²⁹⁷, w której zgoda na dokonanie koncentracji mogącej spowodować istotne ograniczenie konkurencji na krajowym rynku sprzedaży (wprowadzania do obrotu) dżemów, została uzależniona m.in. od warunku „doprowadzenia do trwałego i nieodwracalnego wyzbycia się przez Agros Nova (...) pakietu aktywów obejmujących: (a) obie linie produkcyjne służące do produkcji dżemów, będące własnością spółki Kotlin i zlokalizowane w zakładzie produkcyjnym w Kotlinie, (b) prawa do znaków towarowych „Sorella” wykorzystywanych przez spółkę Kotlin do produkcji dżemów, wykorzystywanych do oznaczania produkowanych przez nią, wraz udostępnieniem receptur do produkcji dżemów pod marką „Sorella”; wyzbycie się tego pakietu aktywów „może nastąpić wyłącznie na rzecz niezależnego inwestora”;
- 3) *Unibail-Rodamco/Simon Ivanhoe*²⁹⁸, w której zgoda na dokonanie koncentracji mogącej doprowadzić do istotnego ograniczenia konkurencji na rynku wynajmu powierzchni usługowo-handlowej w dużych galeriach handlowych zlokalizowanych na terenie aglomeracji warszawskiej, została wydana m.in. pod warunkiem „doprowadzenia przez Unibail-Rodamco (...) Francja, do trwałego i nieodwracalnego wyzbycia się przez jej spółkę zależną, Rodamco Central Europe (...), wszelkich praw umożliwiających w sposób bezpośredni lub pośredni wywieranie jakiegokolwiek wpływu na [spółkę] Złote Tarasy (...) lub na działalność centrum handlowego Złote Tarasy [w Warszawie]”; spod tego warunku Prezes UOKiK wyłączył niektóre [określone] prawa. Wskazał on jednocześnie, że wyzbycie się tych praw „może nastąpić poprzez rezygnację z ich posiadania lub zbycie na rzecz niezależnego inwestora”;
- 4) *Fresenius Medical Care/Eurodial*²⁹⁹, w której zgoda na dokonanie koncentracji mogącej doprowadzić do istotnego ograniczenia konkurencji na [niektórych] lokalnych rynkach usług dializacyjnych, została wydana „pod warunkiem trwałego i nieodwracalnego wyzbycia się przez FMC praw do [4] stacji dializ”;
- 5) *UPC/Aster*³⁰⁰, w której zgoda na dokonanie koncentracji prowadzącej do istotnego ograniczenia konkurencji, na które wywiera ona wpływ w układzie horyzontalnym, tj. na rynek usług dostępu do płatnej telewizji na obszarach Warszawy i Krakowa oraz rynek usług szerokopasmowego stacjonarnego dostępu do Internetu na obszarach Warszawy i Krakowa, została wydana pod warunkiem strukturalnym „trwałego wyzbycia się

²⁹⁷ Decyzja Prezesa UOKiK z 25.02.2009 r., Nr DKK-9/09 *Agros Nova/Kotlin*.

²⁹⁸ Decyzja Prezesa UOKiK z 12.07.2010 r., Nr DKK-64/10 *Rodamco/Simon Ivanhoe*.

²⁹⁹ Decyzja Prezesa UOKiK z 28.06.2011 r., Nr DKK-70/11 *FMC/Eurodial*.

³⁰⁰ Decyzja Prezesa UOKiK z 5.09.2011 r., Nr DKK-101/11 *UPC/Aster*.

- przez UPC” alternatywnie określonych „części sieci należącej do Aster” (w Krakowie i w Warszawie), „obejmującej węzły optyczne” [określone w załączniku do decyzji] „wraz z całą infrastrukturą biegnącą od tych węzłów w kierunku abonentów i prawami związanymi z tą częścią sieci”;
- 6) *Eurocash/Tradis i in.*³⁰¹, w której zgoda na dokonanie koncentracji prowadzącej do istotnego ograniczenia konkurencji na 48 lokalnych rynkach hurtowej sprzedaży produktów FMCG za pośrednictwem hurtowni niewyspecjalizowanych, została uzależniona od warunku „trwałego i nieodwracalnego wyzbycia się przez Eurocash wszelkich praw, w tym prawa własności, prawa użytkowania wieczystego, prawa najmu do (...) [12 – jednej własnej i 11 należących do firmy Tradis] hurtowni”;
- 7) *Polpharma/Polfa*³⁰², w której zgoda na dokonanie koncentracji mogącej przyczynić się do istotnego ograniczenia konkurencji na krajowych rynkach wprowadzania do obrotu leków antyagregacyjnych sprzedawanych bez recepty, fluorochinolonów oraz sulfonamidów, została uzależniona od spełnienia warunku „trwałego i nieodwracalnego wyzbycia się przez (...) Polpharma (...) wszelkich praw – w tym w szczególności prawa własności, praw do znaków towarowych oraz prawa wprowadzania do obrotu – do produktów leczniczych, wprowadzanych do obrotu przez (...) Polpharma (...) albo (...) Polfa (...)”, w odniesieniu do ww. rynków.
- Drugą występującą w Polsce postacią zbycia (podziału) przedsiębiorstwa w powszechnie stosowanym na świecie (w tym w prawie UE) znaczeniu jest „wyzbycie się kontroli nad określonym przedsiębiorcą lub przedsiębiorcami, w szczególności przez zbycie określonego pakietu akcji lub udziałów lub odwołania z funkcji członka organu zarządzającego lub nadzorczego jednego lub kilku przedsiębiorców” (art. 19 ust. 2 pkt 2 uokik z 2007 r.). Pierwsza część tego przepisu („wyzbycie się kontroli nad przedsiębiorcą lub przedsiębiorcami”) zawiera klauzulę generalną, która materializuje się przy spełnieniu dwóch przesłanek. Po pierwsze, warunek ten wyraża się w wyzbyciu się „kontroli” (odwrotności „przejęcia kontroli” w rozumieniu art. 4 pkt 4 uokik z 2007 r.³⁰³) istniejącej w momencie, w którym Prezes UOKiK nakłada obowiązek lub przyjmuje zobowiązanie umożliwiające mu wydanie zgody warunkowej. Kiedy i w jaki sposób kontrola ta powstała, jak również, czy jest ona skutkiem „przejęcia kontroli” jako rodzaju koncentracji, w tym jako operacji koncentracyjnej stanowiącej podstawę zgłoszenia w danym postępowaniu (np. art. 13 ust. 2 pkt 2), jest bez znaczenia.

³⁰¹ Decyzja Prezesa UOKiK z 27.10.2011 r., Nr DKK-128/2011 *Eurocash/Tradis*.

³⁰² Decyzja Prezesa UOKiK z 26.03.2012 r., Nr DKK-23/2012 *Polpharma/Polfa*.

³⁰³ Analogiczny przepis art. 18 ust. 2 pkt 2 uokik z 2000 r. nie wskazywał, że chodzi o „kontrolę”/„przejęcie kontroli” w rozumieniu jej art. 4 ust. 13.

Z istoty warunku, o którym mowa w art. 19 ust. 2 pkt 2 uokik z 2007 r. i art. 18 ust. 2 pkt 2 uokik z 2000 r., wynika, że zgoda na dokonanie koncentracji może być uzależniona od wyzbycia się **kontroli wyłącznej lub kontroli wspólnej**. Po drugie, ustawodawca wymaga wyzbycia się kontroli **nad określonym przedsiębiorcą lub przedsiębiorcami** w rozumieniu art. 4 pkt 1 uokik z 2007 r. Może to być więc dowolny przedsiębiorca lub dowolni przedsiębiorcy, nad którym (którymi) adresat decyzji sprawuje kontrolę na podstawie któregoś z uprawnień wymienionych w art. 4 pkt 4³⁰⁴.

Artykuł 19 ust. 2 pkt 2 uokik z 2007 r. (analogicznie art. 18 ust. 2 pkt 2 uokik z 2000 r.) zawiera **otwarty katalog** sposobów wyzbycia się kontroli („w szczególności”). Dwa takie sposoby jednak nazywa, są to: zbycie pakietu akcji lub udziałów lub odwołanie z funkcji kierowniczej lub nadzorczej. Natomiast „zbycie majątku” i „udzielenie licencji wyłącznej” zostały nazwane odrębnie w art. 19 ust. 2 pkt 1 i 3 uokik z 2007 r. oraz art. 18 ust. 2 pkt 1 i 3 uokik z 2000 r. Podstawowym sposobem wyzbycia się kontroli jest „**zbycie określonego pakietu akcji lub udziałów**”. Ten sposób ma jednak zastosowanie tylko w przypadku wyzbycia się kontroli nad spółkami kapitałowymi – spółkami prawa handlowego, tj. spółką akcyjną (wyzbycie się pakietu akcji) lub spółką z o.o. (wyzbycie się pakietu udziałów). W ten sposób nie można zatem wyzbyć się kontroli nad spółką osobową (spółką prawa cywilnego) i innymi rodzajami przedsiębiorców (w tym osób fizycznych). Przez „**zbycie**” należy rozumieć przede wszystkim sprzedaż, ale także każdą inną czynność prawną, która uniemożliwia dysponowanie tymi prawami z akcji lub udziałów, które mają wpływ na stosunki rynkowe. Wyzbycie się prawa do korzystania z dywidendy może nie być konieczne. Ponieważ przepis mówi o zbyciu „pakietu akcji lub udziałów” należy przyjąć, że zawsze musi to być pakiet **określony**, czyli możliwy do przypisania określonemu przedsiębiorcy. Nie musi to więc być pakiet większościowy. Wystarczy zbycie pakietu mniejszościowego. Zawsze jednak musi to powodować skutek w postaci „wyzbycia się kontroli”, czyli eliminacji stanu (istnienia) kontroli.

Drugą formą wyzbycia się kontroli – wskazaną w art. 19 ust. 2 pkt 2 uokik z 2007 r. (identycznie art. 18 ust. 2 pkt 2 uokik z 2000 r.) – jest „odwołanie z funkcji członka organu zarządzającego lub nadzorczego”. Ponieważ w świetle uokik z 2007 r. zamiar objęcia funkcji członka organu zarządzającego lub nadzorczego w konkurujących przedsiębiorcach może stanowić przejaw (formę) zamiaru „przejęcia kontroli” jako zmiany, o którym mowa w art. 13

³⁰⁴ Analogiczny przepis art. 18 ust. 2 pkt 2 uokik z 2000 r. ograniczał ten warunek do przedsiębiorców „bezpośrednio nie uczestniczących w koncentracji”. Także jednak na gruncie obecnej uokik jest mało prawdopodobne, aby uczestnicy koncentracji odstąpili od przejęcia kontroli, którą zamierzali przejąć dla zrealizowania celów danej koncentracji.

ust. 2 pkt 2, mimo że nie jest tam wymieniony; odwołanie z funkcji członka organu zarządzającego lub nadzorczego osoby, która funkcję taką miałyby objąć w wyniku zgłoszonego zamiaru koncentracji, może stanowić warunek, o którym mowa w art. 19 ust. 2 pkt 2. W przypadku, gdy pełnienie funkcji członka zarządu lub rady nadzorczej stanowi podstawę „kontroli” („przejęcia kontroli” w rozumieniu art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r.), odwołanie z funkcji członka organu zarządzającego lub nadzorczego spełni oczekiwania Prezesa UOKiK, jeżeli w konsekwencji zastosowania tego środka członkowie zarządu lub rady nadzorczej przedsiębiorcy dominującego stanowić będą nie więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego). Mimo użycia tu określenia „członek organu zarządzającego lub nadzorczego”, a nie „kontrolnego”, przepis ten nie powinien być interpretowany zawężająco tylko do przedsiębiorstw, w których działają organy „nadzorcze”. Także przesłankę „odwołanie” trzeba interpretować szeroko jako odwrotność „powołania”, „mianowania” itp.

W praktyce decyzyjnej Prezesa UOKiK z zastosowaniem środka zaradczego „wyzbycia się kontroli” mieliśmy do czynienia tylko kilka razy, w tym trzykrotnie pod rządami uokik z 2000 r. Zgoda na dokonanie koncentracji *Rethmann/Lobbe*³⁰⁵, która spowodowałaby powstanie pozycji dominującej przejmującego kontrolę na rynku wywozu odpadów komunalnych w Łodzi (horyzontalne pokrywanie się działalności na lokalnym rynku wywozu odpadów komunalnych w mieście Łodzi), została wydana „pod warunkiem **wyzbycia się**” (...) przez Rethmann Recycling wyłącznej „**kontroli** nad spółką Zakład Robót Komunalnych” należąca do Grupy Lobbe. Artykuł 18 ust. 1 uokik z 2000 r. był też warunkiem zgody na dokonanie koncentracji polegającej na przejściu przez Naftę Polską kontroli nad czterema spółkami sektora ciężkiej chemii³⁰⁶, która doprowadziłaby „do istotnej z punktu widzenia konkurencji koncentracji udziałów rynkowych na krajowym rynku kwasu solnego”; zgoda ta była wydana m.in. pod warunkiem „wyzbycia się przez Naftę Polską (...) kontroli nad Zakładami Chemicznymi „Zachem” [...] lub Zakładami Azotowymi w Tarnowie-Mościskach”. W sprawie eksterytorialnej koncentracji polegającej na przejściu przez CRH Deutschland kontroli nad spółką E. Schwenk, powodującej powstanie pozycji dominującej na rynku sprzedaży betonu towarowego na obszarze Rzeszowa i okolic, Prezes UOKiK wydał zgodę na jej dokonanie – formalnie (tj. stosownie do sentencji decyzji i powołując jako jej podstawę prawną art. 18 uokik z 2000 r.) – pod warunkiem „zbycia” (przez przejmującego kontrolę) „udziałów nabytych”

³⁰⁵ Decyzja Prezesa UOKiK z 6.03.2003 r., Nr DDF-11/2003 *Rethmann Recycling/Lobbe*.

³⁰⁶ Decyzja Prezesa UOKiK z 20.05.2005 r., Nr DOK-35/2005 *Nafta Polska/4 spółki sektora ciężkiej chemii*.

(od przedsiębiorcy, nad którym jest przejmowana kontrola bezpośrednia) w spółce „Res-Bet” (przedsiębiorcy współkontrolowanym przez spółkę E. Schwenk). W rzeczywistości jednak – materialnie (tj. w sensie relacji kontrolnych i wymienionych w art. 18 ust. 2 podstaw prawnych) – zgodę tę uzależnił od „wyzbycia się” wspólnej kontroli (art. 18 ust. 2 pkt 2 uokik z 2000 r.) nad tym przedsiębiorcą zależnym³⁰⁷. „Zbycie udziałów” było tu zatem tylko sposobem „wyzbycia się kontroli” w rozumieniu art. 18 ust. 2 uokik z 2000 r., przy czym było to wyzbycie się **kontroli wspólnej**. W badanej transakcji koncentracyjnej przedsiębiorca przejmujący kontrolę nad innym przedsiębiorcą nabywał m.in. 50% udziałów (i głosów we władzach) przedsiębiorcy zależnego od przedsiębiorcy będącego bezpośrednim uczestnikiem koncentracji, podczas gdy pozostałe 50% udziałów (i głosów) pozostawało we władaniu innego (zewnętrznego) udziałowca; w takiej sytuacji wszystkie decyzje dotyczące tego przedsiębiorcy wymagałyby jednoczesnej zgody obu udziałowców (przejmowana kontrola miała charakter tzw. kontroli negatywnej). Pod rządami uokik z 2007 r. natomiast na dokonanie koncentracji *Kompania Węglowa/Huta Łaziska*³⁰⁸ mogącej spowodować negatywne skutki wertykalne, objawiające się w zamknięciu rynku dostawcom lub odbiorcom, wydana została zgoda m.in. „pod warunkiem sprzedaży przez Kompanię Węglową [...] akcji w ilości powodującej utratę przez Kompanię Węglową **kontroli** nad Huta Łaziska”. Z powyższych czterech przypadków, w których Prezes UOKiK uzależnił wydanie zgody warunkowej na dokonanie koncentracji od spełnienia warunku „wyzbycia się kontroli”, przedmiotem tego wyzbycia się była w trzech przypadkach kontrola wyłączna, w jednym – kontrola wspólna.

3.1.2. Wymogi akceptowalności zbycia

3.1.2.1. Ogólnie

Modyfikacyjne warunki strukturalne w ogóle, a zbycie (podział) przedsiębiorstwa (biznesu) w szczególności muszą w każdym porządku prawnym kontroli koncentracji spełniać ogólne wymogi stosowności warunków zgody na dokonanie koncentracji; zostały one szczegółowo zaprezentowane wyżej³⁰⁹. Żeby jednak zastosowanie takiego warunku rzeczywiście zapobiegło istotnemu ograniczeniu konkurencji, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku, zobowiązaniom uczestników

³⁰⁷ Decyzja Prezesa UOKiK z 5.06.2007 r., Nr DOK-71/07 *CRH/Schwenk*.

³⁰⁸ Decyzja Prezesa UOKiK z 18.10.2010 r., Nr DKK-105/2010 *Kompania Węglowa/Huta Łabędy*.

³⁰⁹ Zob. wyżej pkt 2.1 niniejszego rozdziału.

koncentracji, a w konsekwencji warunkom nałożonym przez organy ochrony konkurencji, stawia się liczne wymogi szczegółowe odnoszące się głównie do tego środka zaradczego. Wymogi (przesłanki) akceptowalności zbycia przedsiębiorstwa nie są jednak z reguły regulowane ustawowo, rzadko wynikają z wytycznych, a zatem w większości porządków prawnych kontroli koncentracji wynikają one tylko z praktyki decyzyjnej. Tak jest np. w większości pozaeuropejskich porządków prawnych kontroli koncentracji, przy czym w wielu z nich ukształtowane są różne sposoby określania terminów spełnienia warunku zbycia przedsiębiorstwa, w tym zakres i instrumenty polityki tzw. *fix-it-first*.

Szczegółowe wymogi akceptowalności warunku zbycia przedsiębiorstwa/biznesu uregulowane zostały wyjątkowo szeroko w Zawiadomieniu KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r. W specjalnym rozdziale określono mianowicie szczegółowe wymogi „**zbycia przedsiębiorstwa na rzecz odpowiedniego nabywcy**” (*divestiture of a business to a suitable purchaser*)³¹⁰. Ich dokładna analiza i interpretacja pozwala stwierdzić, że KE uzależnia zaakceptowanie przedłożonego środka zbycia przedsiębiorstwa przede wszystkim od spełnienia wymogów odnoszących się do jego **przedmiotu** (zbywanego przedsiębiorstwa) oraz **nabywcy** (odpowiedniego nabywcy). Zawiadomienie akcentuje także wymóg możliwie krótkiego terminu spełniania tego warunku³¹¹ oraz formułuje tzw. klauzule nieodwracalności zbycia³¹².

Biorąc pod uwagę państwa członkowskie UE można stwierdzić, że wymogi (przesłanki) akceptowalności środka zaradczego zbycia przedsiębiorstwa określone są przede wszystkim w Wielkiej Brytanii. Brytyjska Komisja Konkurencji stwierdziła, że dla ustalenia, czy zbywane aktywa pomogą zapewnić skuteczną konkurencję przedsiębiorstwu powstałemu w wyniku danej koncentracji, konieczne jest dokonanie oceny trzech rodzajów ryzyk: ryzyka związanego z zakresem i konfiguracją zbywanych środków (*composition risk*), ryzyka nieistnienia potencjalnego nabywcy, który może zapewnić skuteczną konkurencję (*purchaser risk*) oraz ryzyka wystąpienia zagrożenia dla rynku (np. przez erozję udziałów w rynku), wynikającego z dokonania zbycia aktywów (*assets risk*)³¹³. W Niemczech wynikają one z tekstów modelowych³¹⁴. Także we Francji i innych państwach członkowskich są one zbliżone do wymogów przyjętych w Zawiadomieniu KE.

³¹⁰ Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 22–57.

³¹¹ Tamże, pkt 9 i 98.

³¹² Tamże, pkt 43.

³¹³ Zob. brytyjskie Wytyczne w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 3.3.

³¹⁴ Mustertext: Freigabe eines Zusammenschlussvorhabens mit Nebenbestimmungen oraz modelowego tekstu umowy powierniczej (Treuhänervertrag).

Jak już wskazywano wielokrotnie, także polska ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie formułuje żadnych szczególnych wymogów, jakie musi spełniać warunek polegający na „zbyciu majątku” lub „wyzbyciu się kontroli”; do wszystkich rodzajów warunków odnosi się oczywiście ustawowy wymóg określenia terminu ich spełnienia (art. 19 ust. 2 *in fine*).

Z przeprowadzonych badań wynika, że organy ochrony konkurencji (niekiedy w aktach typu *soft law*, z reguły w praktyce decyzyjnej) stawiają proponowanym środkiem zaradczym polegającym na zbyciu przedsiębiorstwa liczne, często też trudne do spełnienia **wymogi**. Najistotniejsze z nich odnoszą się do samej konstrukcji tego środka, w tym do jego (1) **przedmiotu** (spełniającego określone cechy przedsiębiorstwa/biznesu) oraz (2) **nabywcy** (odpowiedniego nabywcy). Mniej lub bardziej wyraźnie wymagane jest też określenie (3) **terminu** spełnienia tego warunku, czyli momentu lub okresu, w jakim zbycie (podział) biznesu ma nastąpić. Niezależnie od systemu udzielania zgód warunkowych zawsze występuje też (4) wymóg (klauzula) **nieodwracalności**.

3.1.2.2. Przedmiot warunku (zbywane przedsiębiorstwo)

Wymogi odnoszące się do przedmiotu środka zaradczego (zbywanego przedsiębiorstwa) nie są formułowane ani w ustawach, ani w wytycznych organów ochrony konkurencji państw pozaeuropejskich, aczkolwiek w ich praktyce decyzyjnej występują; przykładowo w USA zobowiązanie takie było stosowane w większości spraw. Także w porządkach prawnych UE i jej państw członkowskich wymogi te odgrywają kluczową rolę. Zawdzięczamy to przede wszystkim KE, która w swym Zawiadomieniu w sprawie środków zaradczych z 2008 r. jednoznacznie wymaga, aby przedmiotem analizowanego warunku było „**zbycie zdolnego do działania i konkurencyjnego przedsiębiorstwa**” (*viable and competitive business*), a więc takiego, które zarządzane przez odpowiedniego nabywcę może skutecznie i trwale konkurować z podmiotem powstającym w wyniku koncentracji³¹⁵. Zawiadomienie określa, jaki musi być zakres działalności przedsiębiorstwa przeznaczonej do zbycia³¹⁶. Zdaniem KE, warunek ten może być spełniony tylko wtedy, gdy do zbycia przeznaczone są **wszystkie składniki majątku**, które wykorzystywane są w jego obecnej działalności lub które zapewnią jego rentowność i konkurencyjność oraz gdy obejmuje ono **wszystkich pracowników**, zatrudnionych obecnie lub potrzebnych dla zapewnienia jego zdolności do działania lub konkurencyjności; należy przy tym również uwzględnić

³¹⁵ Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 23–24 i 30.

³¹⁶ Tamże, pkt 23–31.

te składniki majątku i tych pracowników, którzy w momencie analizy są wspólne (wspólni) dla przedsiębiorstwa przeznaczonego do zbycia i innych przedsiębiorstw należących do stron, a którzy przyczyniają się do działalności przedsiębiorstwa lub są konieczne (konieczni) do zapewnienia jego zdolności do działania i konkurencyjności³¹⁷. Strony koncentracji muszą przedstawić KE **dokładny opis przedsiębiorstwa**³¹⁸. Niekompletność tego opisu i jego późniejsze niezuzupełnienie grozi cofnięciem zgody warunkowej. Za rentowne KE uważa zazwyczaj **przedsiębiorstwo, które może działać niezależnie** od stron koncentracji pod względem dostaw materiałów i innych form współpracy³¹⁹.

Powinno to być **przedsiębiorstwo już istniejące** (wyodrębnione w formie spółki lub grupy spółek, ale też może nie posiadać odrębnej osobowości prawnej)³²⁰. Na gruncie prawa UE tylko wyjątkowo przedmiotem zbycia (jako środka zaradczego) może być zbycie aktywów, które nie stanowią (nie stanowiły w przeszłości) wyodrębnionego, jednolitego i zdolnego do działania przedsiębiorstwa³²¹ lub były – wyjątkowo i zgodnie z zasadą proporcjonalności – wyodrębnione dla celów tej transakcji³²². Zatem tylko w szczególnych przypadkach przedmiotem środka zaradczego może być np. zbycie aktywów nie funkcjonujących wcześniej odrębnie, w tym np. marek i licencji na prawa własności intelektualnej, przy czym muszą to być raczej licencje wyłączne, nieograniczone terytorialnie³²³. W określonych okolicznościach i przy spełnieniu określonych warunków wstępnych, KE może jednak także zatwierdzić przyznanie wyłącznej licencji na daną markę na określony czas w celu umożliwienia licencjodawcy zmiany marki produktu w przewidzianym terminie³²⁴.

Do identyfikacji przedmiotu transakcji zbycia przedsiębiorstwa Komisja Europejska zalicza także dwa dalsze wymogi prawa UE: zakaz ponownego przejścia oraz nakaz sprzedaży klejnotów rodowych. Ponadto, jeżeli preferowany środek zaradczy (zbycie zdolnego do działania i konkurencyjnego przedsiębiorstwa) jest niepewny, KE może zatwierdzić drugą **alternatywną opcję zbycia** – zwaną też drugą najlepszą (*second-best*) lub suboptymalną

³¹⁷ Tamże, pkt 25–26.

³¹⁸ Tamże, pkt 27–29.

³¹⁹ Tamże, pkt 22.

³²⁰ Tamże, pkt 33–34.

³²¹ Tamże, pkt 37.

³²² Tamże, pkt 35–36.

³²³ Tamże, pkt 37.

³²⁴ Tamże, pkt 39–42.

(*suboptimal*)³²⁵, którą strony koncentracji będą musiały zrealizować, jeśli nie zrealizują opcji pierwszej w przewidzianym terminie³²⁶. Takie alternatywne rozwiązanie musi być równie dobre jak pierwsze pod względem utworzenia rentownego konkurenta, stąd też zbywane przedsiębiorstwo jest często nazywane **tzw. klejnotem koronnym** (*crown jewels*)³²⁷. Dla zapewnienia skuteczności zastosowania tego rozwiązania konieczne jest zapewnienie oddzielnego zarządzania przedsiębiorstwem (*hold-separate*) dla obu alternatywnych transakcji zbycia³²⁸.

Wymogi odnoszące się do przedmiotu zbycia są formułowane wyraźnie także w brytyjskim porządku prawnym i to już na etapie postępowania przed Urzędem ds. Uczciwego Handlu, jako że „zobowiązania zamiast skierowania” (*undertakings in lieu of reference*) muszą stanowić „precyzyjnie skrojone” (*clear cut*) sposoby rozwiązania problemów, jakie dla konkurencji stanowi dana koncentracja³²⁹. Również we Francji w przypadku zbycia aktywów muszą być spełnione określone warunki dotyczące m.in. zbywanego przedsiębiorstwa. Zbywane aktywa muszą stanowić podstawę realnej (*viable*) i konkurencyjnej działalności oraz zawierać wszystkie aktywa ruchome i nieruchome, konieczne dla jej prowadzenia. Strony koncentracji muszą sporządzić ich dokładną (*accurate*) listę i zagwarantować ich integralność aż do momentu zbytu.

Polski ustawodawca ani w uokik z 2000 r., ani w uokik z 2007 r., nie określił żadnych wymogów, jakie transakcja musi spełniać, aby przy jej

³²⁵ Tak E. Navarro Varona, A. Font Galarza, J. Folguera Crespo, J. Briones Alonso, *Merger Control in the European Union. Law, Economics and Practice*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford 2005, s. 647.

³²⁶ W ostatnim okresie takie alternatywne środki zaradcze przyjęto np. w: decyzji KE z 9.08.2010 r. w sprawie COMP/M.5778 *Novartis/Alcon*, Brussels SG-Greffe(2010) D/12153 C(2010) 5667, pkt 294, s. 54 (możliwość sprzedaży w tzw. pierwszym okresie zbycia określonych aktywów własnych zamiast przejmowanych); decyzji z 23.09.2008 r. w sprawie COMP/M.4980 – *ABF/GBI Business*, Brussels, 23.09.2018 r., K(2008)5273, pkt 376, s. 84 (sprzedaż dystrybutorów drożdży piekarniczych z jednych krajów lub – alternatywnie – w innych).

³²⁷ Wyrok SPI w sprawie T-210/01 *General Electric v. Komisja* (Zb. Orz. 2005, s. II-5575), pkt 617. W ostatnim okresie warunek taki został zastosowany w decyzji KE z 3.08.2010 r. w sprawie COMP/M.5865 *Teva/Ratiopharm*, Brussels, 3.08.2010, SG-Greffe(2010) D/11960 C(2010) 5514, pkt 479, s. 73; w sytuacji, w której Teva nie mogłaby sprzedać (np. z powodu nieznalesienia odpowiedniego nabywcy) jednego lub więcej biznesów w zakresie generycznych produktów farmaceutycznych Ratiopharm w Holandii i na Węgrzech, będzie musiała sprzedać swój własny biznes bazujący na tej samej molekuule w tym samym kraju.

³²⁸ Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 44–46.

³²⁹ Zob. N. Parr, D. Liddell, *United Kingdom* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 334; D. Garrod, B. McCutchen, *United Kingdom: Merger Control* [w:] *The European Antitrust Review 2011*, s. 2.

pomocy można było wyeliminować istotne zagrożenie dla skutecznej konkurencji (z wyjątkiem terminu spełnienia warunku). Nie zostały one określone także w drodze wytycznych Prezesa UOKiK; musi on więc każdorazowo określić je w decyzji warunkowej, co czyni korzystając z otwartego (przykładowego) charakteru warunków, o których mowa w art. 19 ust. 2 uokik z 2007 r. (identycznie art. 18 ust. 2 uokik z 2000 r.).

Analiza zgód warunkowych wydanych na podstawie uokik z 2000 r. i z 2007 r. pozwala stwierdzić, że identyfikacja zbywanych przedsiębiorstw lub ich części w osnowie decyzji nie jest tak szczegółowa, jak to się dzieje w przypadku zgód warunkowych wydawanych przez KE, w których podane analizie i zaakceptowane przez te organy zobowiązania są następnie zawarte w załączniku. Z faktu, że tylko w jednym przypadku doszło do sporu między Prezesem UOKiK i przedsiębiorcą przejmującym kontrolę dotyczącym zwłoki w wykonaniu warunku, trzeba przyjąć, że identyfikacja ta była mimo to wystarczająco konkretna nie tylko w przypadku warunku zbycia „instalacji elektrolizy chloru w Zakładach Azotowych w Tarnowie-Mościcach”³³⁰, ale także wtedy, gdy przedmiotem zbycia były „prawa (...) do określonych sklepów”³³¹, „stacji dializ”³³² czy „hurtowni”³³³, a nawet wtedy, gdy warunek zbycia dotyczył „pakietu aktywów obejmujących (...) obie linie produkcyjne (...) służące do produkcji dżemów [...] zlokalizowane w zakładzie produkcyjnym w Kotlinie” oraz „prawa do znaków towarowych Sorella (...) wykorzystywanych do oznaczenia dżemów (...) wraz z udostępnieniem receptur do produkcji dżemów pod marką Sorrela”³³⁴. Jednakże, w przypadku kilku ostatnich zgód warunkowych charakterystyka przedmiotu zbycia była już tak szczegółowa, że wyraźnie „rozsadziła” ramy osnowy stosownych decyzji³³⁵; w sprawie koncentracji *UPC/Aster* identyfikacja „części sieci” telewizji kablowych poprzez „węzły optyczne” nie była już możliwa w osnowie decyzji i musiała się dokonać poprzez uznanie przedłożonej przez stronę listy tych węzłów za załącznik do decyzji³³⁶. Jest znamienne, że stosunkowo najbliższe standardom unijnym było określenie przedmiotu zbycia w koncentracji w sprawie *Sanofi-Synthelabo/Aventis*, co nie dziwi

³³⁰ Decyzja Prezesa UOKiK z 3.10.2006 r., Nr DOK-116/06 *PCC/dwa zakłady azotowe*.

³³¹ Decyzja Prezesa UOKiK z 24.09.2008 r., Nr DKK-76/2008 *JMD/Plus Discount*; decyzja Prezesa UOKiK z 28.06.2007 r., Nr DOK-86/2007 *Carrefour/Ahold*.

³³² Decyzja Prezesa UOKiK z 28.06.2011 r., Nr DKK-70/11 *FMC/Eurodial*.

³³³ Decyzja Prezesa UOKiK z 27.10.2011 r., Nr DKK-128/2011 *Eurocash/Tradis*.

³³⁴ Decyzja Prezesa UOKiK z 25.02.2009 r., Nr DKK-9/09 *Agros Nova/Kotlin*.

³³⁵ Decyzja Prezesa UOKiK z 12.07.2010 r., Nr DKK-64/10 *Unibail-Rodamco/Simon Ivanhoe*; decyzja Prezesa UOKiK z 26.03.2012 r., Nr DKK-23/2012 *Polpharma/Polfa*.

³³⁶ Decyzja Prezesa UOKiK z 5.09.2011 r., Nr DKK-101/11 *UPC/Aster*.

o tyle, że bazuje na Zobowiązaniach Europejskich zdefiniowanych przez KE w decyzji z dnia 26.04.2004 r.³³⁷

Brak własnych wytycznych w sprawie środków zaradczych oraz obowiązujący w Polsce sposób nakładania warunków (w osnowie decyzji)³³⁸ będą zapewne w przyszłości sprawiały coraz większe problemy z właściwą identyfikacją przedmiotu warunku zbycia aktywów, zwłaszcza w przypadku dużych i złożonych transakcji. Nic nie stoi jednak na przeszkodzie, żeby Prezes UOKiK szeroko korzystał z wytycznych KE. Merytoryczne nawiązanie do tych wytycznych pojawiło się już w przypadku zgody warunkowej na dokonanie koncentracji. W moim przekonaniu, Prezes UOKiK może także pod rządami obecnych przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów szerzej korzystać z załącznika, jako części decyzji, w której zawarte będą szczegółowe elementy opisu przedsiębiorstwa (listy składników majątku czy pracowników); instytucję załącznika jako, odrębnego dokumentu zawierającego całość zobowiązań stron w zakresie warunków zgody (takiego jak w prawie UE), musiałaby już jednak wprowadzić ustawa.

3.1.2.3. Zbycie na rzecz odpowiedniego nabywcy

W porządkach prawnych w wielu krajach pozaeuropejskich oraz UE i jej państw członkowskich kluczową rolę odgrywają także wymogi odnoszące się do nabywcy zbywanego przedsiębiorstwa. W swym Zawiadomieniu w sprawie środków zaradczych z 2008 r. Komisja Europejska stwierdziła, że, aby zbycie przedsiębiorstwa mogło skutecznie zaradzić istotnemu ograniczeniu konkurencji, winno ono być przekazane „**odpowiedniemu nabywcy**” (*suitable purchaser*), który uczyni z niego zdolnego do działania konkurenta. **Wyznaczenie odpowiedniego nabywcy** może dokonać się w ramach: sprzedaży w trakcie postępowania przed KE³³⁹; sprzedaży tzw. wstępnemu nabywcy³⁴⁰; sprzedaży przedsiębiorstwa w ustalonym terminie po przyjęciu decyzji³⁴¹. W pierwszym przypadku (najrzadszym), strony wyznaczają nabywcę przedsiębiorstwa i zawierają z nim wiążącą umowę już podczas postępowania przed KE (tzw. *fix-it-first remedies*)³⁴². W drugim przypadku, strony wskazują jedynie wstępnego nabywcę i zobowiązują się, że nie dokonają koncentracji przed jego zatwierdzeniem przez KE (tzw. *up-front buyer*)³⁴³. Natomiast

³³⁷ Decyzja Prezesa UOKiK z 18.05.2004 r., Nr DKK-36/2004 *Sanofi/Aventis*.

³³⁸ Zob. szerzej pkt 6.1.5 niniejszego rozdziału.

³³⁹ Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 56–57.

³⁴⁰ Tamże, pkt 53–55.

³⁴¹ Tamże, pkt 52.

³⁴² Tamże, pkt 50 i 56–57.

³⁴³ Tamże, pkt 50 i 53–55.

w trzecim (najczęstszym), sprzedaż przedsiębiorstwa nabywcy zatwierdzonemu przez KE następuje w ustalonym terminie po przyjęciu decyzji³⁴⁴.

Zdaniem KE, nabywca powinien spełniać **trzy** następujące **wymagania**: (1) być niezależny od stron i niepowiązany z nimi, (2) posiadać konieczne zasoby finansowe i inne oraz (3) dysponować koniecznymi pozwoleniami regulacyjnymi³⁴⁵. W niektórych przypadkach, KE wydając zgodę warunkową, może również określić inne wymagania, np. pochodzenie nabywcy z danego sektora lub z sektora finansowego³⁴⁶.

W niektórych państwach członkowskich UE także określa się wymogi dotyczące nabywcy zbywanego przedsiębiorcy. W Niemczech zbycie przedsiębiorstwa, żeby mogło być zaakceptowane przez Federalny Urząd Kartelowy, musi być dokonane tylko na rzecz odpowiedniego nabywcy, najczęściej zaakceptowanego przez Urząd jeszcze przed wydaniem zgody warunkowej. Inaczej niż w USA, zobowiązanie takie było stosowane w niewielkiej ilości spraw. Sprzedaż musi się dokonać w określonym terminie (z reguły 6 miesięcy), który może być przedłużony (do 2 miesięcy), jeżeli do zbycia przedsiębiorstwa zobowiązany jest specjalny powiernik (tzw. *divestiture trustee*). Każdemu środkowi zaradcemu musi towarzyszyć propozycja prowadzenia biznesu w okresie przejściowym; z reguły polega to na ustanowieniu innego powiernika (tzw. „*hold-separate*” *trustee*) w przypadku nieznaalezienia przez strony transakcji nabywcy przedsiębiorstwa w określonym czasie. Reguły te są zatem zbliżone do tych, które stosuje Komisja Europejska³⁴⁷. We Francji w przypadku zbycia aktywów muszą być spełnione określone warunki, dotyczące m.in. nabywcy. Nabywca musi być niezależny od stron transakcji i posiadać konieczne umiejętności (*skills*) i środki do rozwijania działalności i konkurowania ze stronami koncentracji. Nabywca może być zidentyfikowany albo w trakcie negocjacji nad propozycją stron koncentracji, albo w wyznaczonym przez Urząd ds. Konkurencji okresie po wydaniu zgody, ale przed jej dokonaniem lub po jej dokonaniu (sytuacja najczęstsza). W razie niepewności co do możliwości znalezienia nabywcy, Urząd może uzależnić wydanie zgody warunkowej od wcześniejszej identyfikacji odpowiedniego nabywcy. Znalezienie nabywcy oraz negocjacje z nim mogą być powierzone powiernikowi (*trustee*)³⁴⁸. Spośród „nowych” państw

³⁴⁴ Tamże, pkt 50 i 52.

³⁴⁵ Tamże, pkt 47–48.

³⁴⁶ Tamże, pkt 49.

³⁴⁷ Zob. M. Rosenthal, *Germany* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 126. Modelowy tekst dotyczący tych spraw jest dostępny na stronie BKA.

³⁴⁸ Zob. U. Djurberg, M. Lehmann-Horn, *Sweden* [w:] *ICLG to: Merger Control 2011*, s. 301; T. Pettersson, J. Carle, S. Perván Lindeborg, *Sweden* [w:] *Merger Control 2008*, s. 323.

członkowskich UE np. węgierski Urząd ds. Konkurencji może także ustalić odpowiedni termin spełnienia tych warunków³⁴⁹.

Jak już wskazano wyżej, ani uokik z 2000 r., ani uokik z 2007 r. nie określiła żadnych – poza terminem spełnienia warunków – wymagań, jakie warunki muszą spełniać, aby przy ich pomocy można było wyeliminować istotne zagrożenie dla skutecznej konkurencji. Twierdzenie to odnosi się także do wymagań wobec nabywcy zbywanych aktywów. Prezes UOKiK nie opublikował w tej sprawie wytycznych, dlatego musi określić **kryteria** (przesłanki) **odpowiedniości nabywcy** każdorazowo w decyzji warunkowej.

Prezes UOKiK stosunkowo wcześniej zaczął wyraźnie formułować wobec potencjalnych nabywców aktywów lub pasywów **wymóg niezależności**; nie sformułował go w ogóle tylko w decyzji dotyczącej koncentracji *Rethmann/Lobbe*, w której nałożył na przejmującego kontrolę warunek wyzbycia się kontroli nad współkontrolowanym z drugim uczestnikiem koncentracji Zakładem Robót Budowlanych³⁵⁰. W pozostałych decyzjach wydanych pod rządami uokik z 2000 r., wyrażających zgodę na dokonanie koncentracji na podstawie warunków strukturalnych (ale nie tylko), zgoda ta uzależniona była od tego, żeby nabywcą przedmiotu zbycia był **podmiot niezależny**. Tylko w decyzji wyrażającej zgodę na dokonanie koncentracji *Sanofi-Synthelabo/Aventis*, w której uzależnił swą zgodę od warunku „zbycia i przeniesienia **na rzecz niezależnego podmiotu** całej działalności Sanofi-Synthelabo”³⁵¹, w ogóle nie określił kryterium tej niezależności. We wszystkich pozostałych zgodach warunkowych wydanych pod rządami uokik z 2000 r., w tym w decyzjach, w których zgoda uwarunkowana była „wyzyciem się [...] kontroli”³⁵² czy „zbyciem [...] udziałów, a nawet od spełnienia warunków behawioralnych”³⁵³, zgoda uwarunkowana była zbyciem części majątku na rzecz „**niezależnych inwestorów**” lub „**niezależnego inwestora**”, niepozostających z przejmującym kontrolę, ani z żadną spółką z jego grupy kapitałowej w relacji dominacji i zależności w rozumieniu art. 4 pkt 3 uokik z 2000 r.³⁵⁴ W taki sam sposób Prezes UOKiK określał „niezależność” nabywcy przedsiębiorstwa lub jego części w decyzjach warunkowych wydanych pod rządami

³⁴⁹ Art. art. 30 ust. 3 węgierskiej ustawy o zakazie nieuczciwych i ograniczających praktyk rynkowych z 1996 r.

³⁵⁰ Decyzja Prezesa UOKiK z 6.03.2003 r., Nr DDF-11/2003 *Rethmann/Lobbe*.

³⁵¹ Decyzja Prezesa UOKiK z 18.05.2004 r., Nr DOK-36/2004 *Sanofi-Synthelabo/Avensis*.

³⁵² Decyzja Prezesa UOKiK z 20.04.2005 r., Nr DOK-35/2005 *Nafta Polska/cztery spółki ciężkiej chemii*; decyzja Prezesa UOKiK z 5.06.2007 r., Nr DOK-71/07 *CRH/E. Schwenk*.

³⁵³ Decyzja Prezesa UOKiK z 30.09.2005 r., Nr DOK-123/05 *Carey Agri/Polmos Białystok*.

³⁵⁴ Decyzja Prezesa UOKiK z 28.06.2007 r., Nr DOK-86/2007 *Carrefour Nederland/Ahold Polska*.

uokik z 2007 r.³⁵⁵; zgodę na dokonanie koncentracji uzależniał mianowicie od zbycia aktywów na rzecz „**niezależnego inwestora**” nie należącego do grupy kapitałowej, w rozumieniu art. 4 pkt 14 uokik z 2007 r., współkontrolowanego przez podmiot z grupy przejmującego kontrolę³⁵⁶, kontrolowanej przez przejmującego kontrolę³⁵⁷ lub do której należy przejmujący kontrolę³⁵⁸; w dalszych decyzjach warunkowa zgoda na dokonanie koncentracji uzależniana była od zbycia aktywów na rzecz „**niezależnego inwestora**”³⁵⁹ czy „**inwestorów**”³⁶⁰ lub „**niezależnego podmiotu**” czy „**podmiotów**”³⁶¹, nie należących do grupy kapitałowej, w rozumieniu art. 4 pkt 4 uokik z 2007 r., do której należy podmiot przejmujący kontrolę i nie współkontrolowanych przez żaden podmiot z jego grupy. Jest tak zapewne dlatego, że również w złożonych koncentracjach dokonywanych w polskiej gospodarce wzrasta stopień skomplikowania samego warunku zbycia aktywów i pasywów, a w konsekwencji rosną także wymagania Prezesa UOKiK służące skutecznemu zapewnieniu warunku „niezależności nabywcy”, rozumianej tak, jak rozumie go KE – „nabywca musi być niezależny i niepowiązany ze stronami transakcji”³⁶².

Do 2009 r. wymóg „niezależności nabywcy” (niezależności inwestora) był w polskich decyzjach warunkowych **jedynym wymogiem „odpowiedniości nabywcy”**. W każdym razie, decyzje te nie wymagały, jak Zawiadomienie KE w sprawie środków ramowych z 2008 r., żeby nabywca posiadał środki finansowe, udowodnione odpowiednie doświadczenie oraz chęć i zdolności do utrzymania i rozwoju nabytego przedsiębiorstwa jako realnej i konkurencyjnej siły w konkurencji³⁶³. Wybór nabywcy był więc pozostawiony przedsiębiorcy zobowiązanemu z warunku. Dopiero w decyzji w sprawie koncentracji *Agros Nova/Kotlin* sformułowany został wymóg, w myśl którego niezależny inwestor „musi, przed nabyciem [...] pakietu [aktywów], zostać zaakceptowany przez Prezesa UOKiK”. Co więcej, „Prezes UOKiK może

³⁵⁵ Wymóg ten zastosował także w przypadku warunku mającego charakter behawioralny; zob. decyzję Prezesa UOKiK z 19.06.2008 r., Nr DKK-49/2008 *Multikino/Silver Screen*.

³⁵⁶ Decyzja Prezesa UOKiK z 18.10.2010 r., Nr DKK-105/2010 *Kompania Węglowa/Huta Łabędy*.

³⁵⁷ Decyzja Prezesa UOKiK z 24.08.2008 r., Nr DKK-76/2008 *JMD/Discount Plus*.

³⁵⁸ Decyzja Prezesa UOKiK z 25.02.2009 r., Nr DKK-9/09 *Agros Nova/Kotlin*.

³⁵⁹ Decyzja Prezesa UOKiK z 24.08.2008 r., Nr DKK-76/2008 *JMD/Discount Plus*.

³⁶⁰ Decyzja Prezesa UOKiK z 5.09.2011 r., Nr DKK-101/11 *UPC/Aster*; decyzja Prezesa UOKiK z 27.10.2011 r., Nr DKK-128/2011 *Eurocash/Tradis*; decyzja Prezesa UOKiK z 26.03.2012 r., Nr DKK-23/2012 *Polpharma/Polfa*.

³⁶¹ Decyzja Prezesa UOKiK z 28.06.2011 r., Nr DKK-70/11 *FMC/Eurodial*.

³⁶² Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych, pkt 48.

³⁶³ Tamże.

odmówić akceptacji – w terminie 21 dni od przedstawienia mu informacji na temat ww. inwestora – jeżeli inwestor ten nie będzie dawał gwarancji prowadzenia w oparciu o ww. pakiet aktywów działalności produkcyjnej dżemów na terytorium Polski³⁶⁴. W decyzji nie znajdują się jednak żadne wskazówki co do kryteriów oceny „gwarancji prowadzenia” ww. działalności. Wymóg przedłożenia do zatwierdzenia nabywcy i prawo odmowy jego zatwierdzenia sformułowane zostały identycznie we wszystkich czterech ostatnich decyzjach warunkowych³⁶⁵. W trzech z nich Prezes UOKiK stwierdził, że „brak zajęcia stanowiska [przez niego] w (...) wskazanym terminie będzie równoznaczny z akceptacją przedstawionego inwestora”³⁶⁶. Warto jeszcze zaznaczyć, że w sprawie koncentracji *Eurocash/Tradis* przejmujący kontrolę zajął stanowisko, że w oparciu o art. 19 uokik Prezes UOKiK „nie może żądać akceptacji nabywcy w przypadku nakładania warunku zobowiązującego do zbycia określonego mienia”; Prezes UOKiK nie podzielił tego stanowiska, wskazując otwarty katalog warunków z art. 19 ust. 2 i powołując się na wcześniejsze decyzje Prezesa UOKiK oraz decyzje Komisji Europejskiej³⁶⁷. Tak długo, jak długo wymóg ten ma na celu zapewnienie skuteczności warunków służących zapobieganiu ograniczeniu konkurencji, a przez to umożliwiających wydanie zgody na dokonanie koncentracji, stanowisku Prezesa UOKiK nie można zaprzeczyć.

3.1.2.4. Termin spełnienia warunku

Termin spełnienia warunku, w tym warunku zbycia przedsiębiorstwa/biznesu należy do najistotniejszych wymogów jego akceptowalności. Akty typu *soft law* (wytyczne) i praktyka organów ochrony konkurencji USA i innych państw pozaeuropejskich każą uznać, że najistotniejszą przesłanką akceptowalności warunku zbycia przedsiębiorstwa jest maksymalnie krótki termin jego spełnienia. W państwach tych organy ochrony konkurencji uzależniają warunkową zgodę na dokonanie koncentracji od zrealizowania warunku zbycia (podziału) przedsiębiorstwa (biznesu) **przed wydaniem decyzji**, czyli zanim dana koncentracja zostanie dokonana, lub równocześnie z nią;

³⁶⁴ Decyzja Prezesa UOKiK z 25.02.2009 r., Nr DKK-9/09 *Agros Nova/Kotlin*.

³⁶⁵ Decyzja Prezesa UOKiK z 28.06.2011 r., Nr DKK-70/11 *FMC/Eurodial*; decyzja Prezesa UOKiK z 5.09.2011 r., Nr DKK-101/11 *UPC/Aster*; decyzja Prezesa UOKiK z 27.10.2011 r., Nr DKK-128/2011 *Eurocash/Tradis*; decyzja Prezesa UOKiK z 26.03.2012 r., Nr DKK-23/2012 *Polpharma/Polfa*.

³⁶⁶ Decyzja Prezesa UOKiK z 5.09.2011 r., Nr DKK-101/11 *UPC/Aster*; decyzja Prezesa UOKiK z 27.10.2011 r., Nr DKK-128/2011 *Eurocash/Tradis*; decyzja Prezesa UOKiK z 26.03.2012 r., Nr DKK-23/2012 *Polpharma/Polfa*.

³⁶⁷ Decyzja Prezesa UOKiK z 27.10.2011 r., Nr DKK-128/2011 *Eurocash/Tradis*, s. 64.

nazywa się to stosowaniem tzw. polityki „*fix-it-first*”. W USA gdy spełnienie warunku przed wydaniem decyzji nie jest możliwe, organy ochrony konkurencji pozwalają na dokonanie koncentracji, jeżeli jej strony zobowiążą się (w ramach *concent decree/order*) przeprowadzić podział stosownych aktywów w określonym czasie (często 6 miesięcy) po dokonaniu koncentracji³⁶⁸. Także kanadyjski organ ochrony konkurencji preferuje podział czy wydzielenie części firmy, które może być dokonane przed zamknięciem postępowania administracyjnego i skierowaniem sprawy do Trybunału (tzw. *fix-it-first restructuring/divestiture*). Jego warunkiem jest wstępne znalezienie nabywcy, jego zaakceptowanie oraz kontraktowe dokonanie podziału (wydzielenia) mniej więcej w tym samym czasie, w jakim dokonana będzie zasadnicza transakcja koncentracyjna³⁶⁹. Mając świadomość, że nie zawsze jest to możliwe Komisarz ds. Konkurencji dopuszcza zastosowanie takich strukturalnych środków zaradczych w okresie od 3 do 6 miesięcy od zamknięcia postępowania, a jeśli strony nie zdołają ich przeprowadzić – zostaje wyznaczony powiernik dla dokonania transakcji restrukturyzacyjnej bez zagwarantowania sprzedawcy ceny minimalnej. Dokonanie restrukturyzacji transakcji przed wydaniem decyzji lub przed przekazaniem sprawy do organu orzekającego preferowane jest także w Australii³⁷⁰ i w RPA. W państwach pozaeuropejskich nie formułuje się natomiast wymagań odnoszących się do przedmiotu (zbywanego przedsiębiorstwa) i nabywcy (odpowiedniości nabywcy). Tylko nowozelandzka Komisja ds. Handlu może zaakceptować środki strukturalne (zbycie aktywów lub akcji) jako podstawę zgody (*clearance* lub *authorization*) na dokonanie koncentracji na podstawie zasad wypracowanych przez brytyjską Komisję Konkurencji.

Silny nacisk na terminowość zbycia przedsiębiorstwa/biznesu kładzie także Komisja Europejska. Generalnie rzecz biorąc, oczekuje ona, żeby nastąpiło ono „w krótkim czasie”³⁷¹. Formułując wytyczne w sprawie procedury zbycia KE stwierdza, że „krótki okres na zbycie przedsiębiorstwa sprzyja powodzeniu tej transakcji, ponieważ w przeciwnym wypadku przedsiębiorstwo jest narażone na dłuższy okres niepewności. Terminy przewidziane na

³⁶⁸ Szczególnie dobitnym przykładem tej polityki było nabycie WorldCom przez MCI; zob. np. Justice Department Clears WorldCom/MCI Merger after MCI Agree to Sell its Internet Business, <http://www.usdoj./atr/public/press-releases/1998/1829.htm>; zob. także W.T. Miller, D.I. Baker, *United States of America* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 14: September 2007, s. 64-64.

³⁶⁹ Zob. szerzej Information Bulletin on Merger Remedies wydany przez Biuro ds. Konkurencji w 2006 r.

³⁷⁰ Zob. R.V. Miller, *Australia* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 15: April 2008, s. 3-41.

³⁷¹ Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 9.

zbycie powinny być zatem jak najkrótsze³⁷². Powinny one wynosić konkretnie maksymalnie 6 miesięcy – przy pierwszym podejściu, 3 miesiące – przy zbyciu za pośrednictwem zarządcy, dalsze 3 miesiące na zamknięcie transakcji; tylko w przypadku zobowiązania typu *fix-it-first* termin będzie obejmował dodatkowy okres na zamknięcie transakcji³⁷³.

Także w „starych” państwach członkowskich UE terminy zbycia, w tym zbycia przedsiębiorstwa powinny być krótkie. W Niemczech np. sprzedaż przedsiębiorstwa musi się dokonać w określonym okresie (z reguły 6 miesięcy), który może być przedłużony (do 2 miesięcy), jeżeli do zbycia przedsiębiorstwa zobowiązany jest specjalny powiernik (tzw. *divestiture trustee*). W „nowych” państwach członkowskich UE przepisy wymagają niekiedy, żeby zgoda warunkowa obejmowała także termin spełnienia warunku (np. na Węgrzech), nie formułują jednak żadnych reguł odnoszących się do ich długości. Również reguła „*fix-it-first*” nie jest też wymagana w żadnym z „nowych” państw członkowskich UE.

Także w Polsce termin spełnienia warunków stanowi obowiązkowy (ustawowy) wymóg zgody warunkowej; polski ustawodawca wymaga jednak tylko, żeby w każdej decyzji warunkowej określony był „**termin spełnienia warunków**” (art. 19 ust. 2 *in fine*; identycznie art. 18 ust. 2 *in fine* uokik z 2000 r.). Ustawodawca nie rozstrzyga zatem bezpośrednio, czy warunek powinien być spełniony przed³⁷⁴ czy po³⁷⁵ wydaniu decyzji. M. Błachucki dopuszcza – „teoretycznie” – obie interpretacje³⁷⁶. Nie jest to pogląd do końca prawidłowy i to nie tylko dlatego, że elementem instytucji prawnej zgody warunkowej jest obowiązek złożenia informacji o realizacji warunku (np. art. 19 ust. 3); nie byłaby ona potrzebna, gdyby już w trakcie postępowania warunek został w pełni zrealizowany (np. transakcja zbycia zostałaby „zamknięta”). Całkowite zrealizowanie warunku w trakcie postępowania musiałoby bowiem oznaczać, że Prezes UOKiK nie może już wtedy wydać zgody warunkowej, jako że transakcja nie stanowiłaby już w tym momencie zagrożenia dla konkurencji; musiałby więc wydać zgodę bezwarunkową. Nic natomiast nie stoi na przeszkodzie, żeby działania zmierzające do spełnienia (wy)negocjowanego warunku (np. poszukiwanie odpowiedniego nabywcy) rozpoczęły się już w trakcie postępowania; niekiedy jest to wręcz konieczne, skoro Prezes

³⁷² Tamże, pkt 98.

³⁷³ Tamże, pkt 100.

³⁷⁴ Tak tylko J. Olszewski, *Nowa ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, s. 728.

³⁷⁵ Tak m.in. R. Stankiewicz, *Charakter prawny decyzji Prezesa UOKiK zezwalającej na dokonanie koncentracji...*, s. 126.

³⁷⁶ M. Błachucki, *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji...*, s. 295–296.

UOKiK wymaga z reguły jego przedstawienia, a czasem nawet zatwierdzenia. Możliwe jest także zawarcie stosownej umowy sprzedaży aktywów czy zbycia akcji lub udziałów, ale jej ostateczne wykonanie (skuteczne prawnie przeniesienie praw z tych umów) musi jednak nastąpić po wydaniu decyzji. W takiej sytuacji termin spełnienia warunku mógłby już być bardzo krótki.

Długość terminu spełnienia warunku, w tym terminu zbycia jest w polskiej literaturze uznawana za wyraz „racjonalności i wynikającej z niej możliwości rzeczywistego wykonania przyjętych zleceń” zawartych w decyzji wydanej na podstawie art. 19 uokik z 2007 r.³⁷⁷ Inaczej niż w porządkach prawnych i doktrynie innych krajów, w Polsce dominuje przekonanie, że termin ten „musi być odpowiednio długi, aby przedsiębiorca mógł rozważyć wszystkie aspekty zgłoszonej przez organ antymonopolowy propozycji i sformułować pogląd, co do dalszego zainteresowania przeprowadzeniem koncentracji po uwzględnieniu zmian wprowadzonych warunkami”³⁷⁸. Ponieważ spełnienie warunków może być trudne, długość terminu „powinna zależeć od charakteru nałożonych warunków”³⁷⁹; z uwagi na brak przesłanek określania długości terminu spełnienia warunku, „organ antymonopolowy powinien dostosować jego długość do charakteru przedstawionego obowiązku lub zaakceptowanego zobowiązania”³⁸⁰.

W każdej ze zbadanych decyzji w sprawach koncentracji warunkujących zgodę na ich dokonanie od zbycia aktywów lub pasywów określony był, zgodnie z wymogiem art. 19 ust. 2 *in fine* uokik z 2007 r. (analogicznie art. 18 ust. 2 *in fine* uokik z 2000 r.), **konkretny termin** dokonania zbycia. Prezes UOKiK miał w tym zakresie daleko idącą swobodę, jako że obie ustawy nie zawierały żadnych wskazówek co do kryteriów określania długości tego terminu oraz sposobu jego liczenia (od jakiej daty). W swej praktyce decyzyjnej³⁸¹ najczęściej ustalał on konkretną datę spełnienia warunku zbycia (np. 31.12.2009 r.)³⁸².

³⁷⁷ M. Wierzbowski, K. Karasiewicz, R. Stankiewicz, *Kontrola koncentracji przedsiębiorców*, s. 46.

³⁷⁸ E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, s. 318.

³⁷⁹ Tamże, s. 168.

³⁸⁰ R. Stankiewicz, *Charakter prawny decyzji Prezesa UOKiK zezwalającej na dokonanie koncentracji...*, s. 134.

³⁸¹ Tylko w decyzji z 18.05.2004 r., Nr DOK-36/2004 *Sanofi-Synthelabo/Avensis* Prezes UOKiK dostosował się do terminu ustalonego w decyzji KE.

³⁸² Tak uczynił w decyzjach z: 6.03.2003 r., Nr DDF-11/2003 *Rethmann/Lobbe*; 3.10.2006 r., Nr DOK-116/06 *PCC/dwa zakłady azotowe*; 5.06.2007 r., Nr DOK-71/07 *CRH/E.Schwenk*; 28.06.2007 r., Nr DOK-86/2007 *Carrefour Nederland/Ahold Polska*; 24.08.2008 r., Nr DKK-76/2008 *JMD/Discount Plus*; 25.02.2009 r., Nr DKK-9/09 *Agros Nova/Kotlin*; 28.06.2011 r., Nr DKK-70/11 *FMC/Eurodial*.

Termin ten określał także w latach³⁸³ lub miesiącach, liczonych albo od dnia wydania decyzji³⁸⁴, albo od dnia zrealizowania transakcji³⁸⁵.

Jeśli chodzi o długość terminu na spełnienie warunku zbycia, to wynosił on najczęściej ok. 18 miesięcy; tylko dwa razy był krótszy (6 miesięcy³⁸⁶, 12 miesięcy³⁸⁷), a trzy razy dłuższy (2 lata³⁸⁸ lub 3 lata³⁸⁹). Były to jednak przypadki uwarunkowane szczególnym charakterem koncentracji³⁹⁰. Generalnie rzecz biorąc **terminy** dokonania zbycia są w polskiej praktyce decyzyjnej **relatywnie długie**, zwłaszcza biorąc pod uwagę, że są to tzw. terminy czyste. W niektórych decyzjach Prezes UOKiK wyraźnie stwierdził, że w przypadku istnienia po stronie zaakceptowanego nabywcy obowiązku zgłoszenia Prezesowi UOKiK zamiaru nabycia praw do zbywanych aktywów (np. sieci kablowych³⁹¹ czy hurtowni³⁹²), do terminu spełnienia warunku nie wlicza się czasu trwania postępowania antymonopolowego w sprawie koncentracji. Natomiast w sprawie koncentracji *Polpharma/Polfa* w 18-miesięcznym terminie dokonania zbycia mieścił się ok. 7-miesięczny okres koniecznych postępowań regulacyjnych³⁹³. Jak się wydaje, relatywna długość terminów spełniania warunków zbycia wynika z niestosowania w polskiej praktyce decyzyjnej dwóch innych sposobów wyznaczania tych terminów (*up-front buyer* oraz *fix-it-first remedies*), występujących w niektórych porządkach prawnych kontroli koncentracji.

³⁸³ Decyzja Prezesa UOKiK z 20.04.2005 r., Nr DOK-35/2005 *Nafta Polska/cztery spółki ciężkiej chemii*; decyzja Prezesa UOKiK z 18.10.2010 r., Nr DKK-105/2010 *Kompania Węglowa/Huta Łabędy*.

³⁸⁴ Decyzja Prezesa UOKiK z 12.07.2010 r., Nr DKK-64/10 *Unibail-Rodamco/Simon Ivanhoe*; decyzja Prezesa UOKiK z 25.02.2009 r., Nr DKK-9/09 *Agros Nova/Kotlin*; decyzja Prezesa UOKiK z 5.09.2011 r., Nr DKK-101/11 *UPC/Aster*; decyzja Prezesa UOKiK z 26.03.2012 r., Nr DKK-23/2012 *Polpharma/Polfa*.

³⁸⁵ Decyzja Prezesa UOKiK z 27.10.2011 r., Nr DKK-128/2011 *Eurocash/Tradis*; decyzja Prezesa UOKiK z 18.10.2010 r., Nr DKK-105/2010 *Kompania Węglowa/Huta Łabędy* (od dnia nabycia udziałów).

³⁸⁶ Decyzja Prezesa UOKiK z 12.07.2010 r., Nr DKK-64/10 *Unibail-Rodamco/Simon Ivanhoe*.

³⁸⁷ Decyzja Prezesa UOKiK z 27.10.2011 r., Nr DKK-128/2011 *Eurocash/Tradis*.

³⁸⁸ Decyzja Prezesa UOKiK z 3.10.2006 r., Nr DOK-116/06; decyzja Prezesa UOKiK z 18.10.2010 r., Nr DKK-105/2010 *Kompania Węglowa/Huta Łaziska*.

³⁸⁹ Decyzja Prezesa UOKiK z 20.04.2005 r., Nr DOK-35/2005 *Nafta Polska/cztery spółki ciężkiej chemii*.

³⁹⁰ Decyzja Prezesa UOKiK z 20.04.2005 r., Nr DOK-35/2005 *Nafta Polska/cztery spółki ciężkiej chemii*.

³⁹¹ Decyzja Prezesa UOKiK z 5.09.2011 r., Nr DKK-101/11 *UPC/Aster*, s. 70.

³⁹² Decyzja Prezesa UOKiK z 27.10.2011 r., Nr DKK-128/2011 *Eurocash/Tradis*, s. 69.

³⁹³ Decyzja Prezesa UOKiK z 26.03.2012 r., Nr DKK-23/2012 *Polpharma/Polfa*, s. 57.

Warto jednak podkreślić, że w sytuacjach negocjowania (sporów o długość) terminów zbycia Prezes UOKiK wskazywał, że określając ten termin „kierował się dążeniem (...) do maksymalnego skracania terminów na spełnienie warunków zawartych w decyzji. W przypadku warunków strukturalnych, do których zalicza się również ten zaproponowany przez FreseniusMedical Centre, do chwili ich spełnienia konkurencja na rynku jest ograniczona. Czas na ich realizację powinien być zatem możliwie jak najkrótszy. Biorąc jednak pod uwagę przedstawione przez Zgłaszającego argumenty odnoszące się do możliwych trudności z wyzyciem się praw do stacji dializ, Prezes Urzędu zgodził się na przedłużenie pierwotnie określonego terminu na realizację warunku o pół roku”³⁹⁴ (do ok. 18 miesięcy). W odpowiedzi na propozycję Rodamco, aby termin na realizację warunku wynosił 24 miesiące, Prezes UOKiK uznał, że „jest zbyt długi. Przychylenie się do tej prośby oznaczałoby w praktyce, iż w ciągu dwóch lat konkurencja na rynku wynajmu powierzchni handlowo-usługowej w dużych galeriach handlowych na terenie aglomeracji warszawskiej byłaby istotnie ograniczona. Biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności [...] sprawy [...], termin na realizację tego warunku nie powinien być dłuższy niż 6 miesięcy”³⁹⁵. Można więc założyć, że w przyszłości terminy spełnienia warunków zbycia będą już znacznie krótsze (nie będą odbiegały od praktyki unijnej czy niemieckiej).

3.1.2.5. Klauzula nieodwracalności zbycia

Klauzula nieodwracalności zbycia należy do zasadniczych wymogów akceptowalności warunków umożliwiających wydanie (uzyskanie) zgody warunkowej. Zobowiązanie KE w sprawie środków zaradczych jednoznacznie stwierdza, że dla zapewnienia skuteczności strukturalnego efektu środka zaradczego, w zobowiązaniach stron powinna być zawarta **klauzula zakazująca ponownego przejęcia kontroli** (znana jako *non-acquisition clause*³⁹⁶) nad zbywanym przedsiębiorstwem lub jego częścią (przez z reguły 10 lat)³⁹⁷; Komisja Europejska nie zostawia przy tym żadnych wątpliwości, że nawet jeśli taka klauzula nie zostałaby umieszczona w zobowiązaniach

³⁹⁴ Decyzja Prezesa UOKiK z 28.06.2011 r., Nr DKK-70/11 *FMC/Eurodial*, s. 32.

³⁹⁵ Decyzja Prezesa UOKiK z 12.07.2010 r., Nr DKK-64/10 *Unibail-Rodamco/Simon Ivanhoe*, s. 65.

³⁹⁶ Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 43.

³⁹⁷ Tamże. Ostatnio nałożono taką 10-letnią klauzulę zakazu ponownego uzyskania bezpośredniego lub pośredniego wplywu na przejmowane przedsiębiorstwo w decyzji KE z 25.05.2012 r. w sprawie COMP/M.6512 *DS Smith/SCA Packaging*, Brussels, 25.05.2012 C(2012)3542 final, pkt 193, s. 54.

stron „ponowne przejęcie przedsiębiorstwa naruszyłoby wynikający ze zobowiązań domniemany obowiązek stron, ponieważ wpłynęłoby to na skuteczność środków zaradczych”³⁹⁸. Należy jednak zaznaczyć, że KE może zwolnić z takiego zobowiązania, jeżeli pozwala na to struktura rynku; z pierwszym takim przypadkiem i jak na razie jedynym mieliśmy niedawno do czynienia.

Klauzula zakazująca ponownego przejęcia kontroli jest znana i szeroko stosowana także w Polsce. W zdecydowanej większości zgód warunkowych przewidujących zbycie aktywów, silnie akcentowany jest **wymóg „trwałości i nieodwracalności zbycia”**; tak było w przypadku zgód uwarunkowanych „trwałym i nieodwracalnym wyzbyciem się przez JMD wszelkich praw (...) do [38] sklepów”³⁹⁹ (także zmniejszeniem powierzchni sprzedaży⁴⁰⁰), „doprowadzeniem do trwałego i nieodwracalnego wyzbycia się przez Agros Nova (...) pakietu aktywów”⁴⁰¹, „trwałym i nieodwracalnym wyzbyciem się przez (...) Rodamco Central Europe (...), wszelkich praw umożliwiających [...] wywieranie jakiegokolwiek wpływu na [spółkę] Złote Tarasy (...) lub na działalność centrum handlowego Złote Tarasy [w Warszawie]”⁴⁰², „trwałym i nieodwracalnym wyzbyciem się przez FMC praw do [4] stacji dializ”⁴⁰³, „trwałym wyzbyciem się przez UPC (...) części sieci należącej do Aster”⁴⁰⁴ czy „trwałym i nieodwracalnym wyzbyciem się przez Eurocash wszelkich praw (...) do [12] hurtowni należących do firmy Tradis”⁴⁰⁵. W żadnej z tych decyzji Prezes UOKiK nie wyjaśnił jednak co rozumie pod pojęciem „trwałego i nieodwracalnego wyzbycia się praw do określonych aktywów”. Jednakże trudno sądzić, żeby ów wymóg nieodwracalności był przez niego rozumiany inaczej niż zdefiniowana przez KE „klauzula zakazu ponownego nabycia” w Zawiadomieniu w sprawie środków zaradczych z 2008 r. Może o tym świadczyć np. argumentacja służąca Prezesowi UOKiK do odrzucenia wstępnych warunków zbycia aktywów zaproponowanych przez przejmującego kontrolę w koncentracji w sprawie *Agros Nova/Kotlin*⁴⁰⁶.

³⁹⁸ Tamże, *in fine*.

³⁹⁹ Warunek ten nie został wykonany w terminie, za co Prezes UOKiK nałożył na JMD karę pieniężną decyzją z 28.08.2009 r., Nr DOK-58/2009, utrzymaną w mocy wyrokiem SOKiK z 21.06.2010 r. w sprawie XVII AmA 81/09 *Jeronimo Martins Dystrybucja*.

⁴⁰⁰ Tamże.

⁴⁰¹ Decyzja Prezesa UOKiK z 25.02.2009 r., Nr DKK-9/09 *Agros Nova/Kotlin*.

⁴⁰² Decyzja Prezesa UOKiK z 12.07.2010 r., Nr DKK-64/10 *Rodamco/Simon Ivanhoe*.

⁴⁰³ Decyzja Prezesa UOKiK z 28.06.2011 r., Nr DKK-70/11 *FMC/Eurodial*.

⁴⁰⁴ Decyzja Prezesa UOKiK z 5.09.2011 r., Nr DKK-101/11 *UPC/Aster*.

⁴⁰⁵ Decyzja Prezesa UOKiK z 27.10.2011 r., Nr DKK-128/2011 *Eurocash/Tradis*.

⁴⁰⁶ Decyzja Prezesa UOKiK z 25.02.2009 r., Nr DKK-9/09 *Agros Nova/Kotlin*, s. 41.

3.2. Inne warunki strukturalne

3.2.1. Ogólnie

Nawet jeśli zbycie przedsiębiorstwa stanowi zdecydowanie dominujący warunek strukturalny, modyfikujący zamierzoną koncentrację, to jednak w wielu porządkach prawnych przewiduje się i niekiedy stosuje także **inne modyfikacyjne warunki strukturalne** lub warunki, których istota jest na tyle złożona, że uważa się je za **warunki mieszane** lub **strukturalno-behawioralne**.

Inne – niż zbycie przedsiębiorstwa – modyfikacyjne środki zaradcze są stosowane w państwach pozaeuropejskich zdecydowanie rzadziej (tak jest, m.in. w USA i w Kanadzie); w większości z tych państw nie są to jednak kwestie regulowane normatywnie. Tylko japońskie Wytyczne w sprawie koncentracji wyraźnie wskazują, że do preferowanych środków zaradczych należy m.in. zaprzestanie relacji biznesowych/kapitałowych z innymi podmiotami, a jeżeli nie jest to możliwe to, alternatywnie, rozwiązanie długoterminowych umów zaopatrzenia. W trakcie formalnych procedur wysłuchania, zgłoszone i nałożone zostały w Japonii w ostatnich latach środki zaradcze, takie jak m.in. likwidacja pokrywania się członkostwa w organach kierowniczych spółek (*interlocking directors*), udzielenie licencji technologicznej konkurentowi, kontynuacja produkcji pewnych produktów konkurenta. W praktyce RPA wiele koncentracji zostało dopuszczonych przez Trybunał pod warunkiem zapobieżenia zamknięciu rynku czy odmowy zaopatrzenia (*refuse custom*).

Inne modyfikacyjne warunki strukturalne są natomiast szeroko stosowane w porządkach prawnych UE oraz jej państw członkowskich. W Zawiadomieniu KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r. Komisja Europejska wprost zalicza do tej kategorii **środki służące usunięciu powiązań z konkurentami** uczestników koncentracji⁴⁰⁷ oraz **inne środki zaradcze wywołujące skutki o charakterze strukturalnym**, o ile skutki te będą co najmniej równoważne skutkom zbycia⁴⁰⁸. W tej drugiej kategorii w grę wchodzi w szczególności: **udzielanie dostępu do ważnej infrastruktury lub środków materialnych i niematerialnych** umożliwiających działalność na niedyskryminacyjnych zasadach⁴⁰⁹ oraz **zmiana długoterminowych umów na wyłączność**⁴¹⁰.

⁴⁰⁷ Zobowiązanie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 58–60.

⁴⁰⁸ Tamże, pkt 17 i 61.

⁴⁰⁹ Tamże, pkt 62–66.

⁴¹⁰ Tamże, pkt 67–68.

Inne środki strukturalne – poza zbyciem przedsiębiorstwa – dopuszczalne i stosowane są także w wielu „starych” państwach członkowskich UE. Tak jest np. w Wielkiej Brytanii. W praktyce niemieckiej skuteczne okazały się różne środki strukturalne, które przyspieszyły (*bolster*) liberalizację wcześniej zamkniętych rynków energetycznych⁴¹¹. Francuskie wytyczne w sprawie koncentracji wymieniają wśród innych środków strukturalnych, m.in. likwidację powiązań strukturalnych między konkurentami i tworzenie nowych zdolności produkcyjnych⁴¹², ale też transfer umów, sprzedaż lub rezygnację ze znaków towarowych oraz utrzymanie sieci dystrybucyjnej⁴¹³. Na ustawowej niewyłączonej liście środków zaradczych w Danii znajdują się, m.in. udzielenie stronie trzeciej dostępu do posiadanych zasobów oraz podjęcie innych (a więc ewentualnie także strukturalnych) środków służących rozwojowi konkurencji⁴¹⁴. We Włoszech w grę wchodzi, m.in. zobowiązania do redukcji potencjału produkcyjnego, redukcja zakresu przejęcia, transfer znaku firmowego i innych praw własności intelektualnej oraz zezwolenie na dostęp strony trzeciej do infrastruktury lub informacji⁴¹⁵. Także w Norwegii, gdy nie ma skutecznych środków behawioralnych lub środki takie byłyby bardziej utrudniające dla przedsiębiorstw, możliwe jest np. zapewnienie dostępu na zasadach niedyskryminacyjnych⁴¹⁶.

Inne – niż zbycie przedsiębiorstwa – modyfikacyjne środki strukturalne mogą być stosowane również w „nowych” państwach członkowskich UE. W Bułgarii Komisja Ochrony Konkurencji nakładała kilkakrotnie warunki takie jak: zachowanie pewnych kanałów dystrybucji przez określony czas po dokonaniu koncentracji, zapewnienie konsumentom lub konkurentom łatwego dostępu do określonych urządzeń kluczowych czy zapewnienie klientom kontynuacji dostępu do pewnych usług niepowiązanych⁴¹⁷. W Czechach wśród zastosowanych w praktyce środków zaradczych były, m.in., uchylenie wszelkich klauzul wyłącznych, ułatwiający wejście na rynek nowych spółkom przez zapewnienie dostępu do własnej infrastruktury, rozwiązanie lub modyfikacja porozumienia sprzecznego z regułami konkurencji lub interesami

⁴¹¹ Zob. H. Bergmann, F. Röhling, *Germany* [w:] *Merger Control 2008*, s. 149.

⁴¹² Takie trzy grupy środków strukturalnych wymieniają francuskie Wytyczne w sprawie koncentracji; zob. pkt 531–548, s. 136–139.

⁴¹³ Zob. L. Vogel, J. Vogel, *France* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 117.

⁴¹⁴ Art. 12e ust. 2 duńskiej ustawy o ochronie konkurencji z 2007 r.

⁴¹⁵ Zob. R. Caiazzo, *Italy* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 21: March 2011, s. 30-46–30-47.

⁴¹⁶ Zob. B. Sundet, H. Stemshaug, *Norway* [w:] *Merger Control 2008*, s. 267.

⁴¹⁷ Zob. N. Gouginski, A. Petrow, *Bulgaria* [w:] *Merger Control 2008*, GCR, s. 73.

konsumentów⁴¹⁸. W Rumunii stosowane są np. rozwiązanie umów o wyłącznej dystrybucji oraz dostęp do koniecznej infrastruktury lub kluczowych technologii w drodze licencji lub w inny sposób⁴¹⁹.

Jak już wskazano, prawodawca **polski** wymienił przykładowo trzy rodzaje środków zaradczych, z których dwa pierwsze pokrywają się z preferowanym i dominującym w praktyce strukturalnym warunkiem zbycia przedsiębiorstwa (art. 19 ust. 2 pkt 1 i 2 uokik z 2007 r. i art. 18 ust. 2 pkt 1 i 2 uokik z 2000 r.). Trzecim nazwanym przez polską ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów warunkiem strukturalnym jest „**udzielenie licencji praw wyłącznych konkurentowi**” (art. 19 ust. 2 pkt 3 uokik z 2007 r. i art. 18 ust. 2 pkt 3 uokik z 2000 r.).

3.2.2. Usunięcie powiązań z konkurentami

W państwach pozaeuropejskich tylko **japońskie** Wytyczne w sprawie koncentracji wyraźnie wskazują, że do preferowanych środków zaradczych należy m.in. zaprzestanie relacji biznesowych/kapitałowych z innymi podmiotami. W prawie i w praktyce unijnej **usunięcie powiązań z konkurentami** jest **innym** (niż zbycie przedsiębiorstwa) **warunkiem modyfikacyjnym**, nazwanym przez Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r. Zdaniem KE dla przecięcia strukturalnych powiązań z silnym konkurentem, konieczne jest często **zbycie udziałów mniejszościowych** we wspólnym przedsiębiorstwie⁴²⁰ lub w konkurencyjnym podmiocie⁴²¹. Wyjątkowo jest ona gotowa zatwierdzić także **całkowite i trwałe zrzeczenie się wszelkich praw** (np. reprezentacji w zarządzie, prawa weta i prawa do informacji) **związanych z udziałami mniejszościowymi**⁴²². Jeżeli problemy w zakresie konkurencji wynikają z umów z firmami dostarczającymi te same towary, odpowiednim środkiem zaradczym mogłoby być **rozwiązanie** danej **umowy** dystrybucyjnej z konkurentami lub umowy, której wynikiem jest uzgadnianie pewnych zachowań handlowych⁴²³. Ten rodzaj strukturalnego środka modyfikacyjnego jest przewidywany i stosowany także w tych państwach członkowskich UE, które wzorują swoje porządki prawne kontroli koncentracji na rozwiązaniach unijnych; tak jest np. we Francji, gdzie Wytyczne wprost

⁴¹⁸ Zob. M. Nedelka, R. Kubáč, *Czech Republic* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 85; A. Bányaiová, *Czech Republic* [w:] *Merger Control 2008*, s. 108.

⁴¹⁹ Zob. M. Rădulescu, F. Urllesberger, *Romania* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 255; A.I. Ioachimesu, *Romania* [w:] *Merger Control 2008*, s. 285.

⁴²⁰ Zobowiązanie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 58.

⁴²¹ Tamże.

⁴²² Tamże, pkt 59.

⁴²³ Tamże, pkt 60.

przewidują możliwość zaproponowania likwidacji powiązań strukturalnych między konkurentami.

Artykuł 19 ust. 2 uokik z 2007 r. (analogicznie art. 18 ust. 2 uokik z 2000 r.) nie przewiduje warunku modyfikującego, którego istotą jest **usunięcie powiązań z konkurentami**. Żadna z decyzji zezwalających na warunkowe dokonanie koncentracji nie zawierała takiego środka. Wobec otwartego katalogu warunków, o których mowa w art. 19 ust. 2, nic nie stoi jednak na przeszkodzie by został on zastosowany w sytuacji gdy powiązania takie przyczyniałyby się do powstania problemów w zakresie konkurencji. Prezes UOKiK mógłby nakazać np. zbycie udziałów mniejszościowych we wspólnym przedsiębiorstwie lub w konkurencyjnym przedsiębiorstwie albo nawet całkowite i trwałe zrzeczenie się wszelkich praw związanych z udziałami mniejszościowymi⁴²⁴, a także rozwiązanie umowy dystrybucyjnej z konkurentami lub umowy, której wynikiem jest uzgadnianie pewnych zachowań handlowych⁴²⁵.

3.2.3. Udzielenie niedyskryminacyjnego dostępu do infrastruktury

Jak wynika z przeprowadzonych analiz udzielenie niedyskryminacyjnego dostępu do infrastruktury nie jest często stosowanym modyfikacyjnym środkiem zaradczym w państwach pozaeuropejskich. W prawie i w praktyce unijnej natomiast **udzielenie dostępu do ważnej infrastruktury lub środków materialnych i niematerialnych umożliwiających działalność na zasadach niedyskryminacyjnych** jest wręcz modyfikacyjnym warunkiem **nazwanym** przez Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r. Stosunkowo często proponowane są przez strony koncentracji i zatwierdzone przez KE środki zaradcze przewidujące **udzielenie dostępu do kluczowej infrastruktury**, sieci, ważnej technologii, w tym praw patentowych, *know-how* lub innych praw własności intelektualnej oraz do istotnych materiałów⁴²⁶. Zobowiązania umożliwiające dostęp do infrastruktury i sieci można nałożyć w celu ułatwienia konkurentom wejścia na rynek lub dla wykluczenia znaczących zakłóceń konkurencji na skutek zamknięcia dostępu do rynku. Obowiązek przyznania konkurentom dostępu do informacji koniecznych do interoperacyjności różnych urzędzeń może rozwiązać problemy w zakresie konkurencji wynikające ze sprawowania kontroli nad ważną technologią lub prawami własności intelektualnej lub przemysłowej. Zobowiązania te mają często złożony charakter i dlatego muszą zawierać wymogi proceduralne

⁴²⁴ Tamże, pkt 58–59.

⁴²⁵ Tamże, pkt 60.

⁴²⁶ Tamże, pkt 62.

i środki konieczne do ich monitorowania⁴²⁷. Tzw. środki dostępne (*access remedies*) stanowiły ok. 10% warunków strukturalnych w UE wcześniej⁴²⁸; są także obecne w najnowszej praktyce decyzyjnej Komisji Europejskiej. Zobowiązania dostępne, w tym w szczególności uwolnienie slotów (*slot release*) w celu umożliwienia wejścia na trasy przelotowe między wskazanymi portami lotniczymi nowych przewoźników, występują w wielu decyzjach wyrażających zgodę na koncentracje w sektorze transportu lotniczego⁴²⁹; jednym z powodów zakazu koncentracji *Olympic/Aegean Airlines* był brak szans na te nowe wejścia⁴³⁰. Podobnym celem (zapewnieniu równoprawnego dostępu do zdolności przewozowych) służy warunek polegający na zawarciu porozumienia przewozowego (*Space Charter Agreement*) z konkurentami uczestników koncentracji, działającymi na rynku przewozów morskich typu Ro-Ro i Ro-Pax na szlakach między Wielką Brytanią a Danią⁴³¹. Dostęp do praw własności intelektualnej został zapewniony w warunkowej zgodzie na dokonanie koncentracji *Cisco/Tandberg*; Cisco zobowiązało się mianowicie: (1) udzielić każdej zainteresowanej stronie trzeciej bezpłatnej licencji na korzystanie z jakiegokolwiek obecnego lub przyszłego patentu koniecznego dla oferowania TIP (software dla wideokonferencji internetowych) oraz (2) zapewnić konkurentom uczestników koncentracji kompatybilność (interoperacyjność) także updatowanych wersji protokołu TIP wypracowanego przez Cisco dla jego rozwiązań wideokonferencyjnych⁴³².

Ten rodzaj strukturalnego środka modyfikacyjnego jest przewidywany i stosowany także w tych państwach członkowskich UE, które wzorują swoje

⁴²⁷ Zobowiązanie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 63–66; wyroki SPI w sprawach: T-158/00 *ARD v. Komisja* (Zb. Orz. 2003, s. II-3825), pkt 212, 295, 352; T-177/04 *easyJet v. Komisja* (Zb. Orz. 2006, s. II-193), pkt 186, 188, 197 i d.; T-87/05 *EDP v. Komisja* (Zb. Orz. 2005, II-3745), pkt 102 i d.

⁴²⁸ *Merger Remedies Study*, EC DG COMP, 2005, s. 116 i d.

⁴²⁹ W ostatnim okresie warunki takie przyjęto w: decyzji KE z 30.03.2012 r. w sprawie COMP/M.6447 *LAG/bmi*, Brussels, 30.03.2012 C(2012) 2320, pkt 634 i d., s. 146 i d.; decyzji z 28.08.2009 r. w sprawie COMP/M.5440 *Lufthansa/Austrian Airlines*, Brussels, 28.08.2009; decyzji z 22.06.2009 r., Brussels, 22.06.2009 C(2009) 4608 final, pkt 435 i d., s. 119 i d.

⁴³⁰ Zob. decyzję KE z 26.01.2011 r. w sprawie COMP/M.5830 *Olympic/Aegean Airlines*, Brussels, 26.01.2011, C(2011) 316 final, pkt 2235 i 2237.

⁴³¹ Zob. decyzję KE z 17.06.2010 r. w sprawie COMP/M.5756 *DFDS/Norfolk*, Brussels, 17.06.2010, SG-Greffe(2010) D/8623 C(2010) 4253, pkt 75, s. 15.

⁴³² Zob. decyzję KE z 29.03.2010 r. w sprawie COMP/M.5669 *Cisco/Tandberg*, Brussels, SG-Greffe (2010) D/4502 C(2012) 2217, pkt. 157–163, s. 31–34; zob. także G. Fejes, *Acquisition of Tandberg by Cisco: approval of merger in the market of video conferencing solutions, subject to conditions (combined behavioral and structural remedies)*, *Journal of European Competition Law & Practice* 2010, 1(4), s. 372 i d.

porządki prawne kontroli koncentracji na rozwiązaniach unijnych. Na ustawowej niewyłącznej liście środków zaradczych w Danii znajduje się, m.in. udzielenie stronie trzeciej dostępu do posiadanych zasobów⁴³³. Także we Włoszech w grę wchodzi, m.in. zezwolenie na dostęp strony trzeciej do infrastruktury lub informacji⁴³⁴. Również w „nowych” państwach członkowskich UE środki takie mogą być stosowane. W Bułgarii Komisja Ochrony Konkurencji nakładała warunek polegający na zapewnieniu konsumentom lub konkurentom łatwego (*at arm's-length*) dostępu do określonych urządzeń kluczowych⁴³⁵. W Czechach wśród zastosowanych w praktyce środków zaradczych były m.in. środki ułatwiające wejście na rynek nowym spółkom przez zapewnienie dostępu do własnej infrastruktury a w Rumunii dostęp do koniecznej infrastruktury lub kluczowych technologii w drodze licencji lub w inny sposób.

Artykuł 19 ust. 2 uokik z 2007 r. (analogicznie art. 18 ust. 2 z uokik z 2000 r.) nie przewiduje warunku modyfikującego, którego istotą jest **udzielenie niedyskryminacyjnego dostępu do infrastruktury**. Także żadna z decyzji zezwalających na warunkowe dokonanie koncentracji nie zawierała takiego środka. Również w tym przypadku nic nie stoi na przeszkodzie jego zastosowania. Prezes UOKiK może np. nałożyć na przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji różne **warunki związane z dostępem** do infrastruktury, sieci, ważnej technologii, w tym praw patentowych, *know-how* lub innych praw własności intelektualnej oraz do istotnych materiałów⁴³⁶.

3.2.4. Rozwiązanie lub zmiana długoterminowych umów na wyłączność

Spośród państw pozaeuropejskich tylko japońskie Wytyczne w sprawie koncentracji wyraźnie wskazują, że do preferowanych środków zaradczych należy, m.in. zaprzestanie relacji biznesowych (kapitałowych) z innymi podmiotami, a jeżeli nie jest to możliwe to, alternatywnie, rozwiązanie długoterminowych umów zaopatrzenia. W prawie i praktyce unijnej **rozwiązanie** danej **umowy** dystrybucyjnej z konkurentami lub umowy, której wynikiem jest uzgadnianie pewnych zachowań handlowych jest kolejnym **nazwanym warunkiem modyfikacyjnym** (innym niż zbycie przedsiębiorstwa)⁴³⁷. Jeżeli bowiem problemy w zakresie konkurencji wynikają z umów z firmami

⁴³³ Art. 12e ust. 2 duńskiej ustawy o ochronie konkurencji z 2007 r.

⁴³⁴ Zob. R. Caiazza, *Italy* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 21: March 2011, s. 30-46-30-47.

⁴³⁵ Zob. N. Gouginski, A. Petrow, *Bulgaria* [w:] *Merger Control 2008*, s. 73.

⁴³⁶ Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 62-65.

⁴³⁷ Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 60.

dostarczającymi te same towary to skuteczne może okazać się **rozwiązanie lub zmiana długoterminowych umów na wyłączność**. Takie umowy mogą bowiem pozbawiać konkurencję na rynku wyższego stopnia dostępu do materiałów lub na rynku niższego stopnia dostępu do klientów⁴³⁸. Także ten rodzaj strukturalnego środka modyfikacyjnego przewidywany i stosowany jest także w tych państwach członkowskich UE, które wzorują swoje porządki prawne kontroli koncentracji na rozwiązaniach unijnych; tak jest np. **we Francji**, gdzie można zaproponować strukturalne środki zaradcze takie jak transfer umów. Także w „nowych” państwach członkowskich UE środki takie są stosowane. W Czechach wśród zastosowanych w praktyce środków zaradczych były, m.in. rozwiązanie lub modyfikacja porozumienia sprzecznego z regułami konkurencji lub interesami konsumentów; rozwiązanie umów o wyłącznej dystrybucji występuje też w Rumunii, na Węgrzech, na Słowacji i w Słowenii.

Artykuł 19 ust. 2 uokik z 2007 r. (analogicznie art. 18 ust. 2 z uokik z 2000 r.) nie przewiduje warunku modyfikującego, którego istotą jest **rozwiązanie lub zmiana długoterminowych umów na wyłączność**. Środka takiego nie zawierała też żadna z dotychczasowych zgód warunkowych. Tylko przykładowe wymienienie warunków, od których może być uzależniona zgoda na dokonanie koncentracji sprawia, że Prezes UOKiK może zastosować ten środek, jeżeli umowy te pozbawiają konkurencję dostępu do materiałów na rynkach zarówno wyższego, jak i niższego stopnia⁴³⁹.

3.2.5. Udzielenie licencji praw wyłącznych

Jak wynika wprost z japońskich Wytycznych w sprawie koncentracji zgłaszanie w trakcie formalnych procedur wysłuchania i nakładania środków zaradczych, takich jak np. udzielenie licencji technologicznej konkurentowi, jest w pełni możliwe; w ostatnich latach miało też dosyć często miejsce. W prawie i w praktyce unijnej do innych strukturalnych warunków modyfikacyjnych można zaliczyć także **udzielenie licencji praw wyłącznych**, chociaż nie są to warunki nazwane w Zawiadomieniu KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r. Nie jest to zresztą warunek stosowany często w praktyce KE, jako że, jak się podkreśla w piśmiennictwie, KE preferuje sprzedaż praw własności intelektualnej niż udzielanie licencji do nich⁴⁴⁰. W „nowych” państwach członkowskich środek ten może być również stosowany. W Czechach wśród zastosowanych w praktyce środków zaradczych

⁴³⁸ Tamże, pkt 67–68.

⁴³⁹ Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 67–68.

⁴⁴⁰ Zob. Th. Hoehn, S. Rab, *UK Merger Remedies...*, s. 87.

były m.in. uchylenie wszelkich klauzul wyłącznych, ułatwiające wejście na rynek nowych spółek przez zapewnienie dostępu do własnej infrastruktury.

W **Polsce**, trzecim z warunków nazwanych, od których Prezes UOKiK może uzależnić wydanie zgody na dokonanie koncentracji, jest „udzielenie licencji praw wyłącznych konkurentowi” (art. 19 ust. 2 pkt 3 uokik z 2007 r. i art. 18 ust. 2 pkt 3 uokik z 2000 r.). Brzmienie tego przepisu nie przesądza, czy Prezes UOKiK może uzależnić zgodę na dokonanie koncentracji od udzielenia przymusowej licencji **wyłącznej czy niewyłącznej**. Z istoty warunków, o których mowa w tych przepisach (warunków modyfikacyjnych), wynika jednak, że będzie to raczej obowiązek **udzielenia licencji wyłącznej**⁴⁴¹.

Przedmiotem licencji przymusowej, o której mowa w art. 19 ust. 2 pkt 3 uokik z 2007 r. (analogicznie art. 18 ust. 2 pkt 3 uokik z 2000 r.), może być zarówno **prawo wyłączne**, które było **bezpośrednim przedmiotem transakcji** koncentracyjnej, jak i każde **inne** prawo wyłączne, **pozostające w rękach** jakiegokolwiek przedsiębiorcy wchodzącego w skład grupy kapitałowej przedsiębiorcy przejmującego kontrolę. Przepis ten nie obejmuje jednak sytuacji, w której „udzielenie licencji praw wyłącznych konkurentowi” skutkowałoby „wyzbyciem się kontroli nad określonym przedsiębiorcą lub przedsiębiorcami”; miałby wtedy zastosowanie przepis art. 19 ust. 2 pkt 2 uokik z 2007 r. (analogicznie art. 18 ust. 2 pkt 2 uokik z 2000 r.).

Przedmiotem licencji przymusowej jako warunku wydania zgody na dokonanie koncentracji mogą być **wszelkie prawa wyłączne**, o których mowa w art. 2 ust. 1 uokik z 2000 r. i z 2007 r., aczkolwiek będą to raczej prawa własności przemysłowej, w tym głównie **prawa do patentów** lub do znaków towarowych (np. obowiązek przyznania wyłącznej licencji na daną markę na określony czas w celu umożliwienia licencjodawcy zmiany marki produktu w przewidzianym terminie⁴⁴²).

Przepisy art. 19 ust. pkt 3 uokik z 2007 r. i art. 18 ust. 2 pkt 3 uokik z 2000 r. przesądzają, iż Prezes UOKiK może nakazać udzielenie licencji praw wyłącznych tylko **konkurentowi** uczestników koncentracji, tj. przedsiębiorcy, który wprowadza lub może wprowadzać albo nabywa lub może nabywać, w tym samym czasie towary na rynku właściwym (art. 4 pkt 13 uokik z 2000 r. lub art. 4 pkt 11 uokik z 2007 r.).

Prezes UOKiK może skorzystać z tego odrębnie wyróżnionego warunku wtedy, gdy stwierdzi, że zagrożenie dla konkurencji wynikające z zamierzonej koncentracji jest wynikiem pozycji rynkowej związanej z prawami własności intelektualnej lub przemysłowej, leżącymi u podstaw dominującej

⁴⁴¹ Tak samo Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 38.

⁴⁴² Tamże, pkt 39.

technologii. Ponieważ jednak udzielenie licencji wiąże się najczęściej z większą niepewnością (niż w przypadku sprzedaży przedsiębiorstwa), nie umożliwia licencjodawcy natychmiastowego konkurowania na rynku i wymaga bieżących kontaktów ze stronami, co może z kolei umożliwić licencjodawcy wywarcie wpływu na konkurencyjne zachowanie licencjodawcy⁴⁴³, jest raczej mało prawdopodobne, żeby środek ten był często stosowany; w każdym razie warunku tego – jako warunku odrębnego, nałożonego na podstawie art. 18 ust. 2 pkt 3 uokik z 2000 r. i art. 19 ust. 2 pkt 3 uokik z 2007 r. – jak dotychczas w Polsce nie zastosowano. Po środek ten Prezes UOKiK sięgnie zapewne tylko wtedy, gdy nie będzie możliwe nałożenie na uczestników zgłoszonej koncentracji warunku zbycia danego prawa wyłącznego jako składnika majątku (całego lub części przedsiębiorstwa) lub jako odrębnego aktywa (np. prawa do znaku towarowego) związanego z określoną działalnością.

4. Modyfikacyjne warunki behawioralne

Jak już wskazano, **modyfikacyjne warunki behawioralne** nie są raczej preferowane, ale są generalnie dopuszczalne. Rzadko stanowią one jednak samodzielne (odrębne) środki zaradcze (warunki *sensu stricte*). Częściej są tylko jednym z rodzajów środków modyfikacyjnych, przewidzianych w „pakiecie” środków zaradczych, mających zapobiec ograniczeniu konkurencji w wyniku dokonania zamierzonej koncentracji⁴⁴⁴. Behawioralne środki zaradcze polegają z reguły na zobowiązaniach, których celem jest zagwarantowanie, że konkurenci dysponować będą przestrzenią do konkurowania przy zakupie lub korzystaniu z kluczowych aktywów, inputs lub technologii, będących własnością lub w posiadaniu łączących się stron⁴⁴⁵. Tak jest głównie wtedy, gdy podmioty dokonujące koncentracji są wertykalnie zintegrowane. Gdy tak jest, przez powiązanie pozycji na rynkach wyższego i niższego szczebla, firmy mogą być zdolne do zamknięcia dostępu do istniejących lub przyszłych konkurentów na obu szczeblach wertykalnego łańcucha⁴⁴⁶. W konsekwencji, behawioralne środki zaradcze mają zastosowanie zwłaszcza w sprawach koncentracji o skutkach wertykalnych lub konglomeratowych.

⁴⁴³ Tamże, pkt 38.

⁴⁴⁴ Zob. wyżej pkt 3.1 niniejszego rozdziału.

⁴⁴⁵ Zob. M. Motta, *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge 2004, s. 268; M. Motta, M. Polo, H. Vasconcelos, *Merger remedies in the European Union...*, s. 619.

⁴⁴⁶ Zob. M. Motta, M. Polo, H. Vasconcelos, *Merger remedies in the European Union...*, s. 619.

Najogólniej rzecz biorąc, jako modyfikacyjne **warunki behawioralne** rozumie się powszechnie **zobowiązania** stron transakcji **do podjęcia pewnych** (określonych) **działań lub zaniechań** (*undertakings to behave in a particular way*)⁴⁴⁷ czy określonych zachowań (*contract commitments*) **w przyszłości**. Są zatem **dwie charakterystyczne cechy** tych warunków: ich **behawioralny** (a nie strukturalny) **charakter**, wyrażający się w tym, że nie dotyczą one bezpośrednio struktury rynku, oraz to, że ich **realizacja** następuje, co do zasady, **po dokonaniu koncentracji**. W praktyce bywa niekiedy inaczej. Są bowiem takie środki, które pośrednio dotyczą jednak struktury rynku. Nie można też wykluczyć, że strony transakcji zaproponują podjęcie określonego działania jeszcze w trakcie postępowania w sprawie koncentracji, co umożliwi nowe wejścia (potencjalną konkurencję), w wyniku czego radykalnej zmianie ulegnie ocena skutków zamierzonej i zgłoszonej koncentracji dla konkurencji na rynkach, na które wywiera ona wpływ. W takiej sytuacji organ ochrony konkurencji nie musi jednak sięgać po instytucję zgody warunkowej; może wydać bezwarunkową zgodę na dokonanie badanej koncentracji.

Jak wskazano wyżej, nie da się przeprowadzić ostrej granicy między warunkami strukturalnymi i behawioralnymi, stąd mówi się często o środkach zaradczych o charakterze strukturalno-behawioralnym lub mieszanym. Jednak nawet kategoria środków behawioralnych nie jest wewnętrznie jednolita; wymienia się różne rodzaje tych środków. **Dwa rodzaje** modyfikacyjnych środków behawioralnych wyróżniają Parker & Balto (środki behawioralne i uzgodnienia kontraktowe) oraz G. Monti⁴⁴⁸, który wskazuje środki behawioralne wymagające od podmiotu powstającego na skutek koncentracji, żeby (1) współpracował z konkurentami, w celu zapewnienia stałej presji innym uczestnikom⁴⁴⁹ oraz (2) odstąpił od umów, które mogą zamykać dostęp do rynku. Także A. Lindsay wyróżnia wśród behawioralnych

⁴⁴⁷ Por. C.J. Cook, C.S. Kerse, *EC Merger Control*, 2009, s. 284.

⁴⁴⁸ *EC Competition Law*, Cambridge 2007, s. 286 i 289.

⁴⁴⁹ Występują one najbardziej powszechnie. G. Monti (tamże), wymienia cztery przykładowe sprawy: (a) *Ciba-Geigy/Sandoz* (decyzja KE z 17.07.1996 r. w sprawie IV/M.737 *Ciba-Geigy/Sandoz*; Dz. Urz. UE 1997 L 201/1) – udzielenie licencji konkurentowi na kluczowe składniki; (b) *Piaggio/Aprilia* (decyzja KE z 22.11.2004 r. w sprawie COMP/M.3570 *Piaggio/Aprilia*; Bruxelles, 22.11.2004. SG-Greffe(2004) D/205333); zob. także M. Todino, *First experiences with the new merger regulation: Piaggio/Aprilia*, Competition Policy Newsletter Number 1 – Spring 2005) – szeroko zakrojone środki dostępu; (c) *Vivendi/Canal+/Segram* (decyzja KE z 13.10.2000 r. w sprawie COMP/M.2050 *Vivendi/Canal+/Segram*, Brussels, 13.10.2000. SG(2000) D/107536) – podobnie szerokie środki dostępu; (d) *Newscorp/Telepiù* (decyzja KE z 2.04.2003 r. w sprawie COMP/M.2876 *Newscorp/Telepiù*, Brussels, 2.04.2003. C(2003)1082 final) – środki mające zniwelować władzę zakupową oraz dać dostęp do *set-top box-technology*.

środków zaradczych warunki odnoszące się do „zachowań” (*conduct*), czyli ciągłych działań rynkowych przedsiębiorstw, oraz warunki „quasi-strukturalne”, które obejmują pojedyncze zachowanie, które może być uznane za równoważne z warunkami strukturalnymi w kontekście skutków dla zmiany struktury rynku; przykładem takiego warunku jest np. udzielenie licencji wyłącznej⁴⁵⁰.

Wspólne dla tych środków jest to, że są one projektowane w celu wzmocnienia obecności na rynku jednego lub większej ilości konkurentów; innymi słowy, osiągają one ten sam efekt, co środki strukturalne⁴⁵¹. Motta⁴⁵² dzieli kategorię środków behawioralnych na **trzy rodzaje**: (1) środki **czysto behawioralne** (*purely behaviour*)⁴⁵³, (2) **kontraktowe** (*contractual type*) oraz (3) **wertykalne ściany ogniowe** (*vertical firewalls*). Środki kontraktowe są to środki quasi-strukturalne, np. zobowiązanie się łączących się stron do licencjonowania określonej technologii konkurentom lub zobowiązanie się łączących się stron do rezygnacji lub ograniczenia części lub całości długoterminowych umów na wyłączność korzystania z kluczowych aktywów⁴⁵⁴. Wertykalne ściany ogniowe służą eliminacji wymiany informacji o konkurentach w zintegrowanej wertykalnie firmie (*non-disclosure provisions*). Jak się wydaje, najbardziej typowymi **modyfikacyjnymi warunkami behawioralnymi** są środki zaradcze, których istotą są **zobowiązania** uczestnika lub uczestników koncentracji do **nienadużywania zwiększonej siły rynkowej** wynikającej z koncentracji. Zobowiązania te mogą polegać na deklaracji niepodwyższania cen lub kontynuowania dostaw dla konkurentów na zasadach niedyskryminacyjnych po dokonaniu koncentracji⁴⁵⁵.

Istnieje **wiele przyczyn** uzasadniających stosowanie modyfikacyjnych środków behawioralnych. Po pierwsze, w przypadku określonej koncentracji nie jest możliwe zastosowanie środków czysto strukturalnych (zbycia przedsiębiorstwa). Po drugie, środki te są bardziej odpowiednie w sprawach, w których dochodzi do powstania kolektywnej pozycji dominującej⁴⁵⁶.

⁴⁵⁰ Por. A. Lindsay, *The EC Merger Regulation...*, s. 571.

⁴⁵¹ Por. G. Monti, *EC Competition Law*, s. 289.

⁴⁵² Motta, *Competition Policy...*, s. 268–269; zob. także M. Motta, M. Polo, H. Vasconcelos, *Merger remedies in the European Union...*, s. 619–623.

⁴⁵³ Tak było np. w sprawie *Vivendi/Canal +/Seagram* (decyzja KE z 13.10.2000 r. w sprawie COMP/M.2050 *Vivendi/Canal+/Seagram*, Brussels, 13.10.2000. SG(2000) D/107536).

⁴⁵⁴ Tak było np. w sprawie *Astra/Zeneca* (decyzja KE z 26.02.1999 r. w sprawie COMP/M.1403 *Astra/Zeneca*; Brussels, 26.02.1999 r – public version).

⁴⁵⁵ Por. Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, s. 519.

⁴⁵⁶ Tak było np. w sprawach: *Salz/Md/Treuhand* (decyzja KE w sprawie IV/M.308 *Kali und Salz/MDK Treuhand*; Dz. Urz. WE 2004 L 110/73); *GE/Honeywell* (decyzja KE z 3.07.2001 r. w sprawie COMP/M.2220 *GE/Honeywell*; <http://ec.europa.eu/competition/>

Znalazło to swoje potwierdzenie w wyroku w sprawie *Tetra Laval*, w którym ETS negatywnie ocenił stanowisko KE wobec zaoferowanych przez strony zobowiązań odstąpienia od pewnych zachowań handlowych (*commercial behaviours*) – konkretnie wiązania produktów – jako wymagających monitorowania czystych obietnic⁴⁵⁷.

Jak się powszechnie uważa, stosowanie modyfikacyjnych warunków behawioralnych rzeczywiście rodzi liczne **niedogodności i ryzyka**, co sprawia, że w większości porządków prawnych kontroli koncentracji preferuje się środki strukturalne; wskazuje na nie w literaturze np. Motta⁴⁵⁸. Po pierwsze, o czym była już mowa wyżej, środki behawioralne wymagają bieżącego monitorowania (np. żądania składania regularnych raportów, prezentujących jak postępuje proces realizacji środków) lub regulacji, a w konsekwencji angażują poważne zasoby organu ochrony konkurencji przez długi czas po dokonaniu koncentracji. Organy te mogą oczywiście zredukować koszty monitorowania i to na dwa sposoby: przez wymaganie od stron zawarcia porozumienia arbitrażowego (*arbitration agreement*), w wyniku którego działalność powstałego podmiotu jest monitorowana przez beneficjenta zgody warunkowej⁴⁵⁹, lub przez upoważnienie krajowego organu regulacyjnego do monitorowania realizacji zobowiązań po dokonaniu koncentracji⁴⁶⁰. Szczególnie środki takie jak zobowiązanie firm do niedyskryminacyjnych działań czy ustanowienia zapór ogniowych, powinny być stosowane głównie wtedy, gdy dotyczą firm, które podlegają regulatorom sektorowym; regulatorzy ci powinni być zaangażowani w ustalanie tych środków tak wcześnie jak to tylko jest możliwe⁴⁶¹. Po drugie, uważa się, że z uwagi na asymetrię informacji (wiedzy) o sektorze, środki behawioralne można łatwiej obejść niż strukturalne. Po trzecie, środki behawioralne, które mają na celu ułatwienie wejścia na rynek przez zapewnienie konkurentom dostępu do kluczowej technologii, mogą wymagać przejściowej kooperacji w okresie przyswajania technologii.

mergers/cases/decisions/m2220_en.pdf); *Tetra Laval/Siedel* (decyzja KE z 13.01.2003 r. w sprawie COMP/M. 2416 *Tetra Laval/Siedel*; Brussels, 13.01.2003 r. SG(2003) D/228082).

⁴⁵⁷ Por. A. Jones, B. Sufirin, *EC Competition Law*, s. 1083.

⁴⁵⁸ *Competition Policy...*, s. 269–270; zob. także M. Motta, M. Polo, H. Vasconcelos, *Merger remedies in the European Union...*, s. 623.

⁴⁵⁹ Por. G. Monti, *EC Competition Law*, s. 289; zob. też sprawę *Piaggio/Aprilia* (decyzja KE z 22.11.2004 r. w sprawie COMP/M.3570 *Piaggio/Aprilia*; Bruxelles, 22.11.2004 r. SG-Greffe(2004) D/205333).

⁴⁶⁰ Por. G. Monti, *EC Competition Law*, s. 289; zob. też sprawę *Newscorp/Telepiù* (decyzja KE z 13.10.2000 r. w sprawie COMP/M.2050 *Vivendi/Canal+/Segram*, Brussels, 13.10.2000 r. SG(2000) D/107536).

⁴⁶¹ Por. M. Motta, M. Polo, H. Vasconcelos, *Merger remedies in the European Union...*, s. 625–626.

W większości badanych porządków prawnych kontroli koncentracji, środki behawioralne są z reguły dopuszczalne (niekiedy nawet przez prawodawców), ale w żadnym razie nie są preferowane przez organy ochrony konkurencji, chociaż niekiedy są w praktyce decyzyjnej organów szeroko stosowane (czasem nawet dominujące).

Jak już wskazano wyżej, środki behawioralne są stosowane w USA raczej rzadko, a środki o charakterze czysto behawioralnym – tylko w bardzo wyjątkowych okolicznościach. Federalna Komisja Handlu używa środków behawioralnych takich jak zaporę ogniową (*firewalls*) czy wymóg niedyskryminacji, w szczególności dla zaradzenia wertykalnym zagrożeniom dla konkurencji. Tak było np. w sprawie *Time Warner/Turner*, gdzie Komisja zastosowała szeroką różnorodność środków behawioralnych⁴⁶².

Także w pozostałych badanych państwach pozaeuropejskich środki behawioralne są dopuszczalne, ale rzadko stosowane. Dopuszcza się je np. w Kanadzie, Brazylii⁴⁶³ i Japonii. W Japonii, jeżeli zastosowanie środków strukturalnych nie jest możliwe, strony mogą podjąć środki drugorzędne (*secondary remedies*), polegające np. na promocji importu lub nowych wejść na dany rynek czy na podwyższeniu samodzielności każdego przedsiębiorstwa, jak np. stworzenie blokady przepływu informacji (*firewall information*) czy zakazu nabywania surowców od sprzedawców komunalnych⁴⁶⁴.

Behawioralne środki zaradcze mają swoje miejsce także w prawie i w praktyce kontroli koncentracji w UE. Wprawdzie początkowo KE była wobec nich bardzo sceptyczna, musiała jednak stosunkowo wcześniej zaakceptować przynajmniej neutralne nastawienie sądów unijnych do tego rodzaju środków zaradczych. Już w wyroku w sprawie *Gencor SPI*, chociaż generalnie potwierdził preferencję dla czystych środków strukturalnych (zbycia), to jednak wskazał też, że „nie można automatycznie wykluczyć możliwości, że zobowiązania, które *prima facie* są behawioralne, np. niekorzystanie przez pewien okres ze znaku towarowego lub udostępnienie konkurującej stronie trzeciej części zdolności produkcyjnych powstałych w wyniku koncentracji lub, bardziej generalnie, udzielenie dostępu do urządzeń kluczowych na niedyskryminacyjnych warunkach, mogą mimo to być zdolne zapobiegać powstaniu lub umocnieniu pozycji dominującej”⁴⁶⁵. W wyroku w sprawie *ARD SPI* określił, że zobowiązania behawioralne mogą być akceptowane

⁴⁶² Por. R.G. Parker & D.A. Balto, *The Evolving Approach to Merger Remedies*, s. 7.

⁴⁶³ Zob. J. Regazini, M. Calliari, *Brazil* [w:] *Merger Control 2008*, s. 68.

⁴⁶⁴ Zob. Uesugi, K. Yamada, *Japan* [w:] *Merger Control 2008*, s. 206.

⁴⁶⁵ Zob. wyrok SPI w sprawie T-102/96 *Gencor v. KE* (Zb. Orz. 1999 s. II-753), pkt 313–320. Stanowisko to SPI podtrzymał w wyrokach w sprawie T-158/00 *ARD v. KE* (Zb. Orz. 2003, s. II-3825), pkt 193, oraz w sprawie C-13/02 P *KE v. Tetra Laval*.

zwłaszcza wtedy, gdy „mają efekt strukturalny lub tworzą skuteczną zaporę dla władzy rynkowej połączonego podmiotu”. Sąd wskazał m.in., że zobowiązanie do udzielenia licencji technologii lub praw własności intelektualnej określonym konkurentom lub zawarcie porozumień o dostępie lub dostawach może być traktowane jako strukturalne, gdy skutkuje transferem aktywów niematerialnych lub udzieleniem dostępu do rynku jednej lub wielu stronom trzecim⁴⁶⁶. Takie stanowisko sądów unijnych zostało ostatecznie potwierdzone w wyroku ETS w sprawie *Tetra Laval*, w którym Trybunał przyznał rację SPI, że KE zbyt wąsko zinterpretowała wyrok w sprawie *Gencor*, powinna bowiem była rozważyć zobowiązania behawioralne przedłożone przez Tetra Laval (nieangażowania się w zachowania abuzywne – potraktowane przez KE jako „czysto behawioralne”, a więc nie mogące odtworzyć struktury konkurencji), w szczególności ze względu na to, że z racji konglomeratowej istoty badanej koncentracji w tej sprawie konkurencja zagrożona była możliwością przeniesienia władzy rynkowej na inne rynki (*leveraging*)⁴⁶⁷. Jak się podkreśla w literaturze, nawet zobowiązanie do nienadużywania pozycji dominującej, chociaż nie służy odtworzeniu konkurencji, może być rozważane jako dopuszczalny środek behawioralny.

Jak wynika z Zawiadomienia KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r.⁴⁶⁸, Komisja obecnie przyznaje, że zobowiązania dotyczące przyszełego zachowania podmiotu po dokonaniu koncentracji (tzw. **zobowiązania behawioralne**) mogą prowadzić do eliminacji zagrożeń dla konkurencji, ale „mogą być zatwierdzone tylko wyjątkowo, w bardzo szczególnych okolicznościach” (np. w związku z konglomeratowym efektem koncentracji)⁴⁶⁹. Zdaniem KE w szczególności zobowiązania przedsiębiorstw do niepodnoszenia cen, ograniczenia asortymentu produktów lub usunięcia z rynku określonych marek, zasadniczo nie wyeliminują zagrożeń dla konkurencji wynikających z horyzontalnego nakładania się obszarów działalności przedsiębiorstw i są praktycznie niemożliwe bez zagwarantowania skutecznej realizacji i monitorowania oraz zapewnienia, że nie powodują innych zagrożeń dla konkurencji⁴⁷⁰. Praktyka KE w tym zakresie jest różnie oceniana w doktrynie. O ile Cook & Kerse uważają, że KE w dalszym ciągu

⁴⁶⁶ Wyrok SPI w sprawie T-158/00 *ARD v. KE* (Zb. Orz. 2003, s. II-3825), pkt 192–224.

⁴⁶⁷ Wyrok ETS w sprawie C-12/03 P *Komisja v. Tetra Laval* (Zb. Orz. 2005, s. I-987), pkt 85, 86, 89.

⁴⁶⁸ A w przypadku zagrożeń dla konkurencji wynikających z konglomeratowego charakteru koncentracji także z Wytycznych KE w sprawie oceny koncentracji niehoryzontalnych z 2008 r.

⁴⁶⁹ Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 17; KE odwołuje tam do ww. wyroku ETS w sprawie C-12/03 P *Komisja v. Tetra Laval* (Zb. Orz. 2005, s. I-987).

⁴⁷⁰ Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 17 *in fine*.

jest przeciwna środkom behawioralnym⁴⁷¹, a G. Monti wskazuje, że KE jest niekiedy przeciwna swojej własnej polityce wyrażonej w Zawiadomieniu w sprawie środków zaradczych z 2001 r.⁴⁷²; Faull & Nikpay są zdania, że nie ma zasadniczej sprzeczności między stanowiskiem obu sądów a polityką KE; ich zdaniem KE jest słusznie „ostrożna” (*cautious*) w akceptacji środków behawioralnych⁴⁷³. Z drugiej strony, KE była też krytykowana za akceptowanie zobowiązań dotyczących zasadniczo zachowań niewystarczających dla zapobieżenia powstania lub umocnienia wcześniej zidentyfikowanej pozycji dominującej⁴⁷⁴.

W praktyce KE zastosowała środki behawioralne w wielu sprawach koncentracji, także po opublikowaniu Zawiadomienia w sprawie środków zaradczych z 2001 r. Czyniła tak zwłaszcza wtedy, gdy zastosowanie środków strukturalnych było praktycznie niemożliwe⁴⁷⁵ lub zagrożenie dla konkurencji wiązało się ze specyficznymi cechami rynku, np. istnieniem porozumień o wyłączności⁴⁷⁶. Komisja Europejska zaakceptowała np. następujące zobowiązania behawioralne: długoterminowe dostawy surowców lub komponentów po cenie regulowanej⁴⁷⁷, dostawy za pośrednictwem platform wirtualnych⁴⁷⁸, rozwiązanie aliansów⁴⁷⁹, niestosowanie pewnych praktyk handlowych⁴⁸⁰, czasowe ograniczenie cen sprzedaży⁴⁸¹, niekorzystanie

⁴⁷¹ C.J. Cook, C.S. Kerse, *EC Merger Control* (2009), s. 286.

⁴⁷² *EC Competition Law*, s. 288. Jako przykład wskazuje decyzję KE w sprawie *Newscorp/Telepiù*, którą dopuściła ona do powstania quasi-monopolu na włoskim rynku telewizyjnej płatnej na podstawie całego szeregu środków behawioralnych mających przyspieszyć wejście na ten rynek nowych operatorów.

⁴⁷³ *The EC Law of Competition*, s. 520.

⁴⁷⁴ Zob. E. Navarro Varona, A. Font Galarza, J. Folguera Crespo, J. Briones Alonso, *Merger Control in the European Union. Law*, s. 347; decyzja KE w sprawie IV/M.477 *Mercedes-Benz/Kässbohrer* (Dz. Urz. WE 1995 L 211/1); decyzja KE w sprawie IV/M.877 *Boeing/McDonnell Douglas* (Dz. Urz. WE 1997 L 336/16).

⁴⁷⁵ Taki warunek nałożono np. ww. sprawie *Boeing/McDonnellDouglas*.

⁴⁷⁶ Taki warunek nałożono np. w sprawie *Fiat Geotech/New Holland*; zob. także decyzja KE z 3.03.2005 r. w sprawie COMP/M.3658 *Orkla/Chips*.

⁴⁷⁷ Decyzja KE z 11.04.2005 r. w sprawie COMP/M.3593 *Apollo/Bakelite*; decyzja KE z 22.11.2004 r. w sprawie COMP/M.3570 *Piaggio/Aprilia*.

⁴⁷⁸ Decyzja KE z 21.12.2005 r. w sprawie COMP/M.3696 *E.ON/MOL*.

⁴⁷⁹ Decyzja KE z 10.01.2006 r. w sprawie COM/M.4035 *Telefónica/O2*; decyzja KE z 12.10.2005 r. w sprawie COMP/M.3863 *TUI/CP Ships*; decyzja KE z 12.10.2005 r. w sprawie COMP/M.3765 *Amer/Salomon*.

⁴⁸⁰ Decyzja KE z 7.02.2005 r. w sprawie COMP/M.3817 *Wegener/PCM/JV*.

⁴⁸¹ Decyzja KE z 28.04.2005 r. w sprawie COMP/M.3680 *Alcatel/Finmeccanica/Alcatel Alenia Space & Telespazio*.

z marek licencjonowanych⁴⁸², ograniczenie przyszłej działalności⁴⁸³, zniesienie lub ograniczenie okresu obowiązywania wyłączności⁴⁸⁴. Najnowszy przykład zastosowania środków behawioralnych stanowi decyzja w sprawie zawarcia wspólnego przedsięwzięcia na rynku brytyjskim przez dwóch wiodących europejskich operatorów telefonii komórkowej; strony transakcji podjęły (1) jednostronne zobowiązanie zmodyfikowania i zmiany porozumienia 3G RAN i krajowego porozumienia roamingowego zgodnie z warunkami ustalonymi w projekcie zaproponowanym przez 3UK (spółkę należącą do Hutchinsona – konkurenta na wąsko oligopolistycznym rynku telefonii komórkowej w Wielkiej Brytanii) oraz (2) zobowiązanie zbycia (w drodze sprzedaży bezpośredniej lub na przetargu zorganizowanym przez krajowego regulatora telekomunikacyjnego OFTEL) ok. 1/4 posiadanych pasm spektrum radiowego⁴⁸⁵.

W państwach członkowskich UE sytuacja jest podobna. W brytyjskim systemie kontroli koncentracji zobowiązania stron koncentracji, które mają zaradzić zidentyfikowanym zagrożeniom dla konkurencji, mogą mieć także charakter środków behawioralnych lub mogą stanowić kombinację środków behawioralnych i strukturalnych. Środki behawioralne są stosunkowo często akceptowane; twierdzi się nawet czasami, że brytyjskie organy ochrony konkurencji są bardziej od innych (w tym zwłaszcza KE) „rozsądnie elastycznie” (*reasonable flexible*), gdy chodzi o akceptację środków zaradzających zagrożeniom konkurencji przez koncentracje (w tym środków dotyczących cen)⁴⁸⁶. Niemiecka ustawa kartelowa – z jednej strony – nie określa warunków, na podstawie których środki zaradcze są akceptowalne, z drugiej jednak – *explicite* zakazuje nakładania warunków, które umożliwiałyby Federalnemu Urzędowi Konkurencji sprawowanie permanentnej kontroli zachowań (działalności) stron transakcji⁴⁸⁷. W konsekwencji, środki behawioralne, które

⁴⁸² Decyzja KE z 25.02.2005 r. w sprawie COMP/M.3732 *Procter & Gamble/Gillete*; decyzja KE z 30.03.2005 r. w sprawie COMP/M.3686 *Honeywell/Novar*.

⁴⁸³ Decyzja KE z 4.07.2005 r. w sprawie COMP/M.3770 *Lufthansa/Swiss*.

⁴⁸⁴ Decyzja KE w sprawie IV/M.877 *Boeing/McDonnell Douglas* (Dz. Urz. WE 1997 L 336/16).

⁴⁸⁵ Zob. decyzję KE z 1.03.2010 r. w sprawie COMP/M.5650 *T-Mobile/Orange*, Brussels, 1.03.2010 r., SG-Greffe(2010) 2309/2310 C(2010)1274, pkt 188, s. 31; zob. także J. Pheasant, S. Rab, M. Olthoff, *T with Orange: European Commission approves T-Mobile and Organge merger subject to concessions*, Competition and Telecommunications Law Review 2010, s. 1; A. Weitbrecht, *Horizontal revisited – EU merger control in 2010*, s. 128.

⁴⁸⁶ Zob. N. Parr, D. Liddell, *United Kingdom* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 334; D. Garrod, B. McCutchen, *United Kingdom: Merger Control* [w:] *The European Antitrust Review 2011*, s. 2.

⁴⁸⁷ Art. 40 ust. 3 zd. drugie niemieckiej ustawy kartelowej z 1957 r.

nie dotyczą struktury rynku, są rzadko uznawane za wystarczające dla zapobieżenia zagrożeniom dla konkurencji; można nawet powiedzieć, że Urząd jest wobec zobowiązań czysto behawioralnych nastawiony niechętnie (*reluctant*)⁴⁸⁸. We Francji zobowiązania behawioralne (*behavioral commitments*) mogą obejmować udzielenie innym uczestnikom rynku dostępu do sieci lub innej infrastruktury na niedyskryminacyjnych i przejrzystych warunkach, przyznanie dostępu do licencji, patentów, znaków towarowych lub technologii, rezygnację (*waiving*) z wyłączności lub modyfikację umów o wyłączność, zmianę warunków cenowych, zmianę warunków dystrybucji lub dostaw produktu, ujawnienie informacji na bazie niewyłącznej⁴⁸⁹, zakończenie określonych działań⁴⁹⁰ itp. Jak łatwo zauważyć, Francuzi nazywają behawioralnymi te warunki, które inni uznają za strukturalne. Jednakże Urząd przyznaje pierwszeństwo środkom strukturalnym⁴⁹¹, a środki behawioralne dopuszcza jako środki dodatkowe⁴⁹².

Stosowanie behawioralnych środków zaradczych w „starych” państwach członkowskich UE nie jest wykluczone, ale też nie wynika wprost z norm ustawowych. Jedynie duńska ustawa o konkurencji formułuje niewyłączną listę zarówno strukturalnych, jak i behawioralnych warunków lub zakazów⁴⁹³. Także w praktyce ochrony konkurencji w tym kraju stosowane są również środki behawioralne, takie jak np. „działanie w kierunku zmiany pewnych praktyk w sektorze usług finansowych” (dotyczące handlu giełdowego) czy „publikowanie cen” (w celu podwyższenia przejrzystości rynku)⁴⁹⁴. Środki behawioralne (obok strukturalnych czy quasi-strukturalnych) stosuje się także w Belgii⁴⁹⁵,

⁴⁸⁸ Zob. M. Maier, P. Werner, *Germany: Merger Control* [w:] *The European Antitrust Review 2001*, s. 3; M. Rosenthal, *Germany* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 125; H. Bergmann, F. Röhling, *Germany* [w:] *Merger Control 2008*, s. 149.

⁴⁸⁹ Sześć takich warunków behawioralnych wymieniono w pkt 549 francuskich Wytocznych w sprawie koncentracji, s. 140.

⁴⁹⁰ Zob. L. Vogel, J. Vogel, *France* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 117

⁴⁹¹ Zob. francuskie Wytoczne w sprawie koncentracji, pkt 528, s. 136.

⁴⁹² Tamże, pkt 550, s. 140.

⁴⁹³ Art. 12e ust. 2 duńskiej ustawy o konkurencji z 2007 r.

⁴⁹⁴ Zob. H. Peytz, B. Schiønning, *Denmark* *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 92; zob. także The GfK Competition Group, *Denmark* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 11: March 2006, s. 15-8 i 15-9 oraz cytowane tam decyzje w sprawach koncentracji *Danske Bank/RealDanmark* (sprzedaż przez Danske Bank akcji w Copenhagen Stock Exchange i Danish Securities Centre oraz zamrożenie jego udziałów w DanishPayment System) oraz koncentracji *DLG/AgroDK/Yara* (roczne porozumienie zamiast trzyletniej wyłączności).

⁴⁹⁵ Zob. J. Stuyck, I. Buelens, *Belgium* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 40; L. Garzaniti, Th. Janssen, P. Goffinet, *Belgium* [w:] *Merger Control 2008*, s. 57.

Irlandii⁴⁹⁶, Hiszpanii⁴⁹⁷ czy Turcji⁴⁹⁸. Podobnie jest w Finlandii, Szwecji (zwłaszcza zbycie)⁴⁹⁹ i we Włoszech⁵⁰⁰, przy czym jak w większości porządków prawnych kontroli koncentracji wyraźnie preferowane są tam środki strukturalne. Preferencja dla środków strukturalnych ma także miejsce w Holandii, gdzie środki behawioralne są wprawdzie akceptowane, ale nie w pierwszej fazie postępowania⁵⁰¹; twierdzi się bowiem, że należy ich unikać, jako że wymagają one monitoringu i egzekucji. W drugiej fazie postępowania można z nich jednak skorzystać w przypadku koncentracji wertykalnej, żeby uniknąć price-squize lub odmowy dostępu⁵⁰². Obecnie jednak w coraz większej ilości państw zachodnioeuropejskich stosowane są coraz szerzej środki behawioralne; tak jest np. w Szwajcarii⁵⁰³ i Austrii, z tym że w tym ostatnim kraju – inaczej niż w wyżej wymienionych państwach – środki behawioralne wciąż pełnią rolę pierwszorzędą (wciąż dominują)⁵⁰⁴. Także w Grecji Komisja ds. Konkurencji stosuje najczęściej środki behawioralne (np. zobowiązanie do świadczenia usług na rzecz osób trzecich, zobowiązanie do zapewnienia dostępu do zdolności magazynowych, zobowiązanie do kontynuacji dostaw do pewnych konsumentów przez określony czas)⁵⁰⁵. W Norwegii środki strukturalne mogą być nałożone tylko wtedy, gdy środki behawioralne były by nieskuteczne lub bardziej utrudniające dla przedsiębiorstw. Można wskazać kilka przykładów nałożenia środków

⁴⁹⁶ Zob. decyzję w sprawie M/06/098 *acquisition by Premier Food of RHM*, szerzej omówioną [w:] G. FritzGerald, *Ireland* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 16: November 2008, s. 28-13; zob. także omówienie innych zgód warunkowych w: C. Little, *Remedies under Irish Merger Control Rules*, s. 601.

⁴⁹⁷ Zob. J.K. de Pree, S.J.H. Evans, *Netherlands* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 18: August 2009, s. 44-24.

⁴⁹⁸ Zob. G. Gurkaynak, *Turkey* [w:] *Merger Control 2008*, s. 344.

⁴⁹⁹ Zob. U. Djurberg, M. Lehmann-Horn, *Sweden* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 301; T. Pettersson, J. Carle, S. PervánLindeborg, *Sweden* [w:] *Merger Control 2008*, s. 323.

⁵⁰⁰ Zob. G.L. Zampa, *Italy* [w:] *Merger Control 2008*, s. 197; L. Vasques, Ch. Marciasini, *Italy* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 172.

⁵⁰¹ Zob. W. Knibbeler, P. Kreijger, *Netherlands* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 250–251.

⁵⁰² Zob. M. Chatelin, A. de Putter, R. Hagendoors, *Netherlands: Merger Control* [w:] *The European Antitrust Review 2011*, s. 2.

⁵⁰³ Zob. J. Borer, P. Sommer, D. Mamane, *Switzerland* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 21: March 2011, s. 57-14.

⁵⁰⁴ Zob. F. Urlsberger, S. Stegbauer, *Austria* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 34. Jak już wskazano wyżej, sama austriacka federalna ustawa kartelowa z 2005 r. nie określa przesłanek ich akceptowalności.

⁵⁰⁵ Zob. E. Bourtzalas, *Greece* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 133; A. Economou, *Greece* [w:] *Merger Control 2008*, s. 156. Komisja Europejska nakładała także zobowiązania składania sprawozdań (np. informowanie o cenach pewnych produktów); tamże.

strukturalnych lub behawioralnych (np. zapewnienie dostępu na zasadach niedyskryminacyjnych)⁵⁰⁶.

Generalnie rzecz biorąc, również w „nowych” państwach członkowskich UE możliwe jest stosowanie (obok warunków strukturalnych i quasi-strukturalnych) także modyfikacyjnych warunków behawioralnych; czasem mogą też one być stosowane łącznie (np. w Rumunii)⁵⁰⁷. Nie wynika to jednak ani z norm obowiązującego prawa, ani z aktów typu *soft law*⁵⁰⁸; nawet wtedy gdy ustawodawca formułuje przykładową listę środków zaradczych (tak jest np. na Węgrzech), nie ma wśród nich warunków behawioralnych⁵⁰⁹. Szerokie zastosowanie mają one zwłaszcza w Bułgarii, w Czechach, na Litwie i w Rumunii. Bułgarska Komisja Ochrony Konkurencji kilkakrotnie nałożyła warunki behawioralne takie jak: zachowanie pewnych kanałów dystrybucji przez określony czas pod dokonaniu koncentracji; zapewnienie konsumentom lub konkurentom łatwego (*at arm's-length*) dostępu do określonych urządzeń kluczowych; zapewnienie klientom kontynuacji dostępu do pewnych usług niepowiązanych; uzgadnianie z Komisją wszelkich przyszłych podwyżek cen dominanta⁵¹⁰. Wśród dominujących w Czechach środków behawioralnych były: uchylenie wszelkich klauzul wyłącznych, ułatwiające wejście na rynek nowych spółkom przez zapewnienie dostępu do własnej infrastruktury; rozwiązanie lub modyfikacja porozumienia sprzecznego z regułami konkurencji lub interesami konsumentów; przyjęcie zobowiązania stron, że nie podwyższą cen w określonym okresie lub podwyższą ceny tylko z powodów obiektywnych; informowanie konsumentów o zamiarze restrukturyzacji produkcji⁵¹¹. Na Litwie Rada Konkurencji zastosowała już środki behawioralne takie jak np. wymóg przejrzystych cen, zakaz nakładania cen dyskryminacyjnych i narzucania klauzul wyłączności, wymóg stworzenia możliwości wypowiedzenia umowy⁵¹². W Rumunii środkami zaradczymi

⁵⁰⁶ Zob. B. Sundet, H. Stemshaug, *Norway* [w:] *Merger Control 2008*, s. 267.

⁵⁰⁷ Zob. M. Rădulescu, F. Urlesberger, *Romania* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 255; A.I. Ioachimesu, *Romania* [w:] *Merger Control 2008*, s. 285.

⁵⁰⁸ Zob. M. Nedelka, M. Vogl, *Slovakia* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 267.

⁵⁰⁹ Zob. Z. Marosi, G. Fejes, *Hungary* [w:] *Merger Control 2008*, GCR, s. 161; F. Urlesberger, A. Turi, *Hungary* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 139; A. Hargita, *Hungary* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 13: April 2007, s. 24–26.

⁵¹⁰ Zob. F. Urlesberger, I. Stoyanov, *Bulgaria* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 58, 59 i 60; N. Gouginiski, A. Petrow, *Bulgaria* [w:] *Merger Control 2008*, s. 73–74.

⁵¹¹ Zob. M. Nedelka, R. Kubáč, *Czech Republic* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 85; A. Bányaiová, *Czech Republic* [w:] *Merger Control 2008*, s. 108.

⁵¹² Art. 14 ust. 1 pkt 2 litewskiej ustawy o konkurencji z 1999 r.; zob. także S. Keserauskas, M. Joinys, *Lithuania* [w:] *Merger Control 2008*, s. 225; Š. Keserauskas, *Lithuania* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 12: July 2006, s. 38–24

były m.in. rozwiązanie umów o wyłącznej dystrybucji, dostęp do koniecznej infrastruktury lub kluczowych technologii w drodze licencji lub inaczej, obowiązek informowania o cenach, mechanizmy służące zapewnieniu braku dyskryminacji konsumentów⁵¹³.

Jak już wskazano, polski prawodawca nie wskazuje żadnego z możliwych warunków behawioralnych. Trzeba jednak przyjąć, że z uwagi na otwarty charakter klauzuli art. 19 ust. 2 uokik z 2007 r.⁵¹⁴ warunki takie dopuszcza. Są one niekiedy stosowane przez Prezesa UOKiK. W całym okresie obowiązywania uokik z 2000 r. i z 2007 r. zostały one nałożone na strony transakcji sześciokrotnie w pięciu sprawach⁵¹⁵, przy czym pięciokrotnie (w czterech sprawach) samodzielnie, a raz wspólnie z warunkami strukturalnymi⁵¹⁶. Jest charakterystyczne, że są to najczęściej warunki czysto behawioralne.

Czysto behawioralne warunki stanowiły podstawę wydania pierwszych zgód warunkowych na dokonanie koncentracji (jeszcze pod rządami uokik z 2000 r.). Zgoda na dokonanie koncentracji w sprawie *CVC Capital Partners i PAI Management/Provimi*⁵¹⁷ wydana została pod warunkiem „nieskonsolidowania na terytorium RP działalności spółek należących do grupy Provimi z działalnością spółek branży paszowej kontrolowanych przez CPC Capital Partners lub PAI Mannagements lub na rzecz których CPC Capital Partners lub PAI Management świadczą usługi w zakresie doradztwa lub zarządzania”. Zgoda na dokonanie koncentracji w sprawie *ICTSI/BCT*⁵¹⁸ uzależniona została od warunku polegającego na wprowadzeniu do postanowień „około koncentracyjnej” umowy o współpracy gospodarczej takich (samoograniczających dla zgłaszającego zamiar koncentracji) zmian, które wyeliminują ograniczenie dostępu do rynku usług portowych w mieście G.

Czysto behawioralne warunki zastosowano również w decyzji w sprawie koncentracji *Carey Agri/Polmos Białystok*⁵¹⁹. Za wystarczająco skuteczne warunki zaradzenia antykonkurencyjnym problemom koncentracji na krajowym rynku produkcji i dystrybucji napojów wysokoprocentowych o zawartości alkoholu powyżej 18% Prezes UOKiK uznał (1) „sprzedaż

⁵¹³ Zob. M. Rădulescu, F. Urlesberger, *Romania* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 255; A.I. Ioachimesu, *Romania* [w:] *Merger Control 2008*, s. 285.

⁵¹⁴ Wniosek ten był uprawniony także na gruncie art. 18 uokik z 2000 r.

⁵¹⁵ Pod rządami uokik z 2000 r. czterokrotnie w trzech sprawach (zob. decyzje Prezesa UOKiK z: 28.11.2002 r., Nr DDF-6002; 20.05.2003 r., Nr RDG-7/2003; 30.09.2005 r., Nr DOK-123/05), pod rządami uokik z 2007 r. dwukrotnie (zob. decyzje Prezesa UOKiK z: 19.06.2008 r., Nr DKK-49/2008 oraz z 25.02.2009 r., Nr DKK-9/09 *Agros Nova/Kotlin*).

⁵¹⁶ Decyzja Prezesa UOKiK z 25.02.2009 r., Nr DKK-9/09 *Agros Nova/Kotlin*.

⁵¹⁷ Decyzja Prezesa UOKiK z 28.11.2002 r., Nr DDF-60/02.

⁵¹⁸ Decyzja Prezesa UOKiK z 20.05.2003 r., Nr RDG-7/2003.

⁵¹⁹ Decyzja Prezesa UOKiK z 30.09. 2005 r., Nr DOK-123/05.

w latach 2005–2008 (oddzielnie dla każdego roku) nie mniej niż 35% krajowej sprzedaży wódki [...] pochodzącej z własnej produkcji” (realizowanej przez zarówno Bols, jak i Polmos Białystok) oraz (2) „sprzedaż w latach 2005–2008 (oddzielnie dla każdego roku) nie mniej niż 35% krajowej produkcji sprzedaży wódek (...) sprzedawanych pod markami Bols, Soplica, Żubrówka i Absolwent (oddzielnie dla każdej z marek)”. Uznał przy tym, że prawidłowa realizacja obu tych warunków nastąpi wtedy, gdy sprzedaż wódek odbędzie się – po pierwsze – za pośrednictwem przedsiębiorców nie należących do grupy kapitałowej kontrolowanej przez CEDC oraz – po drugie – w oparciu o takie same kryteria i przy zachowaniu takich samych warunków, jak w sprzedaży dla spółek z grupy kapitałowej, jakie będą stosowane w analogicznych okresach w stosunku do spółek z grupy CEDC.

Także czysto behawioralny charakter miały warunki zastosowane w przypadku zgody na dokonanie koncentracji *Multikino/Silver Screen*⁵²⁰, która mogła przyczynić się w bliskiej perspektywie czasowej do istotnego ograniczenia konkurencji na rynku wyświetlania filmów w kinach wielocalowych Gdyni i okolic. Swą zgodę Prezes UOKiK wydał pod warunkiem „odstąpienia od i niepodjęcia” przez Multikino i inne spółki należące do grupy kapitałowej kontrolowanej przez ITIH, do której należy też Multikino, „żadnych działań zmierzających do nabycia jakichkolwiek praw do kina wielosalowego w Centrum Handlowym Wzgórze Gdynia”, w okresie od dnia wydania zgody „przez cały czas posiadania” przez Multikino lub każdą inną spółkę należącą do ww. grupy kapitałowej, „jakichkolwiek praw do kina wielosalowego, zlokalizowanego w Gdyni przy ul. Jerzego Waszyngtona, którego operatorem w dniu wydania tej decyzji jest Silver Screen”.

Spośród środków zaradczych zaproponowanych przez zgłaszającego i zaakceptowanych przez Prezesa UOKiK jako warunki zgody na dokonanie koncentracji *Agros Nova/Kotlin*⁵²¹, która mogła doprowadzić do istotnego ograniczenia konkurencji na krajowym rynku sprzedaży (wprowadzania do obrotu) dżemów, znalazł się (obok warunków czysto strukturalnych i implementacyjnych) warunek, który można uznać za w swej istocie behawioralny. Prezes UOKiK nałożył bowiem na Agros Nowa warunek polegający na „doprowadzeniu do zaniechania przez Agros Nova oraz innych przedsiębiorców wchodzących w skład grupy kapitałowej (...), do której należy Agros Nova, sprzedaży (wprowadzenia do obrotu) dżemów pod marką „Kotlin” przez okres 3 lat od dnia sprzedaży pakietu aktywów”, których sprzedaż przewidywał podstawowy warunek strukturalny nałożony w tej sprawie.

⁵²⁰ Decyzja Prezesa UOKiK z 19.06.2008 r., Nr DKK-49/2008 (Dz. Urz. UOKiK z 2008 r. Nr 3, poz. 24, s. 98–102).

⁵²¹ Decyzja Prezesa UOKiK z 25.02.2009 r., Nr DKK-9/09 *Agros Nova/Kotlin*.

Warunek ten trudno byłoby uznać za stricte implementacyjny (aczkolwiek częściowo ma taki charakter), skoro ma być realizowany przez okres 3 lat od dnia spełnienia warunku strukturalnego.

W praktyce stosowania warunków behawioralnych trzeba też uwzględnić przypadki, gdzie warunki takie, mimo ich zaproponowania przez strony transakcji, nie zostały uwzględnione. Problem modyfikacyjnych warunków behawioralnych rozważany był także w sprawie koncentracji *Unibail-Rodamco/Simon Ivanhoe*⁵²². Wobec tego, że Prezes UOKiK stwierdził, iż koncentracja ta doprowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji na rynku wynajmu powierzchni handlowo-usługowej w dużych galeriach handlowych znajdujących się na terenie aglomeracji warszawskiej, Unibail-Rodamco zobowiązała się wstępnie do „nie egzekwowania klauzul o zakazie konkurencji lub dotyczących wyłączności zawartych w umowach najmu powierzchni w Arkadii i Wileńskiej oraz unikanie zawierania takich klauzul w nowych umowach najmu lub przy przedłużaniu istniejących już umów najmu”, a w odniesieniu do Galerii Mokotów i Złotych Tarasów do „niedopuszczenia do zawierania umów najmu sprzecznych z tą zasadą”, oraz do „nie zawierania umów sprzedaży związanej przez okres 5 lat w odniesieniu do wszystkich centrów handlowych, z wyjątkiem Złotych Tarasów i Galerii Mokotów”⁵²³, a więc do zastosowania środków zaradczych o czysto behawioralnym charakterze. Prezes UOKiK odrzucił te warunki, gdyż w jego ocenie „nie niwelują one w pełni negatywnych skutków tej koncentracji na rynku właściwym”⁵²⁴. Prezes UOKiK uznał jednak za możliwe wydanie zgody na dokonanie koncentracji *Unibail-Rodamco/Simon Ivanhoe* pod zaproponowanym przejmującym warunkiem o charakterze stricte strukturalnym (wyzbycia się przez spółkę zależną *Unibail-Rodamco* wszelkich praw umożliwiających wpływ na spółkę Złote Tarasy lub działalności centrum handlowego Złote Tarasy).

Po raz ostatni do tej pory, problem warunków behawioralnych wystąpił w sprawie koncentracji *UPC/Aster*. Wobec tego, że zdaniem Prezesa UOKiK realizacja tej koncentracji doprowadziłaby do istotnego ograniczenia konkurencji na rynku usług dostępu do płatnej telewizji oraz rynku szerokopasmowego stacjonarnego dostępu do Internetu na obszarze Krakowa i Warszawy⁵²⁵, UPC przedstawiła propozycje zobowiązań, które w jej ocenie miały zapewnić, że sytuacja abonentów Aster i UPC w Warszawie i Krakowie, gdzie sieci pokrywały się, nie ulegnie pogorszeniu, a przez to

⁵²² Decyzja Prezesa UOKiK z 12.07.2010 r., Nr DKK-64/10.

⁵²³ Tamże, s. 59.

⁵²⁴ Tamże.

⁵²⁵ Decyzja Prezesa UOKiK z 5.09.2011 r., Nr DKK-101/11, s. 53.

Prezes UOKiK będzie mógł wydać zgodę warunkową na dokonanie tej koncentracji. Zaproponowane przez UPC warunki miały jednak wyłącznie charakter behawioralny, bo chciała ona zobowiązać się do „niepodnoszenia cen za dostawę sygnału telewizji analogowej w Warszawie i Krakowie”, „niewprowadzania zasadniczych zmian w bieżącej ofercie programowej Aster w zakresie programów telewizji analogowej w Warszawie i Krakowie, które prowadziłyby do usunięcia programów z oferty” oraz „kontynuowania stosowania jednolitej ogólnopolskiej polityki cenowej w odniesieniu do usługi dostarczania sygnału telewizji cyfrowej w Warszawie i Krakowie”⁵²⁶, a później jeszcze korzystnej „migracji usług abonentom Aster na usługi UPC” i „oferowania usług w poszanowaniu zasady niedyskryminacji”⁵²⁷. Uzasadniając złożenie zobowiązań o charakterze behawioralnym UPC wskazała, iż „warunki o charakterze strukturalnym w zakresie telewizji kablowej skutkować mogą poważnymi problemami natury technologicznej i operacyjnej”; jej zdaniem warunków strukturalnych w sprawach koncentracji operatorów telekomunikacyjnych (kablowych) nie stosowały także inne organy ochrony konkurencji⁵²⁸. Prezes UOKiK odrzucił te propozycje przede wszystkim dlatego, że „nie zniwelowałyby one istotnego ograniczenia konkurencji” (pogorszenia struktury rynku) a „prawidłowa realizacja zaproponowanych przez UPC warunków o charakterze behawioralnym byłaby w praktyce trudna do zweryfikowania” lub przynajmniej „stawiałaby Prezesa Urzędu w roli regulatora rynku”⁵²⁹. W rezultacie UPC musiała zaakceptować dwa modyfikacyjne warunki strukturalne (nieprzejęcie sieci Aster tam, gdzie sieci te się pokrywały) oraz dwa warunki implementacyjne, które powinny zapewnić pełne zrealizowanie decyzji w określonym w niej terminie.

Warto jeszcze dodać, że w niektórych sprawach koncentracji, których dokonania Prezes UOKiK ostatecznie zakazał, ich uczestnicy proponowali jeszcze w trakcie postępowania administracyjnego (ewentualnie dopiero postępowania sądowego odwoławczego⁵³⁰) środki zaradcze wyłącznie o charakterze behawioralnym; wszystkie one zostały odrzucone przez Prezesa UOKiK jako niewystarczające. Tak było np. w sprawie *Rieber Foods/FordCare*⁵³¹, gdzie zgłaszający zaproponował Prezesowi UOKiK dwa warunki behawioralne – (a) przede wszystkim zobowiązanie się przez Rieber do

⁵²⁶ Tamże, s. 54–55.

⁵²⁷ Tamże, s. 55–56.

⁵²⁸ Tamże, s. 55.

⁵²⁹ Tamże, s. 57.

⁵³⁰ Wyrok SOKiK z 13.04.2011 r. w sprawie XVII AmA 78/09 *Orzeł Biały/Baterpol* (s. 35–37), oddalający odwołanie od decyzji Prezesa UOKiK z 5.03.2009 r., Nr DKK-10/09.

⁵³¹ Decyzja Prezesa UOKiK z 8.10.2009 r., Nr DKK-68/09.

zaprzestania produkcji i wprowadzania do obrotu na terytorium Polski ciast w proszku pod marką Gellwe przez okres 3 lat od daty realizacji transakcji, a dodatkowo (b) rezygnację z prawa pierwokupu maszyn należących do FoodCare, nie będące przedmiotem transakcji. Zdaniem Prezesa UOKiK żaden z tych warunków nie eliminuje zagrożeń wynikających z dysponowania prawami do rozpoznawalnych marek (głównie marki Gellwe). Także w sprawie koncentracji *PGE/Energa*⁵³² Prezes UOKiK nie uznał za wystarczający dla zniwelowania ograniczenia konkurencji, do jakiego dochodzi w wyniku koncentracji, warunku „nakazującego sprzedaż całej energii elektrycznej wytwarzanej przez PGE lub określonej jej części (np. równej ilości energii elektrycznej sprzedawanej przez Energa) przez giełdę, na które to rozwiązanie wskazywali ankietowani przedsiębiorcy”. Co więcej, „w ocenie organu antymonopolowego ewentualne warunki o charakterze behawioralnym, jakie można byłoby nałożyć na PGE, nie byłyby w stanie zniwelować pozycji rynkowej uzyskanej na skutek tej koncentracji i nie zastąpiłyby one z pewnością właściwej struktury rynku. Pozycja ta dawać będzie bowiem możliwości jej nadużywania w różny, czasami trudny do przewidzenia, sposób”. Pomijając już kwestię przecenienia pozycji rynkowej PGE nie można nie zauważyć, że tego rodzaju warunek behawioralny, jak zobowiązanie sprzedaży całej energii elektrycznej wyprodukowanej przez PGE przez giełdę wyjątkowo nadaje się do zaradzenia antykonkurencyjnym efektom wertykalnym koncentracji, a to one właśnie głównie zadecydowały o zakazie. PGE powtórzyła swoje wcześniejsze zobowiązania w odwołaniu od decyzji zakazującej koncentracji *PGE/Energa*. Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznał jednak, że PGE nie wykazała, że zaproponowany warunek spowoduje, że konkurencja w wyniku koncentracji nie zostanie ograniczona; sąd jednak nie przeprowadził oceny tego warunku w świetle teorii szkody wertykalnej koncentracji⁵³³.

Warunki behawioralne są więc w Polsce nie tylko **dopuszczalne**, ale też **stosowane**, mimo że **monitorowanie** ich **realizacji** przez przedsiębiorców **zobowiązań do określonych zachowań** wymaga środków, których organ kontroli koncentracji często nie ma. Jest to tym bardziej charakterystyczne, że wydane w Polsce zgody warunkowe oparte na warunkach behawioralnych nie odnosiły się do koncentracji konglomeratowych; dotyczyły rynków tradycyjnych (głównie sprzedaży i dystrybucji) a nie rynków nowych produktów i nowych technologii, w przypadku których warunki strukturalne będą odchodziły w przeszłość. Mimo to, Prezes UOKiK uznał, że ww. zaniechania

⁵³² Decyzja Prezesa UOKiK z 13.01.2012 r., Nr DKK-1/2011.

⁵³³ Wyrok SOKiK z 14.05.2012 r. w sprawie XVII AmA 41/11.

działania lub pozytywne działania w porównywalny do warunków strukturalnych stopniu wyeliminują zagrożenia skutecznej konkurencji. Żaden z tych przypadków nie był powiązany z rozbudowanym systemem warunków gwarancyjnych (implementacyjnych); za wystarczające uznawał bowiem termin przedłożenia mu informacji o jego spełnieniu. Tylko w pierwszym przypadku, od warunku „zmniejszenia powierzchni sprzedaży” wymagał jego „**trwałego i nieodwracalnego**” charakteru oraz wskazał, że ma ono dokonać się na zasadzie „podnajmu” niezależnym podmiotom⁵³⁴, co implikuje obowiązek przedłożenia mu do wglądu stosowanych umów; warunek ten ma jednak mieszany charakter (strukturalno-behawioralny), gdyż chociaż zobowiązuje do podjęcia pewnych działań, to działania te mogą skutkować strukturalną zmianą udziału w rynku.

W przypadkach zastosowania samodzielnych warunków behawioralnych, poza nietypowym (bo związanym z istnieniem porozumienia zawierającego „ograniczenia dodatkowe, acz konieczne”) warunkiem „wprowadzenia do umowy o współpracy” określonej klauzuli⁵³⁵, zgoda na dokonanie zgłoszonej koncentracji polegała – dwukrotnie – na zaniechaniu działania („odstąpieniu od” określonego działania – „niedokonaniu konsolidacji” spółek zależnych działających na terytorium Polski⁵³⁶ lub „odstąpieniu i niepodejmowaniu żadnych działań zmierzających do nabycia jakichkolwiek praw do kina wielosalowego⁵³⁷, raz – na określonym działaniu („zobowiązaniu do sprzedaży” w określonym czasie, określonego procenta własnej produkcji wódek za pośrednictwem niezależnych dystrybutorów⁵³⁸). Także w przypadkach zastosowania warunku behawioralnego z warunkiem strukturalnym zgoda na dokonanie koncentracji uzależniona została od pozytywnego działania – „doprowadzenia do zaniechania sprzedaży dżemów pod marką „Kotlin” po spełnieniu warunku strukturalnego⁵³⁹.”

Reasumując można powiedzieć, że – inaczej niż modyfikacyjne warunki strukturalne – modyfikacyjne warunki behawioralne nie dają się precyzyjnie zdefiniować i jednoznacznie skategoryzować. Stanowią one bowiem grupę

⁵³⁴ Decyzja Prezesa UOKiK z 24.09.2008 r., Nr DKK-76/2008 *JMD/Plus Discount*.

⁵³⁵ Decyzja warunkowa w sprawie koncentracji *ICTSI/BCT* (decyzja Prezesa UOKiK z 5.05.2003 r., Nr RGD-7/2003 *ICTSI/BCT*), grożącej zablokowaniem rozwoju działalności konkurencyjnej w zakresie przeładunków w porcie w G. w długim okresie czasu, została wydana na skutek wprowadzenia do umowy o współpracy gospodarczej między *ICTSI* a *ZMPG* „zapisu... o treści”, zawierającego zobowiązanie *ICTSI* do nie podejmowania. Jego treść nie została ujawniona w jawnej wersji ww. decyzji.

⁵³⁶ Decyzja Prezesa UOKiK z 28.11.2002 r., Nr DDF-60/02 *CVC/PAI/Provimi*.

⁵³⁷ Decyzja Prezesa UOKiK z 19.06.2008 r., Nr DKK-49/2008 *Multikino/Silver Screen*.

⁵³⁸ Decyzja Prezesa UOKiK z 30.09.2005 r., Nr DOK-123/05 *Carey Agri/Polmos Białystok*.

⁵³⁹ Decyzja Prezesa UOKiK z 25.02.2009 r., Nr DKK-9/09 *Agros Nova/Kotlin*.

środków zaradczych, która obejmuje pewne nie tylko „czyste środki behawioralne” (behawioralne w treści i skutku), ale także środki behawioralne w treści, ale strukturalne w skutku. Ponadto, wciąż przeważa w literaturze i w dokumentach politycznych przekonanie, że środki behawioralne stanowią „gorszą” (niepreferowaną) grupę środków zaradczych. W praktyce są one jednak stosowane stosunkowo często. Jest tak nie tylko dlatego, że czasami środki strukturalne albo w ogóle nie mogą być zastosowane, albo rodzą poważne ryzyka dla konkurencji, ale także dlatego, że niekiedy to właśnie one stanowią właściwy instrument zaradzenia antykonkurencyjnym skutkiem koncentracji – zwłaszcza wertykalnych i konglomeratowych. Mimo to stawiane jest niekiedy (np. w kontekście wyroku w sprawie *Tetra Laval*) pytanie, czy stosowanie środków behawioralnych (zwłaszcza takich jak zobowiązanie do nienadużywania pozycji dominującej po fuzji, np. nie wypierania z rynku konkurentów) nie czyni kontroli koncentracji niepotrzebną (*redundant*), jako że monitoring *ex post* wypiera kontrolę *ex ante*⁵⁴⁰. Wreszcie, w teorii, jak i w praktyce panuje pełna świadomość słabości środków behawioralnych (głównie konieczności stałego monitoringu ich realizacji) oraz rodzenia przez nie rozlicznych problemów. W konsekwencji, wymaga to wyjątkowo skutecznych środków gwarancyjnych (tzw. obowiązków). Większość tych wniosków może być odniesiona także do sytuacji w Polsce.

5. Warunki gwarancyjne (obowiązki)

Jak już wskazano, żeby modyfikacyjne **środki zaradcze** (strukturalne i behawioralne), nakładane na przedsiębiorców (przedsiębiorstwa) w decyzjach wyrażających zgodę na dokonanie koncentracji, mogły rzeczywiście wyeliminować stwierdzone w postępowaniu zagrożenia dla konkurencji, **muszą zostać wykonane** (zrealizowane) **w pełni i w terminie**. Wobec tego, że wykonywanie warunków modyfikacyjnych odbywa się z reguły dopiero po wydaniu decyzji, nie można wykluczyć, że łączący się przedsiębiorcy czy przedsiębiorca przejmujący kontrolę nad byłym konkurentem, mogą chcieć (próbować) nie respektować nałożonych nań warunków modyfikacyjnych, co może prowadzić do podważenia istoty zgody warunkowej. **Skuteczność zgód warunkowych na dokonanie koncentracji**, które bez spełnienia określonych warunków miałyby charakter antykonkurencyjny, zależy zatem w dużym stopniu od możliwości kontroli przyszłych zachowań przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji.

⁵⁴⁰ Zob. G. Monti, *EC Competition Law*, 2007, s. 289–290.

Nie ulega wątpliwości, że prawo prewencyjnej kontroli koncentracji musi temu zapobiec i zapobiega na różne sposoby. Jak już wskazano, skuteczność zgód warunkowych zależy już od jakości dobranych warunków modyfikacyjnych (np. najlepiej strukturalnych środków zaradczych, w tym zbycia) oraz spełnienia powiązanych z nimi wymogów (np. zbycia przedsiębiorstwa zdolnego do działania i konkurencyjnego na rzecz odpowiedniego nabywcy). Żeby nie dochodziło do niewykonania tych warunków w pełni i w terminie, a w konsekwencji do konieczności stosowania wobec adresatów zgód warunkowych sankcji administracyjnych i karnoadministracyjnych, ważnym elementem prewencyjnej kontroli koncentracji są **wymogi** (*requirements*) stawiane przed przedsiębiorstwami zgłaszającymi zamiar koncentracji oraz organami ochrony konkurencji, **których celem jest zagwarantowanie właściwego wykonania zobowiązań** podjętych przez i/lub nałożonych na te przedsiębiorstwa⁵⁴¹. Skuteczne i terminowe wykonanie warunków modyfikacyjnych zależy więc z reguły od zastosowania właściwych **środków zaradczych o charakterze gwarancyjnym** (implementacyjnym), zwanych **obowiązkami** (*obligations*)⁵⁴² lub środkami zabezpieczającymi (*safegards*)⁵⁴³.

Z przeprowadzonych badań wynika, że tego rodzaju warunki (środki zaradcze) gwarancyjne istnieją we wszystkich porządkach prawnych kontroli koncentracji, aczkolwiek rzadko są ustanawiane w drodze normatywnej; najczęściej są koniecznym elementem polityki kontroli koncentracji, stosowanym przez organy ochrony konkurencji.

Tak jest m.in. w państwach pozaeuropejskich, w tym przede wszystkim w USA i w Kanadzie. W USA zarządzenia lub nakazy zgody (*concentrd ecrees or orders*) Departamentu Sprawiedliwości lub Federalnej Komisji Handlu – obok wskazania dzielonych aktywów lub środków niestrukturalnych – mogą zawierać także, m.in.⁵⁴⁴: a) wskazanie (mianowanie) powiernika (*trustee*), którego zadaniem jest przejęcie i efektywne sprzedanie aktywów w określonym czasie; b) wymóg odrębnego zarządzania i zakaz wymiany informacji poufnych w sytuacji, gdy strona nabywająca wchodzi w posiadanie aktywów, które mają być rozdzielone, a powiernik nie został wyznaczony; c) zatwierdzenie nabywcy, którego w trakcie postępowania organy antytrustowe żądają; gdy zastosowanie środków strukturalnych jest niemożliwe, organy te pozwalają na dokonanie koncentracji, jeżeli jej strony zobowiążą się przeprowadzić

⁵⁴¹ W polskiej literaturze podobnie R. Błachucki, *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji...*, s. 301.

⁵⁴² Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 15.

⁵⁴³ Tamże, pkt 95.

⁵⁴⁴ Tamże, s. 64–66; zob. także R.P. Harty, *United States [w:] Merger Control 2008*, s. 367.

podział stosownych aktywów w określonym czasie (często 6 miesięcy) po dokonaniu koncentracji, przy czym podział aktywów w tym czasie podlega monitoringowi i możliwe jest dokonywanie inspekcji powstałych w jego wyniku spółek⁵⁴⁵. Wyżej wymienione zarządzenia lub nakazy zgody organów antytrustowych obowiązują z reguły przez 10 lat. Także kanadyjski Komisarz ds. Konkurencji dopuszcza zastosowanie strukturalnych środków zaradczych w okresie od 3 do 6 miesięcy od zamknięcia postępowania, a jeśli strony nie zdołają ich zastosować – nastąpi wyznaczenie powiernika dla dokonania transakcji restrukturyzacyjnej bez zagwarantowania sprzedawcy ceny minimalnej. Zarówno w USA, jak i w Kanadzie polityka *fix-it-first* (wymóg dokonania podziału zanim problematyczna koncentracja zostanie dokonana)⁵⁴⁶ i instytucja powiernika mają szczególnie mocne podstawy. Polityka *fix-it-first* dominuje również w Australii. Także w Meksyku w zależności od istoty koncentracji i skali zagrożeń, Federalna Komisja Konkurencji może określić termin i inne warunki realizacji środków zaradczych; nie jest rzadkością, że wyznacza niezależny podmiot trzeci, którego zadaniem jest monitorowanie i składanie Komisji raportów z realizacji środków zaradczych⁵⁴⁷.

Jak już wyżej wskazano, rozp. 139/2004 przewiduje powiązanie z decyzją uznającą zamierzoną koncentrację za warunkowo dozwoloną nie tylko „warunków” (wymogów zmiany struktury rynku), ale także „obowiązków” stron, zdefiniowanych ogólnie w Zawiadomieniu KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r. jako „kroki wykonawcze konieczne do osiągnięcia tego rezultatu”⁵⁴⁸. Poza jednym przykładem (np. powołanie zarządcy z nieodwołalnym upoważnieniem do sprzedaży przedsiębiorstwa)⁵⁴⁹ Zawiadomienie nie precyzuje bliżej istoty tych „obowiązków”. Należy jednak przyjąć, że ich treścią jest zagwarantowanie spełnienia „głównych wymogów realizacji zobowiązań”⁵⁵⁰, w tym przede wszystkim wymogów dotyczących realizacji najbardziej typowego zobowiązania (zobowiązania do zbycia). Komisja Europejska zakłada jednak, że wymogi dotyczące wykonania innych

⁵⁴⁵ Zob. W.T. Miller, D.I. Baker, *United States of America* [w:] *International Mergers...*, s. 64–65.

⁵⁴⁶ Szczególnie dobitnym przykładem tej polityki było nabycie WorldCom przez MCI; zob. np. „Justice Department Clears WorldCom/MCI Merger after MCI Agree to Sell its Internet Business”, <http://www.usdoj.atr/public/press-releases/1998/1829.htm>; zob. także W.T. Miller, D.I. Baker, *United States of America* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 14: September 2007, s. 64–64.

⁵⁴⁷ Zob. G. Castañeda, *Mexico* [w:] *Merger Control 2008*, s. 241.

⁵⁴⁸ Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 19.

⁵⁴⁹ Tamże.

⁵⁵⁰ Tamże, pkt 3 *in fine* oraz cała część V pt. „Wymogi dotyczące wykonania zobowiązań” (pkt 95–130).

warunków modyfikacyjnych mogą być w pewnym zakresie stosowane także do innych (strukturalnych i niestructuralnych) środków zaradczych⁵⁵¹.

Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r. określa środki zabezpieczające implementację zobowiązań strukturalnych (zbycia przedsiębiorstwa), które stanowią zwykle część zobowiązań podejmowanych przez strony wobec KE (tzw. obowiązki⁵⁵²). Ponieważ zbycie przedsiębiorstwa musi być dokonane w terminie uzgodnionym między stronami a KE, istotnym elementem gwarantującym spełnienie tego warunku modyfikacyjnego są obowiązki adresata zgody na poszczególnych etapach **procedury zbycia** przedsiębiorstwa, które musi on wykonać w określonych terminach. Zwykle procedura ta składa się z dwóch okresów: (1) okresu zawierania ostatecznej umowy (*final agreement*), składającego się z „okresu zbycia za pierwszym podejściem” i „okresu zbycia za pośrednictwem zarządcy” (w przypadku niepowodzenia zbycia za pierwszym podejściem), oraz (2) okresu poświęconego zamknięciu transakcji i przeniesieniu praw własności (*closing, transfer of legal titel*)⁵⁵³; okresy te powinny być jak najkrótsze, wynosić nie dłużej niż – odpowiednio – 9 (6 i 3) oraz 3 miesiące⁵⁵⁴. Bieg terminu przewidzianego na zbycie rozpoczyna się zwykle w dniu podjęcia decyzji przez Komisję Europejską⁵⁵⁵. Wymogi te mają zastosowanie także w przypadku, gdy proponowany jest wstępny nabywca (*up-front buyer*). Natomiast w przypadku zobowiązania typu *fix-it-first*, czyli gdy umowa zostanie zawarta w trakcie postępowania, po wydaniu decyzji konieczny będzie tylko dodatkowy termin na zamknięcie transakcji⁵⁵⁶.

Po zawarciu ostatecznej umowy z nabywcą, na adresacie zgody warunkowej ciąży **obowiązek przedłożenia KE do zatwierdzenia nabywcy i umowy sprzedaży**⁵⁵⁷. Występuje także obowiązek zatwierdzenia licencjodawcy⁵⁵⁸.

W okresie przejściowym, tj. między podjęciem decyzji przez Komisję Europejską a zawarciem ostatecznej umowy, na stronach koncentracji leżą **trzy zasadnicze obowiązki**⁵⁵⁹: tymczasowej ochrony zdolności przedsiębior-

⁵⁵¹ Tamże, pkt 96 oraz 129–130.

⁵⁵² Każda zgoda warunkowa Komisji zawiera zawsze wyraźne oznaczenie, które zobowiązania stanowią „warunki”, a które „obowiązki”.

⁵⁵³ Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 97.

⁵⁵⁴ Tamże, pkt 98.

⁵⁵⁵ Tamże, pkt 99. Komisja może dopuścić do późniejszego rozpoczęcia biegu tego terminu (tamże).

⁵⁵⁶ Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 100; zob. także decyzję KE z 20.04.2006 r. w sprawie COMP/M.3916 *T-Mobile Austria/e.ring*.

⁵⁵⁷ Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 101–106.

⁵⁵⁸ Tamże, pkt 129.

⁵⁵⁹ Tamże, pkt 107.

stwa do działania (*viability*)⁵⁶⁰, podjęcia koniecznych działań związanych z wyodrębnieniem (*carve-out*) przedsiębiorstwa, w tym powołanie *hold-sperate manager*⁵⁶¹ oraz szczególne działania konieczne do przygotowania zbycia przedsiębiorstwa⁵⁶²; na obowiązki te składa się wiele zróżnicowanych działań, które Komisja szczegółowo przedstawia w Zawiadomieniu KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r.

Ponieważ KE nie może na co dzień angażować się w nadzorowanie wykonywania zobowiązań, strony koncentracji mają obowiązek zaproponować jej **powołanie powiernika (zarządcy) monitorującego** (*monitoring trustee*), który będzie pod jej nadzorem (jako jej „oczy i uszy”) monitorował przestrzeganie obowiązków w okresie przejściowym i w procesie zbycia⁵⁶³; Zawiadomienie w sprawie środków zbycia szczegółowo określa pięć głównych zadań oraz uprawnienia zarządcy monitorującego⁵⁶⁴. Strony mogą także zaproponować wyznaczenie **zarządcy (powiernika) zbywanego przedsiębiorstwa** (*divestiture trustee*), odpowiedzialnego w szczególności za zbycie przedsiębiorstwa za drugim podejściem („za pośrednictwem zarządcy”)⁵⁶⁵. Powiernik monitorujący lub zarządca zbywanego przedsiębiorstwa (funkcje te można powierzyć jednemu podmiotowi) podlegają zatwierdzeniu przez KE; zostaną też przez nią wyposażeni w odpowiednie pełnomocnictwa⁵⁶⁶. Z uwagi na długi czas wykonania i złożoność wielu zobowiązań zbycia, KE może też zażądać ustanowienia szybkiej procedury arbitrażowej (*arbitration procedure*) dla rozstrzygania sporów i włączenia innych uczestników rynku w proces egzekwowania zobowiązań podjętych dla uzyskania zgody warunkowej⁵⁶⁷.

Zobowiązania muszą również stanowić, że przez 10 lat od podjęcia przez Komisję Europejską decyzji zatwierdzającej zobowiązania może ona zwrócić się do stron z wnioskiem o udzielenie informacji, co umożliwi jej monitorowanie skutecznego wykonania środka zaradczego⁵⁶⁸.

Również w państwach europejskich, w tym głównie w „starych” państwach członkowskich UE, możliwość stosowania środków gwarancyjnych (obowiązków) odgrywa istotną rolę. W Niemczech sprzedaż musi się dokonać w określonym czasie (z reguły 6 miesięcy), który może być przedłużony (do 2 miesięcy), jeżeli do zbycia przedsiębiorstwa zobowiązany jest

⁵⁶⁰ Tamże, pkt 108–112.

⁵⁶¹ Tamże, pkt 113–115.

⁵⁶² Tamże, pkt 116.

⁵⁶³ Tamże, pkt 117–118.

⁵⁶⁴ Tamże, pkt 119–120.

⁵⁶⁵ Tamże, pkt 121–122.

⁵⁶⁶ Tamże, pkt 123–127.

⁵⁶⁷ Tamże, pkt 130.

⁵⁶⁸ Tamże, pkt 128.

specjalny powiernik (tzw. *divestiture trustee*). Każdemu środkowi zaradcemu musi towarzyszyć propozycja prowadzenia biznesu w okresie przejściowym; z reguły polega to na ustanowieniu innego powiernika (tzw. *hold-separate trustee*) w przypadku nie znalezienia przez strony transakcji nabywcy przedsiębiorstwa w określonym czasie⁵⁶⁹. Reguły te są zatem zbliżone do tych, które stosuje Komisja Europejska⁵⁷⁰. We Francji nabywca może być zidentyfikowany albo w trakcie negocjacji nad propozycją stron koncentracji, albo w wyznaczonym przez Urząd ds. Konkurencji okresie po wydaniu zgody, ale przed dokonaniem koncentracji lub po jej dokonaniu (sytuacja najczęstsza). W razie niepewności co do możliwości znalezienia nabywcy, Urząd może uzależnić wydanie zgody warunkowej od wcześniejszej identyfikacji odpowiedniego nabywcy. Znalezienie nabywcy oraz negocjacje z nim mogą być powierzone powiernikowi (*trustee*). Powiernik może też być wyznaczony do monitorowania realizacji warunków zgody.

Także w pozostałych „starych” państwach członkowskich UE możliwe jest zastosowanie przez organ ochrony konkurencji – z reguły w samej zgodzie warunkowej, ale niekiedy też w odrębnej decyzji (np. w Danii⁵⁷¹) – gwarancyjnych środków zaradczych mających zapewnić skuteczność realizacji warunków modyfikacyjnych. W wielu z tych państw (np. w Danii⁵⁷² czy Finlandii⁵⁷³) dla przeprowadzenia transakcji zbycia lub monitorowania realizacji warunków (zwłaszcza sprzedaży przedsiębiorstwa po wydaniu decyzji) ustanowiony (mianowany) jest powiernik. W Austrii organy naciskają ostatnio na rozwiązanie problemu nabywcy najpierw (*up-front-buyer*), chcą bowiem zatwierdzić nabywcę majątku np. przed wycofaniem skierowania sprawy do Sądu Kartelowego⁵⁷⁴. Austriacka ustawa kartelowa przewiduje też, że w przypadku istotnych okoliczności, strony mogą wystąpić do Sądu Kartelowego o zmianę warunków lub zobowiązań lub obu⁵⁷⁵. W Grecji koncentracja dopuszczona warunkowo może być wykonana wcześniej (zgodnie z decyzją), a środek zaradczy może obejmować zobowiązanie

⁵⁶⁹ Tamże.

⁵⁷⁰ Zob. M. Rosenthal, *Germany* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 126.

⁵⁷¹ Zob. art. 12e ust. 3 duńskiej ustawy o ochronie konkurencji z 2010 r.; zob. także M. Kofmann, J.M. Plum, E. Bertelsen, *Denmark* [w:] *Merger Control 2008*, s. 113; H. Peytz, B. Schiønning, *Denmark* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 92.

⁵⁷² Zob. M. Kofmann, E. Bertelsen, J.M. Plum, *Denmark* [w:] *Merger Control 2008*, s. 113.

⁵⁷³ Zob. Ch. Wik, N. Hukkinen, *Finland* [w:] *Merger Control 2008*, s. 133.

⁵⁷⁴ Zob. A. Reidlinger, A. Zellhofer, *Austria* [w:] *Merger Control 2008*, s. 47.

⁵⁷⁵ Art. 12 ust. 3 austriackiej federalnej ustawy kartelowej z 2005 r.; zob. także A. Reidlinger, A. Zellhofer, *Austria* [w:] *Merger Control 2008*, s. 47.

do utrzymywania odrębności biznesu do czasu jego sprzedania⁵⁷⁶. Grecka Komisja Konkurencji nakłada także zobowiązania składania sprawozdań (np. informowanie o cenach pewnych produktów)⁵⁷⁷.

W „nowych” państwach członkowskich UE ustawy powielają niekiedy rozwiązania przyjęte w UE, w tym np. przewidują wydawanie zgód warunkowych opatrzonych (obok warunków) także obowiązkami; tak jest np. wyraźnie w Czechach⁵⁷⁸. W Słowenii, stosując środki korekcyjne (modyfikacyjne), Urząd powinien w decyzji określić nie tylko te środki, ale także obowiązki zapewnienia ich realizacji i nadzoru oraz termin ich spełnienia⁵⁷⁹. W Rumunii nadzór nad stosowaniem środków korekcyjnych dokonuje się na podstawie porozumienia ze stronami, zawierającego wskazanie podmiotu monitorującego (np. banku inwestycyjnego, spółki zarządzającej, konsultacyjnej lub rachunkowej)⁵⁸⁰.

Można zgodzić się wyrażonym niedawno w polskiej literaturze poglądem, że regulacja warunków gwarancyjnych w polskiej ustawie antymonopolowej oraz praktyka orzecznicza Prezesa UOKiK w tym zakresie „wyglądają wyjątkowo słabo”⁵⁸¹. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów **tworzy tylko minimalne warunki zagwarantowania realizacji** (implementowania) warunków określonych w zgodzie warunkowej. *Explicite* przewiduje bowiem tylko jeden warunek gwarancyjny czy „mechanizm kontrolny”⁵⁸². Polski ustawodawca stanowi jedynie, że w decyzji o zgodzie warunkowej, Prezes UOKiK nakłada na przedsiębiorcę lub przedsiębiorców „obowiązek składania, w wyznaczonym terminie, informacji o realizacji tych [określonych w decyzji wydanej na podstawie art. 19 ust. 1 uokik z 2007 r. oraz art. 18 ust. 1 uokik z 2000 r.] warunków”. Gdyby nie przepis art. 21 ust. 1 uokik z 2007 r.⁵⁸³, można byłoby sądzić, że obowiązek ten nie jest wcale „warunkiem” w rozumieniu art. 19 ust. 1 uokik, a jedynie obligatoryjnym

⁵⁷⁶ Zob. A. Almyroudi, P. Bernitsas, *Greece* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 7: May 2004; E. Bourtzalas, *Greece* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 131.

⁵⁷⁷ Zob. E. Bourtzalas, *Greece* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 133; A. Economou, *Greece* [w:] *Merger Control 2008*, s. 156.

⁵⁷⁸ Art. 17 ust. 4 ustawy czeskiej ustawy o ochronie konkurencji z 2001 r.; zob. M. Nedelka, R. Kubáč, *Czech Republic* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 85.

⁵⁷⁹ Art. art. 51 ust. 3 słoweńskiej ustawy o przeciwdziałaniu ograniczeniom konkurencji z 2008 r.

⁵⁸⁰ Zob. R. Vasilache, *Romania* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 18: August 2009, s. 5–23.

⁵⁸¹ R. Błachucki, *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji...*, s. 301.

⁵⁸² Tamże.

⁵⁸³ Zob. wyżej pkt 1 niniejszego rozdziału.

elementem decyzji administracyjnej wyrażającej warunkową zgodę na dokonanie koncentracji⁵⁸⁴.

Przepisy te nie formułują natomiast ani sposobów, ani przesłanek wyznaczenia terminu (ewentualnie dzielenia go na okresy) oraz jego długości. W praktyce termin składania informacji o realizacji warunków jest wyznaczany z reguły w dniach (najczęściej wynosi 30 dni od wykonania warunku)⁵⁸⁵. Jeżeli warunek modyfikacyjny ma charakter behawioralny lub złożony termin złożenia informacji jest wyznaczany przez wskazanie konkretnej daty lub dat⁵⁸⁶. Sposoby wyznaczenia terminów składania informacji mogą być różne, jeżeli dana zgoda warunkowa zawiera więcej niż jeden obowiązek informacyjny⁵⁸⁷.

Wyżej wymienione przepisy nie określają także wprost charakteru informacji, jakie winny być składane. W szczególności nie wynika z nich, czy zamiarem ustawodawcy było nałożenie na Prezesa UOKiK obowiązku nakładania na adresatów warunków, o których mowa w art. 19 ust. 2 uokik z 2007 r. (także art. 18 ust. 2 uokik z 2000 r.), obowiązku okresowego informowania o postępach w realizacji tych warunków, czy też informowania go tylko o wykonaniu warunku. Obie interpretacje można znaleźć w doktrynie. Zgodnie z pierwszą z nich „obowiązek składania informacji, w wyznaczonym terminie, o realizacji [...] warunków” ma bowiem umożliwić Prezesowi UOKiK monitorowanie postępów w zakresie realizacji przez przedsiębiorców nałożonych nań warunków⁵⁸⁸. Według drugiej, mechanizm kontrolny przewidziany w art. 19 ust. 3 oznacza, że „organ antymonopo-

⁵⁸⁴ Obowiązek ten pozostaje poza kategorią „warunków” (*sensu largo*) w art. 106 ust. 2 pkt 2 uokik. Wydaje się, że tak właśnie obowiązek ten jest rozumiany [w:] M. Wierzbowski, K. Karasiewicz, R. Stankiewicz, *Kontrola koncentracji przedsiębiorców*, s. 46.

⁵⁸⁵ Np. „w terminie 30 dni od daty jego wykonania”; decyzje Prezesa UOKiK z: 3.10.2006 r., Nr DOK-116/06 PCC/2 Zakłady azotowe; z 5.06.2007 r., Nr DOK-71/07 CRH/Schwenk; 28.06.2007 r., Nr DOK-86/2007 Carrefour/Ahold; 5.09.2011 r., Nr DKK-101/11 UPC/Aster; 28.06.2011 r., Nr DKK-70/11 FMC/Eurodial; 18.10.2010 r., Nr DKK-105/2010 Kompania Węgłowa/Huta Łabędy.

⁵⁸⁶ Zob. decyzje Prezesa UOKiK z: 28.06.2007 r., Nr DOK-86/2007 Carrefour/Ahold; 24.09.2008 r., Nr DKK-76/2008 JMD/Plus Discount. Tak było też w decyzji Prezesa UOKiK z 30.09.2005 r., Nr DOK-123/05 Carey Agri/Polmos Białystok, gdzie okres spełnienia warunków jest długi, ale możliwy do podzielenia na krótsze odcinki, np. roczne w ramach okresu 2005–2008 – „w następujących terminach: do dnia 31.1.2006, 31.1.2007, 31.1.2008, 31.1.2009”.

⁵⁸⁷ Zob. decyzje Prezesa UOKiK z: 25.02.2009 r., Nr DKK-9/09 Agros Nova/Kotlin; 12.07.2010 r. Nr DKK-64/10 Rodamco/Simon Ihanhoe.

⁵⁸⁸ Tak E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, s. 168; K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, s. 557.

lowy w ogóle nie kontroluje wykonywania warunku w trakcie jego trwania, a dostaje jedynie informacje po jego zakończeniu. Taka sytuacja skutkuje tym, że przedsiębiorcy mogą pozorować działania w celu wykonania warunku, aby na sam koniec próbować udowodnić, że nie mogli wykonać warunku w terminie⁵⁸⁹; M. Błachucki proponuje więc „wprowadzenie obowiązku okresowego raportowania o postępach i sposobie realizacji warunku”⁵⁹⁰. W moim przekonaniu nie jest to potrzebne, gdyż nic nie stoi na przeszkodzie stosowania obu tych interpretacji⁵⁹¹. W przypadku, gdy warunek ma charakter stosunkowo prosty (tak może być w przypadku modyfikacyjnego warunku strukturalnego), a termin jego wykonania nie jest odległy, Prezes UOKiK może chcieć jedynie otrzymać informację o jego zrealizowaniu. W przypadku, gdy nałożone warunki mają charakter złożony lub ciągły (a tak może być zwłaszcza w przypadku modyfikacyjnych warunków behawioralnych), a termin realizacji warunków jest odległy, Prezes UOKiK może nałożyć obowiązek wielokrotnego składania informacji o postępach realizacji warunków.

Obie interpretacje znalazły swoje potwierdzenie w praktyce stosowania zgody warunkowej przez Prezesa UOKiK. Pod rządami uokik z 2000 r.⁵⁹², w sześciu decyzjach warunkowych Prezes UOKiK nakładał na adresatów warunków (strukturalnych) obowiązek informacji o „wykonaniu warunku”, określając zawsze 30-dniowy termin złożenia takiej informacji liczony „od daty wykonania warunku”⁵⁹³ lub od upływu okresu na realizację warunku⁵⁹⁴.

⁵⁸⁹ M. Błachucki, *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji...*, s. 301. Autor przywołuje jako przykład przypadek rozstrzygnięty decyzją Prezesa UOKiK z 28.08.2009 r., Nr DKK-58/2009 *Carrefour*.

⁵⁹⁰ Tamże.

⁵⁹¹ Można sądzić, że taki pogląd reprezentują także M. Wierzbowski, K. Karasiewicz i R. Stankiewicz (*Kontrola koncentracji przedsiębiorców*, s. 46) skoro twierdzą, że realizacja tego obowiązku jest „uzależniona od ich [warunków] ilości i rodzaju”. Nie do końca jasna jest jednak intencja stanowiska autorów, w myśl którego „wyznaczone przez organ administracji publicznej terminy obowiązku informowania o realizacji zleceń nie powinny – co oczywiste – przekraczać terminu spełniania warunków, od których są zależne” (tamże); zob. także R. Stankiewicz, *Charakter prawny decyzji Prezesa UOKiK zezwalającej na dokonanie koncentracji...*, s. 134.

⁵⁹² Poza decyzją Prezesa UOKiK z 20.05.2003 r., Nr RDG-7/2003 *ICTSI/BCT*, która zawierała informację o warunku zrealizowanym już w trakcie postępowania.

⁵⁹³ Zob. decyzje Prezesa UOKiK z: 6.03.2003 r., Nr DDF-11/2003 *Rethmann/Lobbe*; 18.05.2004 r., Nr DOK-36/2004 *Sanofi-Synthelabo/Avensis*; 20.04.2005 r., Nr DOK-35/2005 *Nafta Polska/4 spółki sektora ciężkiej chemii*; 3.10.2006 r., Nr DOK-116/06 *PCC/dwa zakłady azotowe*; 5.06.2007 r., Nr DOK-71/07 *CRH/E. Schwenk*; 28.06.2007 r., Nr DOK-86/2007 *Carrefour Nederalnd/Ahold Polska*.

⁵⁹⁴ Decyzja Prezesa UOKiK z 30.09.2005 r., Nr DOK-123/05 *Carey Agri/Polmos Białystok*.

Tylko w dwóch decyzjach z tego okresu zawarty był warunek informowania „o sposobie realizacji” nałożonych warunków (behawioralnych) „(...) z początkiem każdego roku kalendarzowego”; w sprawie koncentracji *Carey Agri/Polmos Białystok* było to spowodowane ciągłym (4 lata) charakterem tych warunków⁵⁹⁵.

Także w decyzjach warunkowych wydanych na podstawie uokik z 2007 r., Prezes UOKiK nakładał na przedsiębiorców **tylko obowiązki** złożenia informacji **o wykonaniu warunku** lub warunków⁵⁹⁶; tak było w sprawach koncentracji, w których na przedsiębiorców nałożono modyfikacyjne warunki strukturalne⁵⁹⁷. Coraz częściej jednak na przedsiębiorców są nakładane **dotatkowo obowiązki** informowania **o sposobie realizacji** (przebiegu realizacji) warunków modyfikacyjnych⁵⁹⁸. Wraz z nakładaniem (na podstawie art. 19 ust. 1) warunków gwarancyjnych innych niż informacyjne, także ich realizacja staje się przedmiotem obowiązku informacyjnego, o którym mowa w art. 19 ust. 3. W rezultacie pod rządami uokik z 2007 r. zdarza się coraz częściej, że na przedsiębiorców aktywnie uczestniczących w koncentracji nakładany jest cały pakiet obowiązków informacyjnych, obejmujący zarówno informacje o wykonaniu warunku, jak i o procesie jego realizacji, w tym informacje o spełnianiu innych warunków gwarancyjnych. Rozwój kategorii

⁵⁹⁵ Decyzja Prezesa UOKiK z 28.11.2002 r., Nr DDF-60/02 *CPC Capital Partners/PAI Management/Provimi* (obowiązek złożenia informacji w dwóch następujących terminach: do 31.12.2003 r. i do 30.04.2004 r.); decyzja Prezesa UOKiK z 30.09.2005 r., Nr DOK-123/05 *Carey Agri/Polmos Białystok* (obowiązek złożenia informacji w czterech następujących terminach: do 31.01.2006, do 31.01.2007, do 31.01.2008 i do 31.01.2009).

⁵⁹⁶ Decyzja Prezesa UOKiK z 24.09.2008 r., Nr DKK-76/2008 *JMD/Plus Discount* (w dwóch wyznaczonych terminach „do dnia 31.01.2010 r.” i „do dnia 30.04.2009 r.”).

⁵⁹⁷ Decyzja Prezesa UOKiK z 28.06.2011 r., Nr DKK-70/11 *FMC/Eurodial*. Prezes UOKiK nałożył na FMC – obok podstawowego (modyfikacyjnego) warunku strukturalnego (trwałego i nieodwracalnego wyzbycia się przez FMC wszelkich praw do 4 stacji dializ Eurodial w terminie do 31.12.2012 r.) – tylko jeden warunek gwarancyjny (obowiązek informacyjny), sprowadzający się do złożenia Prezesowi UOKiK informacji o realizacji warunku [strukturalnego] w terminie 30 dni od jego realizacji, nie później jednak niż do 30.01.2013 r.; zob. także decyzje Prezesa UOKiK z 18.10.2010 r., Nr DKK-105/2010 *Kompania Węglowa/Huta Łabędy*, oraz z 5.09.2011 r., Nr DKK-101/11 *UPC/Aster*.

⁵⁹⁸ Decyzja Prezesa UOKiK z 19.06.2008 r., Nr DKK-49/2008 *Multikino/Silver Screen* (obowiązek złożenia Prezesowi UOKiK informacji o realizacji warunku poprzez podawanie, do dnia 15 stycznia każdego roku poczynając od 2009 r., informacji o liczbie posiadanych na terenie Gdyni przez Multikino kin wielosalowych według stanu na dzień 31 grudnia roku poprzedzającego); decyzja Prezesa UOKiK z 24.09.2008 r., Nr DKK-76/2008 *JMD/Plus Discount* (w dwóch wyznaczonych terminach „do dnia 31.01.2010 r.” i „do dnia 30.04.2010 r.”); decyzja Prezesa UOKiK z 12.07.2010 r., Nr DKK-64/10 *Unibail-Rodamco/Simon Ihanhoe*; decyzja Prezesa UOKiK z 27.10.2011 r., Nr DKK-128/2011 *Eurocash/Tradis*.

gwarancyjnych warunków informacyjnych (obowiązków sprawozdawczych) nie tylko ma swoje uzasadnienie w złożonym i ciągłym charakterze zastosowanych modyfikacyjnych warunków behawioralnych, ale także świadczy o tym, że Prezes UOKiK w coraz większym stopniu stara się zapewnić sobie jak najszersze możliwości kontroli prawidłowości realizacji warunków.

Wskazują na to poniższe przykłady. W sprawie koncentracji *Agros Nova/Kotlin*, Prezes UOKiK nałożył na Agros Nova dwa gwarancyjne warunki informacyjne w postaci obowiązku Agros Nova: a) informowania Prezesa UOKiK o wielkości sprzedaży dżemów pod marką „Sorella” na terytorium Polski i wielkości wydatków ponoszonych na reklamę i promocję dżemów marki „Sorella” oraz o etapach realizacji pozostałych części warunku za każde pełne 3 miesiące, jakie upłyną od wydania decyzji w przedmiotowej sprawie do chwili wyzbycia się pakietu aktywów, w terminie nie dłuższym niż 20 dni po upływie każdego z ww. okresów 3 miesięcy⁵⁹⁹, oraz b) dostarczania informacji o sposobie realizacji wszystkich warunków modyfikacyjnych i gwarancyjnych w terminie nie dłuższym niż 30 dni od dnia jego wykonania, nie później niż do dnia 30.09.2010 r., z wyjątkiem ww. warunku behawioralnego, gdzie dostarczenie informacji o sposobie realizacji warunku ma nastąpić w terminie nie dłuższym 30 dni po upływie 3 lat od okresu, w którym nastąpi sprzedaż ww. pakietu aktywów, nie później jednak niż do dnia 30.09.2013 r. Powyższe obowiązki informacyjne są przede wszystkim konsekwencją stosunkowo długiego okresu, jaki Prezes UOKiK pozostawił na zrealizowanie warunków modyfikacyjnych.

W szczególnie złożonej sprawie *Unibail-Rodamco/Simon Ihanhoe*⁶⁰⁰, na Rodamco nałożonych zostało kilka obowiązków informacyjnych, w tym: a) złożenia Prezesowi UOKiK informacji o realizacji podstawowego warunku modyfikacyjnego (doprowadzenia do trwałego i nieodwracalnego wyzbycia się przez Rodamco wszelkich praw umożliwiających wywieranie jakiegokolwiek wpływu na spółkę Złote Tarasy lub na działalność centrum handlowego Złote Tarasy w terminie do 15.01.2011 r.), oraz b) raportowania na temat wykonywania bezpośrednio lub pośrednio praw w spółce Złote Tarasy do czasu posiadania praw za każdy kwartał w terminie nie dłuższym niż 20 dni po upływie każdego kwartału⁶⁰¹. Co więcej, w sprawie *Unibail-Rodamco/Simon Ihanhoe* Prezes UOKiK wyszedł poza praktykę żądania informacji w ogóle, wskazując, że oczekuje „w szczególności

⁵⁹⁹ Decyzja Prezesa UOKiK z 25.02.2009 r., Nr DKK-9/09 *Agros Nova/Kotlin*.

⁶⁰⁰ Decyzja Prezesa UOKiK z 12.07.2010 r., Nr DKK-64/10.

⁶⁰¹ Decyzja Prezesa UOKiK z 12.07.2010 r., Nr DKK-64/10.

przekazania poświadczonych za zgodność kopii umów zawartych w celu realizacji warunku, złożonych w tym samym celu oświadczeń⁶⁰².

Również w sprawie koncentracji *Polpharma/Polfa* Prezes UOKiK nałożył na ZF Polpharma dwa gwarancyjne warunki informacyjne (sprawozdawcze), w tym obowiązek składania Prezesowi UOKiK informacji o stanie realizacji głównego warunku strukturalnego (trwałego i nieodwracalnego wyzbycia się w terminie 18 miesięcy od wydania decyzji wszelkich praw do określonych produktów) za każde pełne 3 miesiące od dokonania koncentracji do dnia wejścia w życie decyzji o zmianie podmiotu odpowiedzialnego za wprowadzanie do obrotu produktów leczniczych (zgody Prezesa Urzędu rejestracji Produktów Leczniczych); informacje te muszą być składane w terminie nie dłuższym niż 26 dni po upływie każdego takiego okresu 3 miesięcy.

Obowiązek informowania Prezesa UOKiK o wykonaniu lub przebiegu wykonywania warunków, o których mowa w art. 19 ust. 1 i 2 uokik, nie wyczerpuje kategorii warunków gwarancyjnych (obowiązków) służących realizacji warunków modyfikacyjnych. W każdym razie można przyjąć, że skoro ustawodawca sformułował w art. 19 ust. 2 otwarty katalog warunków, które Prezes UOKiK może nakładać w decyzji warunkowej wydawanej na podstawie art. 19 ust. 1, to nie wykluczył możliwości stosowania nie tylko innych warunków modyfikacyjnych (strukturalnych lub behawioralnych), ale także innych – niż obowiązek informacyjny – warunków gwarancyjnych (implementacyjnych). Warunki takie nakładał także wtedy, gdy w podstawie decyzji przywoływał tylko art. 19 ust. 1.

Prezes UOKiK tak właśnie interpretował ten przepis. Od początku uważał, że ma prawo warunki (obowiązki) takie nakładać i czyni to coraz szerzej. Pierwszy taki warunek zastosował (choć tylko raz) już pod rządami uokik z 2000 r. Mianowicie Prezes UOKiK nałożył **zakaz wykonywania praw z udziałów** w spółce Res-Bet, do których zbycia przejmujący kontrolę został zobowiązany, w okresie, w jakim spełniony miał być warunek podstawowy (strukturalny), „wyłącznie w celu przygotowania odsprzedaży tych udziałów”⁶⁰³.

Tego rodzaju warunek gwarancyjny Prezes UOKiK zastosował także w sprawie koncentracji *Kompania Węglowa/Huta Łabędy*⁶⁰⁴, gdzie nałożył na Kompanię Węglową – obok warunku strukturalnego (sprzedaży przez Kompanię Węglową akcji Huty Łaziska) – także obowiązek gwarancyjny „**niewykonywania** przez Kompanię Węglową [...] **praw z akcji** Huty Łabędy (...) w sposób, który mógłby ograniczyć zdolności produkcyjne tej Spółki

⁶⁰² Decyzja Prezesa UOKiK z 12.07.2010 r., Nr DKK-64/10.

⁶⁰³ Decyzja Prezesa UOKiK z 5.06.2007 r., Nr DOK-71/07 *CRH/Schwenk*.

⁶⁰⁴ Decyzja Prezesa UOKiK z 18.10.2010 r., Nr DKK-105/2010.

w zakresie obudów chodnikowych i akcesoriów górniczych do poziomu niższego niż 80% ich obecnego stanu”. Zastosowanie tego warunku miało „na celu przede wszystkim ochronę przed wyprowadzeniem przez Kompanię Węglową (...) mienia Huty Łabędy (...) przed sprzedażą akcji tej spółki”⁶⁰⁵.

W najnowszej praktyce gwarantowania spełnienia warunków modyfikacyjnych w Polsce przeważają już jednak warunki gwarancyjne polegające na ograniczeniu swobody działalności gospodarczej (polityki handlowej). W sprawie koncentracji *Agros Nova/Kotlin*⁶⁰⁶, nałożony na Agros Nova pakiet siedmiu warunków składał się – obok dwóch warunków modyfikacyjnych (strukturalnego i behawioralnego) – z dwóch grup warunków gwarancyjnych, w tym z czterech warunków gwarancyjnych polegających na:

- a) **doprowadzeniu do zaniechania** przez Agros Nova oraz innych przedsiębiorców wchodzących w skład jej grupy kapitałowej **sprzedaży** (wprowadzenia do obrotu) dżemów pod marką „Kotlin” przez okres 3 lat od dnia sprzedaży pakietu aktywów (warunku strukturalnego), gdyż „Agros Nova nie powinna mieć możliwości wykorzystywania znaku towarowego „Kotlin” w celu konkurowania z nabywcą ww. pakietu na krajowym rynku sprzedaży (wprowadzania do obrotu) dżemów w okresie rozpoczynania i rozwijania działalności przez nabywcę ww. pakietu”⁶⁰⁷;
- b) **utrzymaniu** przez Agros Nova lub innych przedsiębiorców wchodzących w skład jej grupy kapitałowej, w okresie od przejęcia przez Agros Nova kontroli nad Kotlin do chwili wyzbycia się pakietu aktywów (stanowiących przedmiot realizacji warunku strukturalnego), **sprzedaży** dżemów pod marką „Sorella” na terytorium Polski na poziomie co najmniej 70% średniej sprzedaży dżemów pod tą marką zrealizowanej przez Kotlin w roku 2007 i 2008 na terytorium Polski; zapewnienie sprzedaży dżemów pod marką „Sorella” na pewnym minimalnym poziomie jest konieczne po to, „aby nie doszło do osłabienia rozpoznawalności marki „Sorella”⁶⁰⁸;
- c) **utrzymaniu** (z tego samego powodu) przez Agros Nova lub innych przedsiębiorców wchodzących w skład jej grupy kapitałowej, w okresie od przejęcia przez Agros Nova kontroli nad Kotlin do chwili wyzbycia się ww. pakietu aktywów, **wydatków poniesionych na reklamę i promocję** dżemów marki „Sorella” na poziomie wydatków poniesionych na reklamę i promocję dżemów „Sorella” przez Kotlin w latach 2007–2008;
- d) **udostępnieniu** przez Agros Nova nabywcy ww. pakietu aktywów, **listy klientów**, tj. podmiotów, z którymi Kotlin miał zawarte umowy na sprzedaż

⁶⁰⁵ Tamże, s. 25.

⁶⁰⁶ Decyzja Prezesa UOKiK z 25.02.2009 r., Nr DKK-9/09 *Agros Nova/Kotlin*.

⁶⁰⁷ Tamże, s. 42.

⁶⁰⁸ Tamże, s. 42.

dżemów marki „Sorella” w okresie ostatnich 2 lat poprzedzających sprzedaż tych aktywów wraz z informacjami na temat wartości sprzedaży dżemów do poszczególnych podmiotów, głównie „w celu ułatwienia nabywcy ww. pakietu aktywów rozpoczęcia działalności o te aktywa na krajowym rynku sprzedaży (wprowadzania do obrotu) dżemów”⁶⁰⁹.

W sprawie koncentracji *UPC/Aster*⁶¹⁰, Prezes UOKiK nałożył na UPC pakiet dwóch grup warunków (dotyczących rynku w Warszawie i Krakowie), a w każdej z nich pakiet dwóch grup alternatywnych warunków po trzy warunki szczegółowe w każdym. Obok warunków strukturalnych (trwałego wyzbycia się części sieci kablowej wraz z infrastrukturą w terminie 18 miesięcy od dnia wydania decyzji) w pakietach tych były po dwa warunki gwarancyjne, a mianowicie:

- a) **umowne zapewnienie** przez UPC, aby przed przejściem i w trakcie przejmowania części sieci kablowej **nie nastąpiły przerwy w dostępie do usług** świadczonych za pomocą tej części sieci dla abonentów przyłączonych do tej części sieci, jak również **aby jakość** świadczonych dla tych abonentów **usług pozostała na co najmniej takim samym poziomie**, jak w okresie przed wydaniem decyzji; warunek ten zobowiązuje UPC do zapewnienia dotychczasowym abonentom Aster samego dostępu, jak i jakości dostępu do usług płatnej telewizji i szerokopasmowego stacjonarnego dostępu do Internetu zarówno przed, jak i w trakcie realizacji nałożonego przez Prezesa UOKiK warunku;
- b) **zapewnienie** abonentom, będącym odbiorcami sieci Aster w dniu wydania decyzji, obsługiwanym przez ww. część sieci lub uzyskującym taką możliwość w okresie do dnia sprzedaży tej sieci, przez okres 6 miesięcy od rozpoczęcia świadczenia usług przez niezależnego inwestora, **prawa wyboru dostawcy usług** za pomocą tej części bez ponoszenia kosztów ewentualnego wypowiedzenia wiążących ich umów po to, aby zminimalizować również „ryzyko wystąpienia sytuacji, w których nabywca sieci Aster w Krakowie i Warszawie pozostałby bez abonentów lub z ich małą liczbą (np. UPC związałyby ich umowami długoterminowymi)”⁶¹¹.

Ostatnią warunkową zgodę na dokonanie koncentracji – w sprawie *Polpharma/Polfa*⁶¹² – Prezes UOKiK uzależnił od spełnienia przez Polpharmę całego pakietu warunków. Obok zasadniczego modyfikacyjnego warunku strukturalnego (trwałego i nieodwracalnego wyzbycia się w terminie 18 miesięcy od wydania decyzji wszelkich praw do określonych produktów) sfor-

⁶⁰⁹ Tamże, s. 42.

⁶¹⁰ Decyzja Prezesa UOKiK z 5.09.2011 r., Nr DKK-101/11.

⁶¹¹ Tamże, s. 77.

⁶¹² Decyzja Prezesa UOKiK z 26.03.2012 r., Nr DKK-23/2012.

mułował dwa rodzaje warunków gwarancyjnych. Po pierwsze, na podstawie art. 19 ust. 1 i ust. 2 nałożył na Polpharmę trzy obowiązki, które powinny zagwarantować spełnienie ww. warunku modyfikacyjnego: (1) obowiązek przekazania przyszłemu nabywcy wszelkich dokumentów technicznych i handlowych związanych z produkcją i wprowadzaniem do obrotu wskazanych produktów leczniczych, w tym całej dokumentacji DMF (*Drug Master Files*) oraz dokumentacji dotyczącej dostawców składników niezbędnych do produkcji produktów leczniczych objętych warunkiem modyfikacyjnym; (2) obowiązek utrzymania przez Polpharmę lub przedsiębiorców wchodzących do jej grupy kapitałowej, w okresie od przejścia kontroli nad Polfą do chwili wyzbycia się praw będących przedmiotem warunku modyfikacyjnego udziałów rynkowych produktów leczniczych objętych warunkiem na poziomie co najmniej 70% średniego udziału w rynku właściwym każdego z tych produktów w latach 2010 i 2011; (3) obowiązek utrzymania przez Polpharmę lub przedsiębiorców wchodzących do jej grupy kapitałowej, w okresie od przejścia kontroli nad Polfą do chwili wyzbycia się praw będących przedmiotem warunku modyfikacyjnego relacji wydatków poniesionych na reklamę, promocję i wszelkie akcje informacyjne dotyczące tych produktów objętych warunkiem modyfikacyjnym do wartości sprzedaży tych produktów na poziomie nie niższym niż w latach 2011 i 2012. Realizacja warunków 3 i 4 ma na celu zapewnić, aby w okresie od przejścia przez Polpharmę kontroli nad Polfą do chwili wyzbycia się tych praw „nie doszło do istotnego osłabienia rozpoznawalności i dostępności leków objętych warunkiem” (modyfikacyjnym); dzięki temu „zostanie utrzymana także wartość produktów leczniczych objętych warunkiem”⁶¹³.

Jeżeli przyjąć, wzorem Zawiadomienia KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., że do środków o charakterze gwarancyjnym należy **obowiązek przedłożenia do akceptacji** organu ochrony konkurencji tzw. **odpowiedniego nabywcy** zbywanego przedsiębiorstwa/biznesu, to w Polsce obowiązek ten pojawił się dopiero w decyzji w sprawie koncentracji *Agros Nova/Kotlin*, gdzie sformułowany został wymóg, w myśl którego niezależny inwestor „musi, przed nabyciem (...) pakietu [aktywów], zostać zaakceptowany przez Prezesa UOKiK”⁶¹⁴. Obowiązek przedłożenia do zatwierdzenia nabywcy i prawo odmowy jego zatwierdzenia sformułowane zostały identycznie we wszystkich czterech ostatnich decyzjach warunkowych⁶¹⁵. Z żadnej ze zbadanych zgód warunkowych nie wynika natomiast, żeby Prezes UOKiK nałożył na

⁶¹³ Tamże, s. 57.

⁶¹⁴ Decyzja Prezesa UOKiK z 25.02.2009 r., Nr DKK-9/09 *Agros Nova/Kotlin*.

⁶¹⁵ Decyzja Prezesa UOKiK z 28.06.2011 r., Nr DKK-70/11 *FMC/Eurodial*; decyzja Prezesa UOKiK z 5.09.2011 r., Nr DKK-101/11 *UPC/Aster*; decyzja Prezesa UOKiK z 27.10.

adresatów tych zgód obowiązek przedłożenia do akceptacji umów stanowiących podstawę realizacji warunków modyfikacyjnych (np. umów sprzedaży); nie można jednak wykluczyć, że właśnie przedłożenie tych umów, jako załączników do informacji o wykonaniu warunków przewidzianych w art. 19 ust. 3 uokik, stanowiło podstawę przyjęcia tych informacji (uznanie warunku modyfikacyjnego za spełniony).

Jak łatwo zauważyć, w żadnej ze zgód warunkowych udzielonych na podstawie uokik z 2000 r. i z 2007 r. Prezes UOKiK nie nałożył na przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji szczególnych obowiązków gwarancyjnych, o których mowa w Zawiadomieniu KE w sprawie środków zaradczych, w tym w szczególności nie skorzystał z możliwości powołania powiernika (zarządcy) monitorującego (*monitoring trustee*) wykonanie warunków modyfikujących czy powiernika (zarządcy) zbywanego przedsiębiorstwa (*divestiture trustee*) lub ustanowienia specjalnej procedury arbitrażowej (*arbitration procedure*)⁶¹⁶. W polskiej literaturze sformułowano już postulat korzystania z tych środków, do którego można przyłączyć się bez wahania, jako że, jak słusznie twierdzi M. Błachucki, „nawet w obecnej ustawie antymonopolowej nie ma przeciwwskazań przed wprowadzeniem tej [tych] instytucji do polskiej praktyki orzeczniczej. Podniosłoby to z pewnością poziom zgodności działań przedsiębiorców z podjętymi przez nich zobowiązaniami”⁶¹⁷. Natomiast akceptowane przez M. Błachuckiego uzależnianie spełnienia strukturalnego warunku zbycia aktywów od stosowania warunków alternatywnych, np. wyzbycia się tzw. klejnotów koronnych (*crown jewels*)⁶¹⁸, nie mieści się w kategorii środków zaradczych o charakterze gwarancyjnym, lecz stanowi element warunku modyfikacyjnego.

Jest oczywiste, że korzystanie z szerokiego katalogu środków gwarancyjnych musi bazować na dorobku porządków prawnych kontroli koncentracji bardziej rozwiniętych od polskiego porządku prawnego, u podstaw których leży przekonanie, że największą skuteczność modyfikacji zamierzonych koncentracji zapewnia polityka *fix-it-first* oraz *up-front buyer*, a także szerokie stosowanie zaradczych środków gwarancyjnych, takich jak odrębne zarządzanie (*hold-separate*) i *firewall*, *crown jewel*, powiernik monitorujący, powiernik zbycia, procedura arbitrażowa; zatwierdzenie nabywcy czy obowiązki

2011 r., Nr DKK-128/2011 *Eurocash/Tradis*; decyzja Prezesa UOKiK z 26.03.2012 r., Nr DKK-23/2012 *Polpharma/Polfa*.

⁶¹⁶ Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 117 i 130.

⁶¹⁷ M. Błachucki, *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji...*, s. 302.

⁶¹⁸ Tamże, s. 302–303.

sprawozdawcze to z pewnością za mało, by zagwarantować pełne i terminowane wykonanie warunków modyfikacyjnych.

6. Uwarunkowania proceduralne i sankcyjne zgód warunkowych

6.1. Formułowanie i nakładanie warunków

6.1.1. Procedura formułowania i nakładania warunków

Jak już wskazano, *ratio legis* instytucji prawnej zgody warunkowej jest **możliwość uniknięcia zakazu** antykonkurencyjnej koncentracji, co jest **korzystne i pożądane** zarówno **dla uczestników koncentracji**, jak i dla **organu(-ów) ochrony konkurencji**⁶¹⁹. Żeby instytucja ta umożliwiała uczestnikom zamierzonej koncentracji jej dokonanie na warunkach dla nich akceptowalnych oraz pozwalała organowi ochrony konkurencji zachować lub przywrócić skuteczną konkurencję na rynkach, na które dana koncentracja wywiera wpływ, racjonalny prawodawca powinien nie tylko określać istotę i charakter warunków (środków zaradczych), nakładanych w decyzjach warunkowych, ale także stworzyć odpowiednie **rozwiązania proceduralne**, służące takiemu rozłożeniu praw i obowiązków uczestników koncentracji i organu ochrony konkurencji w zakresie formułowania i nakładania warunków, żeby mogli oni w praktyce uznać, że skutecznie realizują swoje interesy lub wypełniają swoją misję. O ile jednak istota i charakter warunków (środków zaradczych) nie muszą być i nie zawsze są przedmiotem regulacji prawnej (mogą być wypracowane w praktyce decyzyjnej i orzeczniczej), o tyle reguły proceduralne formułowania i nakładania warunków raczej powinny być uregulowane prawnie. Jeżeli prawodawca tego nie zrobi, organ ochrony konkurencji może mieć zbyt duży zakres swobodnego uznania, co w konsekwencji może narużyć ww. równowagę osiągania celów instytucji prawnej zgody warunkowej przez uczestników koncentracji i organ ochrony konkurencji.

Jak wynika z przeprowadzonych badań nad porządkami prawnymi kontroli koncentracji, zakres regulacji prawnej procedur formułowania i nakładania warunków jest bardzo różny. W niewielkim stopniu procedura ta jest ukształtowana przez normy prawne (*hard law*) zawarte w ustawach i aktach wykonawczych do nich. Znacznie częściej lub bardziej szczegółowo regulują ją wytyczne organów ochrony konkurencji (*soft law*). Czasami są one dopiero wynikiem praktyki działania tych organów. Może (lecz nie musi) to powodować po stronie uczestników koncentracji niepewność prawną, co

⁶¹⁹ Zob. wyżej pkt 1 niniejszego rozdziału.

do formalnych (proceduralnych) przesłanek korzystania z instytucji zgody warunkowej w praktyce.

W przeprowadzonych badaniach założono, że prawidłowo ukształtowana prawnie lub praktycznie procedura formułowania i nakładania warunków powinna jasno określać:

- a) w jakim momencie postępowania w sprawie koncentracji może lub powinna rozpocząć się procedura formułowania warunków;
- b) do kogo należy lub powinna należeć inicjatywa proponowania i formułowania warunków;
- c) w jaki sposób warunki te są formułowane;
- d) kto i w jaki sposób akceptuje i nakłada na uczestników koncentracji te warunki.

Rozwiązania proceduralne, prawnie uregulowane lub będące wynikiem praktyki, są często także **zdeteminowane istotą** istniejącego w danym kraju **modelu instytucjonalnego i proceduralnego** ochrony konkurencji w ogóle, a kontroli koncentracji – w szczególności, są także ściśle powiązane z sankcjami służącymi skutecznemu wyegzekwowaniu środków zaradczych określonych w zgodzie warunkowej⁶²⁰. **W sensie instytucjonalnym** przedstawione poniżej rozwiązania proceduralne są w dużym stopniu zdeteminowane tym, czy **realizacja funkcji dochodzeniowych** (inkwizycyjnych) **oraz decyzyjnych** (ewaluacyjnych) jest w danym porządku prawnym przypisana jednemu czy dwóm (ewentualnie więcej) organom ochrony konkurencji, a jeżeli tak, to czy organem decyzyjnym (tu: dokonującym akceptacji warunków) jest organ administracyjny czy sądowy (ewentualnie quasi-sądowy), a także jaki jest charakter administracyjnego organu ochrony konkurencji; ta ostatnia kwestia ma szczególne znaczenie wtedy, gdy w danym porządku prawnym występuje tylko jeden organ ochrony konkurencji. **W sensie proceduralnym** analizowane poniżej rozwiązania w dużym stopniu zależą od tego, czy postępowanie w sprawie koncentracji jest **jedno- czy dwufazowe**.

Jeśli chodzi o **uwarunkowania instytucjonalne** formułowania warunków i ich nakładania w decyzji organu ochrony konkurencji, wskazać należy przede wszystkim na fakt, że w większości badanych porządków prawnych kontroli koncentracji na świecie istnieje – bardziej lub mniej wyraźny – **rozdział kompetencji dochodzeniowych i decyzyjnych** w sprawach ochrony konkurencji w ogóle, a w sprawach koncentracji w szczególności⁶²¹. Rozdział ten przybiera – modelowo – jedną z dwóch następujących postaci.

⁶²⁰ Zob. niżej pkt 6.2 niniejszego rozdziału.

⁶²¹ W odniesieniu do państw członkowskich UE analizuję je szeroko [w:] *Instytucjonalne modele wdrażania regul – wnioski dla Polski*, RPEiS 2011, Nr 2, s. 77 i d.

W modelu sądowym⁶²² lub **mieszanym** (administracyjno-sądowym)⁶²³ funkcje dochodzeniowe (od wszczęcia postępowania, przez postępowanie dowodowe, do sformalizowanego – w drodze aktu oskarżenia lub wniosku – przekazania sprawy innemu organowi) są przypisane prawnie administracyjnemu organowi ochrony konkurencji, a funkcje ewaluacyjne (podjęcie decyzji w przekazanej sprawie i ewentualnie zastosowanie środków egzekucyjnych) – sądowi powszechnemu lub organowi quasi-sądowemu (kontrola sądowa rozstrzygnięć tych sądów lub quasi-sądów należy do wyższych instancji sędziowskich w danym kraju). Taki model istnieje w państwach pozaeuropejskich (np. w USA, Kanadzie⁶²⁴, Australii czy RPA), ale także w kilku krajach europejskich, przy czym czysty model sądowy występuje w Europie tylko w Austrii⁶²⁵. Modele mieszane (administracyjno-sądowe) istnieją natomiast w Wielkiej Brytanii, Irlandii, Finlandii i Szwecji, aczkolwiek tylko w tych dwóch ostatnich „starych” państwach członkowskich UE rozdział kompetencji dochodzeniowych i decyzyjnych jest rozłożony między organy administracji i sądy wyłącznie w sprawach koncentracji.

Rozdzielenie funkcji dochodzeniowych i decyzyjnych jest możliwe także w **administracyjnym modelu instytucjonalnym** ochrony konkurencji. Rozdzielenie to ma miejsce tam, gdzie występuje **model dualistyczny**, w którym istnieją dwa organy ochrony konkurencji – klasyczny organ administracyjny, prowadzący postępowanie dowodowe, oraz usytuowany poza nim kolegialny organ decyzyjny. Model taki występuje np. w Wielkiej Brytanii, gdzie Urząd ds. Uczciwego Handlu prowadzi dochodzenie wstępne w sprawach koncentracji, które kończy raportem, przekazywanym do Komisji Konkurencji, która prowadzi dochodzenie główne i podejmuje decyzje w sprawach koncentracji⁶²⁶.

Rozwiązania instytucjonalne administracyjnej ochrony konkurencji istniejące w pozostałych – tak „starych”, jak i „nowych” państwach członkowskich UE można zaliczyć do **modelu monistycznego** (jeden organ ochrony konkurencji). Ze względu na różny sposób i zakres zapewnienia rozdzielenia funkcji inkwizycyjnych od funkcji decyzyjnych w ramach tego modelu wyróżnia się sześć submodeli⁶²⁷. We wszystkich tych submodelach (z wyjątkiem

⁶²² Tamże, s. 81–82.

⁶²³ Tamże, s. 89–91.

⁶²⁴ Art. 92 i 105 kanadyjskiej ustawy o konkurencji z 1995 r.

⁶²⁵ Art. 58 i d. austriackiej federalnej ustawy kartelowej z 2005 r.; zob. także F. Urlsberger, S. Stegbauer, *Austria* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 30.

⁶²⁶ Są wszakże plany ich połączenia <http://kluwercompetitionlawblog.com/2010/10/29/bonfire-of-the-quangos-a-burning-desire-to-reform-the-uk-competition-regime/>.

⁶²⁷ Piszę o tym szerzej [w:] *Instytucjonalne modele wdrażania reguł konkurencji*, s. 84 i d.

modelu monistyczno-monokratycznego, występującego w Norwegii, Estonii i w Polsce), rozdzielenie takie następuje w drodze ustrojowych rozwiązań wewnątrzorganizacyjnych. W modelu monistyczno-monokratycznym całość kompetencji w zakresie ochrony konkurencji, w tym w sprawach koncentracji, skupia się w rękach jednego jednoosobowego organu ochrony konkurencji.

Jak już wskazano wyżej w Polsce realizowany jest administracyjny model monistyczno-monokratyczny ochrony konkurencji, gdyż **jednoosobowy organ** administracji centralnej (Prezes UOKiK) **dysponuje całością kompetencji** w sprawach ochrony konkurencji, w tym w sprawach koncentracji. W tym ostatnim zakresie, na podstawie zgłoszenia zamiaru dokonania koncentracji, wszczynają on jednofazowe postępowanie administracyjne, prowadzi postępowanie dowodowe oraz podejmuje decyzje, w tym decyzje zakazujące dokonania koncentracji lub wyrażające zgodę na jej dokonanie – także warunkową, jak również nakładające kary pieniężne za naruszenie przepisów ustawy lub wydanych przez niego decyzji.

Jeśli chodzi o **uwarunkowania proceduralne** formułowania i nakładania warunków w postępowaniu w sprawie koncentracji, istotne znaczenie ma charakter tego postępowania. Jak wynika z przeprowadzonych badań kilkudziesięciu porządków prawnych kontroli koncentracji, może to być postępowanie dwufazowe lub jednofazowe.

Postępowanie dwufazowe występuje w większości badanych porządków prawnych kontroli koncentracji. **Dwufazowy charakter postępowania** w sprawach koncentracji wynika przede wszystkim z istoty przyjętego modelu instytucjonalnego ochrony konkurencji. Dwie fazy postępowania w sprawach koncentracji występują zawsze **w modelu sądowym**, w którym organ administracyjny uprawniony do kontroli koncentracji może przeprowadzić postępowanie zmierzające do oceny potencjalnych skutków koncentracji (pierwsza faza), ale o wydanie orzeczenia (zakazu lub zgody warunkowej) musi wystąpić do sądu powszechnego (druga faza); tak jest np. w USA, Kanadzie, Austrii, Finlandii i Szwecji. Równie oczywista jest **dwufazowość postępowania** w sprawach koncentracji **w administracyjnym modelu dualistycznym**, w którym prawodawca wyraźnie rozdziela kompetencje dochodzeniowe i decyzyjne. Te pierwsze realizuje organ administracji, do którego wpływają zgłoszenia zamiaru koncentracji (pierwsza faza), te drugie – inny niezależny organ administracji publicznej, który, wydając decyzję, ocenia materiał dowodowy zgromadzony w pierwszej fazie postępowania i przedłożony mu wraz z wnioskiem (rekomendacją, skierowaniem), oraz zakazuje dokonania koncentracji lub wyraża warunkową zgodę na jej dokonanie. W postępowaniu przed tym drugim organem (druga faza) możliwe jest nie

tylko zaakceptowanie lub odrzucenie warunków zaproponowanych przez uczestników koncentracji w pierwszej fazie postępowania, ale także sformułowanie i nałożenie nowych warunków zgłoszonych przez uczestników koncentracji dopiero w tej fazie postępowania. Tak jest np. w Australii czy Wielkiej Brytanii. Dwufazowość postępowania w sprawach koncentracji nie jest już taka oczywista w przypadku administracyjnych **modeli instytucjonalnych o charakterze monistycznym**. Jeżeli bowiem w danym porządku prawnym istnieje tylko jeden organ ochrony konkurencji, prawodawca może różnie ukształtować obie fazy procedury zgłaszania zamiaru koncentracji, oceny jej potencjalnych skutków i decydowania o dopuszczalności jej dokonania. Dwufazowość ta jest tu zawsze ściśle powiązana z rozwiązaniami instytucjonalnymi dotyczącymi wewnętrznej struktury organu administracji, a właściwie urzędu, na którego czele organ ten stoi. Dwufazowe postępowanie występuje w np. Niemczech, Francji, Belgii, Grecji, Hiszpanii, Holandii i we Włoszech („stare” państwa członkowskie UE), oraz w Bułgarii, Czechach, Estonii, na Węgrzech, w Rumunii i Słowenii („nowe” państwa członkowskie UE).

W porządkach prawnych kontroli koncentracji, w których mamy do czynienia z **postępowaniem jednofazowym**, wszelkie działania – od wszczęcia postępowania do jego zakończenia decyzją administracyjną – stanowią jedną, nieprzerwaną sekwencję czynności prawnych i faktycznych. W postępowaniu tym organ ochrony konkurencji dysponuje pełnią uprawnień dochodzeniowych. Wyniki tego postępowania stanowią podstawę jego własnej decyzji. Podejmując decyzję zakazującą dokonania koncentracji lub wyrażającą zgodę na jej dokonanie „akceptuje” on prawidłowość swego własnego działania. Uczestnicy koncentracji mają zatem od początku (od wszczęcia postępowania) do czynienia tylko z jednym podmiotem – urzędnikiem prowadzącym postępowanie (*case handler*). **Postępowanie jednofazowe** istnieje tylko w kilkunastu zbadanych porządkach prawnych – poza Europą np. w Meksyku, Brazylii, Nowej Zelandii, Japonii, Indiach, w Europie np. w Danii, Norwegii, Szwajcarii, Turcji, na Litwie, Łotwie, Malcie i Słowacji.

Rozwiązanie to obowiązuje także w Polsce. Prezes UOKiK jest organem, który wszczyna postępowanie w sprawie koncentracji na podstawie wniesionego do niego zgłoszenia zamiaru jej dokonania, prowadzi postępowanie dowodowe oraz wydaje decyzję, w tym zgodę warunkową. Warto jednak podkreślić, że rozwiązanie to ma być wkrótce zmienione; procedowany aktualnie projekt nowelizacji uokik z 2007 r. zakłada wprowadzenie dwuetapowego postępowania w sprawach koncentracji przedsiębiorców. Ponieważ Polska należy do niewielkiej grupy państw, w których postępowanie w sprawach koncentracji jest jak dotąd jednoetapowe, zmianę tę

należy generalnie poprzeć. Z przedstawionych założeń⁶²⁸ nie wynika jednak, co będzie treścią postanowienia rozpoczynającego drugą fazę tego postępowania („zwykle” postanowienie o przedłużeniu postępowania czy „szczególne” postanowienie o wszczęciu drugiej fazy postępowania, zawierające merytoryczne uzasadnienie przyczyn podjęcia takiego rozstrzygnięcia). Nie wiadomo zatem, czy już w tym postanowieniu UOKiK będzie musiał wskazać np. „poważne wątpliwości”, określone „zastrzeżenia” lub „zagrożenia dla konkurencji”. Jak się wydaje, ustawodawca powinien go do tego zobowiązywać, aby strony już w tym momencie wiedziały – choćby generalnie – jakiego rodzaju obawy uznaje za prawdopodobne; w praktyce może to jednak nie być jeszcze możliwe.

6.1.2. Zagrożenia dla konkurencji jako punkt wyjścia procedury formułowania warunków

Generalnie rzecz ujmując, jeżeli *ratio legis* zgody warunkowej jest uniknięcie zakazu antykonkurencyjnej koncentracji, to **procedura formułowania i nakładania warunków powinna rozpoczynać się w momencie**, w którym jest już prawdopodobne, że bez dokonania modyfikacji zamierzonej (zgłoszonej) koncentracji **organ ochrony konkurencji** nie może wydać zgody bezwarunkowej, a zatem **będzie musiał zakazać jej dokonania**⁶²⁹. Najbardziej oczywistym rozwiązaniem proceduralnym byłoby zatem **powiązanie** rozpoczęcia procedury formułowania warunków **z poinformowaniem** zgłaszającego zamiar dokonania koncentracji, że zamierzona transakcja spełnia negatywny test konkurencji (powoduje istotne ograniczenie konkurencji) lub nie spełnia pozytywnego testu konkurencji (nie powoduje istotnego ograniczenia konkurencji), czego konsekwencją jest konieczność wydania (bezwarunkowego) zakazu jej dokonania lub brak możliwości wydania (bezwarunkowej) zgody na jej dokonanie. Najlepiej byłoby, gdyby poinformowanie zgłaszającego o zagrożeniach dla konkurencji było **prawnym obowiązkiem** organu ochrony konkurencji i przybierało postać formalnego aktu administracyjnego (odpowiednika polskiego postanowienia), od doręczenia którego zaczyna biec formalny termin skorzystania przez uczestników koncentracji z możliwości zaproponowania i wynegocjowania środków zaradczych, które organ ochrony konkurencji nałożyłby następnie w zgodzie warunkowej. W takim

⁶²⁸ Zob. Założenia projektu zmian w uokik z 2012 r. www.uokik.gov.pl.

⁶²⁹ Pomijam tu oczywiście sytuację, w której w tym momencie postępowania uczestnicy koncentracji odstępują od zamiaru jej dokonania, wycofując formalnie zgłoszenie, co spowoduje umorzenie postępowania (w Polsce na podstawie art. 75 ust. 1 pkt 1 uokik z 2007 r.).

modelu, zarówno uczestnicy koncentracji, jak i organ ochrony konkurencji, mieliby pełne i równe szanse wynegocjowania takich środków zaradczych, które umożliwią dokonanie koncentracji bez zagrożenia dla konkurencji. Co więcej, taki model procedury formułowania i nakładania warunków współgrałby idealnie z dwufazowością postępowania w sprawie koncentracji, w tym z modelem instytucjonalnym ochrony konkurencji, przewidującym rozdzielenie funkcji dochodzeniowych i decyzyjnych.

Rzeczywiste procedury formułowania i nakładania warunków w zbadanych porządkach prawnych różnią się od takiego – teoretycznego – modelu pod wieloma względami. Pierwszą taką różnicą jest – mniej lub bardziej formalne – oczekiwanie niektórych prawodawców lub organów ochrony konkurencji, żeby procedura formułowania warunków, mających służyć uniknięciu zakazu dokonania koncentracji, rozpoczynała się lub mogła się rozpoczynać jeszcze **przed formalnym stwierdzeniem** przez organ ochrony konkurencji, że zamierzona koncentracja rodzi lub może rodzić **zagrożenia dla konkurencji** (*competition concerns*). Oczekiwanie to ma swoje ugruntowanie w przekonaniu, że im szybciej warunki takie zostaną zaproponowane, tym więcej czasu pozostanie na negocjacje i większe będą szanse na wydanie zgody warunkowej. Organy ochrony konkurencji zakładają zapewne, że uczestnicy koncentracji doskonale wiedzą, na czym polegają zagrożenia dla konkurencji związane z zamierzonymi transakcjami. Założenie takie mogło być uprawnione tam i wtedy, gdzie lub gdy stosowany do oceny zamierzonych koncentracji test konkurencji nie wykraczał poza strukturalny wymiar rynku (domniemanie pozycji dominującej). W dobie ekonomizacji testu konkurencji, w tym konieczności szczegółowego zbadania czynników wzmacniających (*corroborating*) strukturalne skutki koncentracji lub przeciwdziałających (*countervailing*) im, założenie to jest, w moim przekonaniu, błędne, aczkolwiek wystąpienie takiego przypadku w praktyce nie jest absolutnie wykluczone.

Mimo to, w niektórych pozaeuropejskich i europejskich porządkach prawnych kontroli koncentracji występuje **możliwość bardzo wczesnego proponowania środków zaradczych**. Poza Europą możliwość taka istnieje np. w Japonii, gdzie strony transakcji konsultują w praktyce szanse na uzyskanie akceptacji zamierzonej koncentracji jeszcze przed dokonaniem zgłoszenia, a w konsekwencji proponują środki zaradcze już w samym formalnym zgłoszeniu⁶³⁰. Rzadko więc dochodzi tam do wydania ostatecznego nakazu odstąpienia od koncentracji (*cease and desist order*)⁶³¹.

⁶³⁰ Zob. M. Matsushita, Y. Watanabe, K. Kamiuchi, *Japan* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 21: March 2011, s. 32-31.

⁶³¹ Wydanego na podstawie art. 172 japońskiej ustawy antymonopolowej z 1947 r.; zob. też A. Uesugi, K. Yamada, *Japan* [w:] *Merger Control 2008*, s. 205.

Możliwość taka istnieje jednak przede wszystkim w prawie UE i w niektórych jej państwach członkowskich. Strony transgranicznej koncentracji o wymiarze unijnym mogą mianowicie przedłożyć KE propozycje zobowiązań modyfikacyjnych **w trybie nieformalnym** nawet **jeszcze przed zgłoszeniem** zamiaru jej dokonania⁶³²; w praktyce dzieje się tak jednak bardzo rzadko. Możliwość taka istnieje formalnie także w Wielkiej Brytanii, jednak nie jest często stosowana. Również w niektórych państwach członkowskich UE strony koncentracji mogą proponować środki zaradcze jeszcze przed zgłoszeniem, czyli przed wszczęciem pierwszej fazy postępowania w sprawie koncentracji (np. w Austrii⁶³³, w Czechach i na Węgrzech⁶³⁴) lub **w dowolnym momencie pierwszej fazy** takiego postępowania (np. w Niemczech⁶³⁵, w Grecji, Irlandii i Szwecji). Prawo przedłożenia propozycji środków zaradczych **w samym zgłoszeniu** lub na możliwie wczesnym etapie postępowania, zwłaszcza wtedy, gdy jest to postępowanie jednofazowe, zdają się uznawać także organy ochrony konkurencji tych krajów, w których kwestia ta nie jest w ogóle regulowana (nawet w *soft law*).

Jak się wydaje, stanowisko takie reprezentuje m.in. polski organ ochrony konkurencji. Należy jednak zauważyć, że w warunkach realizowanego w Polsce modelu instytucjonalnego (monistyczno-monokratycznego) ochrony konkurencji i jednofazowości – krótkiego – postępowania w sprawach koncentracji jakiegokolwiek informacje na temat zagrożeń dla konkurencji pojawiają się w praktyce o wiele później, a czasem dopiero pod koniec postępowania dowodowego⁶³⁶.

Najbardziej zgodnym z ww. modelem teoretycznym i występującym w wielu porządkach prawnych na świecie rozwiązaniem proceduralnym zapewniającym równość szans w procesie formułowania środków

⁶³² Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 77 czy 78.

⁶³³ W mieszanym austriackim modelu instytucjonalnym ochrony konkurencji, strony mogą zaproponować Federalnemu Urzędowi ds. Konkurencji (...) lub Federalnemu Prokuratorowi Kartelowemu (...) środki zaradcze w celu uniknięcia wniesienia sprawy do zbadania przez Sąd Kartelowy; nie zrealizowanie tych zobowiązań oznacza naruszenie wymogu wstrzymania się od dokonania koncentracji bez zgody organu ochrony konkurencji. Art. 17 ust. 2 austriackiej federalnej ustawy kartelowej z 2005 r.; zob. także: A. Reidlinger, A. Zellhofer, *Austria* [w:] *Merger Control 2008*, s. 47; F. Urlsberger, S. Stegbauer, *Austria* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 34.

⁶³⁴ Zob. F. Urlsberger, A. Turi, *Hungary* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 139; Z. Marosi, G. Fejes, *Hungary* [w:] *Merger Control 2008*, s. 161.

⁶³⁵ Także w Niemczech zasadne jest wystąpienie z taką propozycją jak najwcześniej po tym, jak zagrożenia dla konkurencji stają się jasne.

⁶³⁶ Krytycznie o długości postanowień w sprawach koncentracji i zbyt późnego informowania o zarzutach wobec określonej transakcji zob. M. Kolasiński, *Polityka kontroli koncentracji w Polsce – stan obecny i możliwe zmiany*, iKAR 1(1) 2012, s. 84.

zaradczych jest – mniej lub bardziej sformalizowane – **poinformowanie zgłaszającego przez organ ochrony konkurencji o zagrożeniach dla konkurencji**, jakie wiążą się z ewentualnym dokonaniem koncentracji. Wprawdzie w USA wymogu takiego nie formułuje ani Ustawa Claytona, ani Wytyczne Departamentu Sprawiedliwości i Federalnej Komisji Handlu, ale w praktyce procedura negocjacji zaczyna się od stwierdzenia przez któryś z tych organów, że badana transakcja może zaszkodzić konkurencji. Podobnie jest w innych państwach pozaeuropejskich (np. w Kanadzie⁶³⁷ i Australii⁶³⁸), gdzie organy ochrony konkurencji, dochodząc do wniosku, że zgłoszona koncentracja może ograniczyć konkurencję i mając zamiar wystąpić przeciwko zamiarowi jej dokonania do sądu, mogą poinformować i faktycznie informują o tym strony koncentracji w celu umożliwienia im zanalizowania, czy możliwa jest taka modyfikacja transakcji, która wyeliminuje ich zastrzeżenia. Spośród pozaeuropejskich porządków prawnych najdalej idzie w tym zakresie japońska ustawa antymonopolowa, która nakłada na Komisję ds. Uczciwego Handlu obowiązek, żeby – po przeprowadzeniu oceny zgłoszonej koncentracji – poinformowała strony transakcji o zamiarze zastosowania środków eliminujących, a także umożliwiła im zgłoszenie warunków.

Mniej lub bardziej formalne poinformowanie o stwierdzonych zagrożeniach dla konkurencji powodowanych przez zgłoszoną koncentrację istnieje również w UE i wielu jej państwach członkowskich. W systemie prawnym kontroli koncentracji UE, zagrożenia dla konkurencji mogą być zauważone przez KE już w pierwszej fazie postępowania. Ponieważ formalnie rzecz biorąc, strony muszą przedłożyć zobowiązania w czasie nie dłuższym niż 20 dni roboczych od dnia zgłoszenia⁶³⁹, KE informuje strony o swoich poważnych wątpliwościach odpowiednio wcześniej przed upływem tego terminu **nawet w trybie nieformalnym**⁶⁴⁰; zgłaszające strony mają zwykle w takiej sytuacji możliwość wzięcia udziału w spotkaniu służącym wyjaśnieniu aktualnej sytuacji⁶⁴¹. W drugiej fazie postępowania w sprawie koncentracji zagrożenia dla konkurencji są przekazywane stronom przez KE **formalnie w decyzji w sprawie „poważnych wątpliwości”** (*serious doubts*), wydanej na podstawie

⁶³⁷ Zob. szerzej Information Bulletin on Merger Remedies, wydany przez kanadyjskie Biuro ds. Konkurencji w 2006 r.

⁶³⁸ Art. 87 B australijskiej ustawy o praktykach handlowych z 1974 r.

⁶³⁹ Termin ten jest niekiedy kontestowany jako zbyt krótki; zob. *The Oxford Encyclopedia of European Community Law*. Volume III: *Competition Law and Policy*, A.G. Toth (ed.), Oxford University Press, Oxford 2008, s. 520.

⁶⁴⁰ Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 78.

⁶⁴¹ Najlepsze praktyki Komisji w zakresie prowadzenia postępowania w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, pkt 33.

art. 6 ust. 1 lit. c) rozp. 139/2004, lub **w piśmie o przedstawieniu zastrzeżeń** (*Statement of Objections*)⁶⁴². W tej fazie postępowania strony mają aż 65 dni roboczych od dnia jej wszczęcia na zaproponowanie Komisji Europejskiej środków zaradczych⁶⁴³, mających na celu uczynienie koncentracji zgodną z rynkiem wewnętrznym i w ten sposób uzyskać zgodę na koncentrację⁶⁴⁴. Komisja Europejska zachęca jednak do składania propozycji zobowiązań wcześniej niż jest to wymagane. Późne złożenie tych propozycji może prowadzić do przedłużenia terminu, jaki KE ma na wydanie decyzji ostatecznej⁶⁴⁵. Artykuł 20 ust. 2 rozp. 802/2004 przewiduje ponadto przedłożenie przez strony szczegółowych informacji koniecznych dla zatwierdzenia przez KE zgłoszonych zobowiązań (na tzw. formularzu RM).

Inaczej niż rozp. 139/2004, w większości „starych” i „nowych” państw członkowskich UE prawodawca nie reguluje trybu i terminów przedstawienia propozycji środków zaradczych, w tym nie wiąże ich z formalnym przedstawieniem zastrzeżeń wobec zgłoszonej koncentracji, zwłaszcza w przypadku pierwszej fazy postępowania; tak jest niekiedy nawet w państwach członkowskich UE, w których istnieją Wytyczne w sprawie środków zaradczych wzorowane na Zawiadomieniu KE z 2008 r.⁶⁴⁶ Taka sytuacja, a w szczególności brak postanowienia o przedstawieniu zastrzeżeń powoduje, że strony mogą długo nie wiedzieć, jakie zarzuty wobec danej transakcji ma organ ochrony konkurencji⁶⁴⁷.

Podobne do unijnych rozwiązania lub podobna praktyka działania organów ochrony konkurencji istnieją w niektórych „starych” państwach członkowskich UE. W Wielkiej Brytanii np. propozycję zobowiązań zaradczych strony koncentracji mogą wprawdzie zgłaszać w dowolnym momencie postępowania przed Urzędem ds. Uczciwego Handlu, najczęściej robią to jednak bezpośrednio dopiero po tzw. spotkaniu roboczym (*issue meeting*) przedstawicieli stron koncentracji i Urzędu, w trakcie którego są prezentowane m.in. zidentyfikowane przez Urząd zagrożenia dla konkurencji. W postępowaniu przed Komisją Konkurencji sprawa środków zaradczych pojawia się

⁶⁴² Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 77.

⁶⁴³ Art. 19 ust. 2 akapit 2 i 3 rozp. 802/2004.

⁶⁴⁴ Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 88.

⁶⁴⁵ Zob. art. 10 ust. 3 akapit 2 rozp. 139/2004 oraz pkt 89 Zawiadomienia KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r.

⁶⁴⁶ Holenderskie Wytyczne w sprawie środków zaradczych są wprawdzie wzorowane na Zawiadomieniu KE z 2008 r., ale nie określają momentu rozpoczęcia procedury formułowania warunków.

⁶⁴⁷ W odniesieniu do sytuacji w Portugalii stwierdzają to wprost C. Bothelo Moniz, P. de Gouveia e Melo, *Portugal* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 248. Podobna sytuacja jest we Francji, w Grecji, Holandii, Portugalii, Szwecji i we Włoszech.

najczęściej dopiero wtedy, gdy Komisja ta dochodzi do tzw. ustaleń tymczasowych (*preliminary findings*), podobnych do komisyjnego pisma o przedstawieniu zastrzeżeń (*Statement of Objections*)⁶⁴⁸. Również w Niemczech, chociaż w praktyce większość spraw zakończonych decyzją warunkową została wydana na zakończenie drugiej fazy postępowania, strony mogą proponować warunki od razu po tym, jak zagrożenia dla konkurencji stają się jasne – tak jest zwłaszcza po wydaniu przez Federalny Urząd Kartelowy Postanowienia o Zastrzeżeniach (*Statement Objections*)⁶⁴⁹. W Belgii strony koncentracji mogą przedstawić zobowiązania (*undertakings*) w pierwszej fazie postępowania w ciągu 5 dni po tym, jak Audytor poinformuje je o zastrzeżeniach wobec koncentracji, a w drugiej fazie postępowania w okresie 20 dni od decyzji Rady wszczynającej drugą fazę⁶⁵⁰. Także w Grecji w okresie 15 dni od wszczęcia drugiej fazy postępowania Komisja musi powiadomić strony o wszczęciu badania *in-depth*; mogą one wtedy zaproponować modyfikacje zgłoszonej koncentracji i powiadomić o tym Komisję w celu usunięcia jej poważnych wątpliwości co do antykonkurencyjnych skutków koncentracji i uzyskania na nią zgody Komisji. Jest to jednak procedura dokonania modyfikacji koncentracji, a nie procedura formułowania i nakładania warunków⁶⁵¹. W praktyce zatem także w drugiej fazie postępowania strony mogą zgłaszać środki zaradcze w dowolnym momencie. Nieformalne poinformowanie stron o zagrożeniach dla konkurencji i zaproszenie do zaproponowania środków służących ich wyeliminowaniu praktykowane jest także w wielu innych krajach, często już nawet w pierwszej fazie postępowania (np. w Irlandii⁶⁵², Szwecji⁶⁵³ czy we Włoszech).

Charakterystyczne jest, że w niektórych „nowych” państwach członkowskich UE prawodawca wymaga od organów kontroli koncentracji poinformowania stron o stwierdzeniu zagrożeń dla konkurencji. Najwyraźniej obowiązek taki sformułowała ustawa estońska. Jeżeli Urząd ds. Konkurencji

⁶⁴⁸ Zob. N. Parr, D. Liddell, *United Kingdom* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 334.

⁶⁴⁹ Zob. M. Rosenthal, *Germany* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 126; H. Bergmann, F. Röhlting, *Germany* [w:] *Merger Control 2008*, s. 149.

⁶⁵⁰ Art. 59 belgijskiej ustawy o ochronie konkurencji gospodarczej z 2006 r.; zob. także J. Stuyck, I. Buelens, *Belgium* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 40; L. Garzaniti, Th. Janssen, P. Goffinet, *Belgium* [w:] *Merger Control 2008*, s. 57.

⁶⁵¹ Zob. E. Bourtzalas, *Greece* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 134.

⁶⁵² Art. 20 ust. 1 lit. b/ oraz ust. 3 i 4 irlandzkiej ustawy o konkurencji z 2002 r.

⁶⁵³ Już w pierwszej fazie postępowania szwedzki Urząd ds. Konkurencji może jednak zasygnalizować zidentyfikowane problemy dla konkurencji stronom koncentracji zarówno przez nieformalne dyskusje w pierwszej fazie postępowania, jak i przez ukazanie im projektu wniosku do Sądu Rynkowego o jej zakazanie.

przewiduje, że koncentracja może prowadzić do szkody konkurencyjnej powinien natychmiast powiadomić o tym strony, najpóźniej na 1 miesiąc przed upływem terminu drugiej fazy postępowania i zaprosić je do negocjacji w sprawie środków zaradczych⁶⁵⁴. Słoweńska ustawa o przeciwdziałaniu ograniczeniom konkurencji stosunkowo szczegółowo reguluje reguły stosowania środków korekcyjnych (zaradczych) w celu zapewnienia, że koncentracja spełniać będzie wymogi ustawowe, które mogą prowadzić do wydania zgody warunkowej. Przewiduje ona mianowicie, że strony zgłaszające mogą proponować środki korekcyjne (*corrective measures*) w celu wyeliminowania poważnego podejrzenia niezgodności (*to eliminate serious suspicion of compliance*) koncentracji z regułami konkurencji. Urząd musi więc przedstawić stronom problemy z konkurencją, które zidentyfikował i zaprosić je do zgłaszania zobowiązań, które zaradzą tym problemom⁶⁵⁵. Rumuńskie Wytyczne, wzorowane na unijnych z 2008 r., stwierdzają, że w obu fazach postępowania strony mogą przedkładać propozycje środków zaradczych do Rady Konkurencji. Propozycje te mogą być akceptowane, gdy są przedłożone nie później niż 15 dni po wpłynięciu skutecznego zgłoszenia w pierwszej fazie lub 30 dni po otwarciu postępowania w drugiej fazie.

W pozostałych „nowych” państwach członkowskich UE brak jest szczegółowych przepisów dotyczących terminów i sekwencji działań, mających doprowadzić do zgody warunkowej, ale w praktyce strony są informowane o zagrożeniach dla konkurencji i zapraszane do zgłaszania propozycji (np. na Malcie⁶⁵⁶ czy na Węgrzech⁶⁵⁷). Podobnie jest nawet w państwach, gdzie postępowanie w sprawach konkurencji jest jednofazowe – np. na Litwie, Łotwie i Słowacji; w tym ostatnim kraju, jeżeli w trakcie (jednofazowego) postępowania Urząd stwierdzi zagrożenia dla konkurencji może zaprosić (pisemnie) strony do składania zobowiązań (*undertakings*), których spełnienie usunie te zagrożenia. Strony mogą je przedkładać przez 30 dni roboczych od otrzymania takiego listu.

Także Polska należy do krajów, w których ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie określa trybu i terminów zgłaszania propozycji warunków, ani przez uczestników koncentracji, ani przez Prezesa UOKiK. Co więcej, ustawa ta nie zna instytucji prawnej postanowienia o zastrzeżeniach wobec zgłoszonej koncentracji. W tej sytuacji zdecydowanie pozytywnie

⁶⁵⁴ Art. 28 ust. 3 w zw. z art. 27 ust. 3 estońskiej ustawy o konkurencji z 2001 r.

⁶⁵⁵ Art. 51 ust. 1 słoweńskiej ustawy o konkurencji z 2008 r.

⁶⁵⁶ Zob. K. Sammut, J. Phyll, *Malta* [w:] *Merger Control 2008*, s. 236.

⁶⁵⁷ Praktyka formułowania i nakładania warunków na Węgrzech jest jednak zgodna z praktyką unijną; zob. F. Urlesberger, A. Turi, *Hungary* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 139; Z. Marosi, G. Fejes, *Hungary* [w:] *Merger Control 2008*, GCR, s. 161.

należy ocenić propozycję Prezesa UOKiK⁶⁵⁸ wprowadzenia do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów instytucji prawnej przedstawienia przedsiębiorcy w toku trwającego postępowania zastrzeżeń, jakie budzi planowana koncentracja z perspektywy możliwego ograniczenia konkurencji na rynku – instytucji funkcjonującej z powodzeniem w postępowaniu przed Komisją Europejską i postępowaniach przed organami ochrony konkurencji w wielu krajach. Poważną słabością tego rozwiązania jest brak określenia, kiedy Prezes UOKiK miałby takie postanowienie o przedstawieniu zastrzeżeń wydawać (czy w każdym postępowaniu, które weszło w drugą fazę, oraz w jakim jego momencie). Instytucja przedstawienia zastrzeżeń nie jest bowiem obligatoryjna w wielu porządkach prawnych (w tym w UE). Jak się wydaje, także w Polsce nie musiałaby ona być obowiązkowa w sytuacji, gdy w trakcie drugiej fazy postępowania Prezes UOKiK dochodzi do wniosku, że może jednak wydać zgodę bezwarunkową na dokonanie koncentracji. Obowiązkowa powinna być natomiast wtedy, gdy z przebiegu postępowania wynika, że w grę wchodzi zakaz dokonania koncentracji bezwarunkowo lub ewentualna możliwość wydania zgody warunkowej. Instytucja przedstawienia zarzutów w drugiej fazie postępowania w sprawach koncentracji spełni swoją rolę wszakże tylko wtedy, gdy postanowienie to zostanie wydane odpowiednio wcześniej. W gruncie rzeczy chodzi w niej bowiem o danie przedsiębiorcom realnych możliwości obrony przed zakazem lub przedłożenia zobowiązań, których akceptacja umożliwiałaby Prezesowi UOKiK wydanie zgody warunkowej. Racjonalny byłby ustawowy wymóg wydania postanowienia o przedstawieniu zastrzeżeń w połowie drugiej fazy postępowania, a mianowicie po 2 miesiącach, gdyby faza ta miała trwać 4 miesiące (tak jak w UE), lub po 6 tygodniach, gdyby faza ta miała trwać 3 miesiące⁶⁵⁹.

⁶⁵⁸ Założenia zmiany uokik z 2012 r., www.uokik.gov.pl

⁶⁵⁹ Zmian takich domagają się środowiska nauki, gospodarki i doradztwa prawnego; zob. M. Kolasiński, *Polityka kontroli koncentracji w Polsce...*, s. 87; Sz. Syp, *Postulowane zmiany w prawie kontroli koncentracji – uwagi na tle propozycji Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, iKAR 2(1), 2012, s. 19 i d.; zob. także Proponowane przez UOKiK i inne pożądané zmiany w ustawie o ochronie konkurencji z 2007 r. Opinia Grupy Roboczej ds. nowelizacji uokik z 2007 r. przy Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych (CARS UW) http://www.cars.wz.uw.edu.pl/tresc/doradztwo/06/Opinia_GR_CARS-fin.pdf; Stanowisko Stowarzyszenia Prawa Konkurencji z 6.06.2012 r. do założeń nowelizacji uokik z 2007 r., <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//1/43452/43453/43456/dokument37461.PDF?lastUpdateDay=21.12.12&lastUpdateHour=5%3A56&userLogged=false&date=pi%C4%85tek%2C+21+grudzie%C5%84+2012>.

6.1.3. Inicjatywa warunków; przedsiębiorstwa – reguła, organ ochrony konkurencji – wyjątek

Jeżeli instytucja zgody warunkowej ma, modelowo, przynosić korzyści po stronie zarówno przedsiębiorstw, jak i organów ochrony konkurencji, to można dopuścić, żeby z **inicjatywą** (propozycją) **warunków** (środków zaradczych) mógł wystąpić **zarówno zgłaszający** zamiar koncentracji, **jak i organ** dokonujący jej oceny. Tak jest w wielu rzeczywistych systemach formułowania i nakładania warunków. Nic nie stoi na przeszkodzie, żeby także polski ustawodawca postanowił, że **inicjatywa** ta **powinna leżeć tylko po stronie** przedsiębiorstwa **zgłaszającego**. Takie rozwiązanie proceduralne nie jest sprzeczne z ww. *ratio legis* zgody warunkowej zwłaszcza wtedy, gdy procedura formułowania warunków rozpoczyna się z momentem – najlepiej formalnego – poinformowania zgłaszającego o zagrożeniach dla konkurencji. W takiej sytuacji bowiem zgłaszający zamiar dokonania koncentracji już wie, jakie potencjalne skutki koncentracji muszą być wyeliminowane, żeby zgoda organu w ogóle wchodziła w grę. Jednakże, formułowanie warunków w każdym przypadku powinno odbywać się w drodze negocjacji między zgłaszającym a organem kontroli koncentracji, który je ostatecznie akceptuje (nakłada). Takie rozwiązanie przewidziane lub praktykowane jest w wielu systemach formułowania i nakładania warunków. W pewnym sensie, pośrednim rozwiązaniem mogłoby być uznanie przez prawodawcę za **regułę inicjowanie** środków zaradczych **przez przedsiębiorstwa**, przy jednoczesnym dopuszczaniu – jako **wyjątku** – wystąpienia z taką inicjatywą **przez organ ochrony konkurencji**; w takim przypadku przedsiębiorstwa musiałyby wyrazić zgodę na zastosowanie warunku. Nie wyklucza to oczywiście przyznania organowi ochrony konkurencji kompetencji do narzucania środków służących eliminowaniu antykonkurencyjnych skutków koncentracji, ale już w innym trybie.

Przeprowadzone badania pozaeuropejskich porządków prawnych kontroli koncentracji nie zawsze pozwalają na jednoznaczne stwierdzenie, z czyjej inicjatywy rozpoczyna się procedura formułowania warunków. Tam, gdzie prawo tego wyraźnie nie reguluje należy przyjąć, że może ona pochodzić zarówno od przedsiębiorstw, jak i od organów ochrony konkurencji. Tak np. gdy organ antytrustowy USA, odpowiedzialny za ocenę danej fuzji lub akwizycji, stwierdza, że transakcja ta może szkodzić konkurencji na rynku właściwym, strony transakcji i organ antytrustowy mogą podjąć próbę negocjacji dokonania określonych modyfikacji tej transakcji lub zawarcia ugody (*concent*) w celu wyeliminowania zagrożenia dla konkurencji. Takie rozwiązanie przyjęto także w RPA, aczkolwiek w kilku przypadkach warunki

takie zostały nałożone jednostronnie przez sam Trybunał⁶⁶⁰. Warto jeszcze zauważyć, że w Brazylii, o ile początkowo środki takie były nakładane przez Administracyjną Radę Ochrony Gospodarki jednostronnie, o tyle od kilku lat poszerza się pole dyskusji i negocjacji między członkami tej Rady a stronami transakcji w sprawie zobowiązań służących zaradzeniu zagrożeniom konkurencji, odbywających się w trakcie postępowania (przed podjęciem ostatecznych decyzji)⁶⁶¹. W większości krajów pozaeuropejskich **inicjatywa** ta należy jednak **wyłącznie do stron koncentracji** (w Australii⁶⁶², Meksyku, Japonii i Nowej Zelandii). W świetle przepisów wykonawczych i praktyki Meksyku środki zaradcze są stosowane z inicjatywy stron koncentracji podejmowanej w trakcie postępowania. Również w Japonii, w przypadku, gdy Komisja ds. Uczciwego Handlu zamierza zastosować środki eliminujące naruszenie ustawy antymonopolowej, ma ona obowiązek umożliwić stronom transakcji zgłaszanie wniosków. Najwyraźniej kwestie te są regulowane w Nowej Zelandii, gdzie Komisja ds. Uczciwego Handlu generalnie sama nie proponuje środków zaradczych⁶⁶³. Propozycje zbycia muszą pochodzić od zgłaszającego zamiar koncentracji i być wyrażone w samym zgłoszeniu lub jako jego modyfikacja – w każdym razie przed wydaniem przez Komisję formalnej zgody. Jedynym krajem pozaeuropejskim, w którym **inicjatywa** środków zaradczych **należy tylko do organu** ochrony konkurencji, są Indie; tylko indyjska Komisja Konkurencji może bowiem zaproponować modyfikację każdej koncentracji w celu wyeliminowania negatywnych efektów dla konkurencji na rynku.

Jednoznacznie **tylko przedsiębiorstwa** są uprawnione do zgłaszania środków zaradczych w prawie kontroli koncentracji UE (nawet jeszcze przed zgłoszeniem)⁶⁶⁴. Co do zasady, strony zamierzonej koncentracji o wymiarze unijnym mogą – po tym, jak zostały nieformalnie lub formalnie poinformowane o zastrzeżeniach – zaproponować zobowiązania, mające na celu uczynienie koncentracji zgodną z rynkiem wewnętrznym i w ten sposób uzy-

⁶⁶⁰ Z rekomendacji Komisji Konkurencji wiele koncentracji zostało dopuszczonych przez Trybunał ds. Konkurencji pod warunkiem zbycia części łączących się przedsiębiorstw lub zapobieżenia zamknięciu rynku czy odmowy zaopatrzenia (*refuse custom*) po dokonaniu oceny, w jakim zakresie proponowane środki pozostają w związku z zagrożeniami, wynikającymi z danej koncentracji; zob. R. Legh, T. Dini, *South Africa* [w:] *Merger Control 2008*, s. 311.

⁶⁶¹ Zob. J. Regazini, M. Calliari, *Brazil* [w:] *Merger Control 2010*, s. 68.

⁶⁶² Art. 83B ustawy australijskiej ustawy o praktykach handlowych z 1974 r.; zob. także C. Oddie, P. Ryan, *Australia* [w:] *Merger Control 2008*, s. 38, 39; R.V. Miller, *Australia* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 15: April 2008, s. 3–18.

⁶⁶³ Zob. A. Peterson, S. Keene, *New Zeland* [w:] *Merger Control 2008*, s. 255.

⁶⁶⁴ Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 77.

skać zgodę na koncentrację. Komisja Europejska nie tylko więc „nie może jednostronnie narzucić warunków decyzji”, ale wszelkie warunki muszą być sformułowane „na podstawie zobowiązań proponowanych przez strony”⁶⁶⁵.

Przepisy rozp. 139/2004 i Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r. szczegółowo regulują także terminy występowania z inicjatywą środków doradczych. I tak, w pierwszej fazie postępowania strony muszą przedłożyć zobowiązania w czasie nie dłuższym niż 20 dni roboczych od dnia zgłoszenia. Komisja Europejska informuje strony o swoich poważnych wątpliwościach odpowiednio wcześniej przed upływem tego terminu⁶⁶⁶; zgłaszające strony mają zwykle w takiej sytuacji możliwość wzięcia udziału w spotkaniu służącym wyjaśnieniu aktualnej sytuacji⁶⁶⁷. Jeżeli strony proponują zobowiązania, termin do wydania decyzji przez KE zostaje wydłużony z 25 do 35 dni roboczych⁶⁶⁸. Jeżeli propozycje zobowiązań spełniają określone wymogi⁶⁶⁹, są one poddane konsultacjom z organami państw członkowskich i stronami trzecimi⁶⁷⁰. Zobowiązania zgłaszane w drugiej fazie postępowania muszą być przedłożone KE w ciągu 65 dni roboczych od dnia wszczęcia postępowania (drugiej fazy) i przy spełnieniu wymogów art. 19 ust. 2 akapit 2 i 3 rozp. 802/2004; termin ten może być jednak przez KE przedłużony⁶⁷¹. Komisja Europejska zachęca do złożenia propozycji zobowiązań wcześniej niż jest to wymagane. Późne złożenie tych propozycji może prowadzić do wydłużenia czasu, jaki Komisja Europejska ma na wydanie decyzji ostatecznej⁶⁷². Jeżeli zobowiązania spełniają określone wymogi, do których należy m.in. przedłożenie przez strony szczegółowych informacji koniecznych dla zatwierdzenia przez KE zgłoszonych zobowiązań (na tzw. formularzu RM), są one, po przeprowadzeniu konsultacji z organami państw członkowskich i stron trzecich, ocenione i zatwierdzone⁶⁷³. W szczególnych okolicznościach KE może wydać decyzję warunkową także

⁶⁶⁵ Tamże, pkt 5–6; zob. także wyroki SPI w sprawach T-210/01 *General Electric v. KE* (Zb. Orz. 2005, s. II-5575), pkt 52, oraz T-87/01 *General Electric v. KE* (Zb. Orz. 2005, II-3745), pkt 105.

⁶⁶⁶ Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 78.

⁶⁶⁷ DG Competition Best Practices on the conduct of EC merger proceedings 20/01/2004, pkt 33.

⁶⁶⁸ Art. 10 ust. 1 akapit 2 w zw. z art. 6 ust. 1 rozp. 139/2004.

⁶⁶⁹ Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 7 i 79.

⁶⁷⁰ Tamże, pkt 80.

⁶⁷¹ Tamże, pkt 88.

⁶⁷² Art. 10 ust. 3 akapit 2 rozp. 139/2004; zob. także Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 89.

⁶⁷³ Art. 20 ust. 2 rozp. 802/2004; zob. także Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 7, 79 i 91.

wtedy, gdy propozycja zobowiązań została jej przedłożona po upływie 65 dni od wszczęcia postępowania⁶⁷⁴.

Podobnie jest w większości „starych” państw członkowskich UE, aczkolwiek nie zawsze wynika to wprost z przepisów prawnych. Tak jest przede wszystkim tam, gdzie organ ochrony konkurencji formalnie informuje strony o zastrzeżeniach wobec koncentracji i o zamiarze zakazania danej koncentracji (w Niemczech) lub skierowania sprawy do zbadania przez odrębny organ orzekający (np. w Wielkiej Brytanii) lub sąd; np. austriacka ustawa kartelowa przewiduje *explicite* możliwość oferowania przez strony zamierzonej koncentracji – zarówno w pierwszej (w postępowaniu przedsądowym), jak i w drugiej fazie postępowania (w trakcie postępowania przed Sądem Kartelowym) – zobowiązań, dzięki którym unikną one zakazu koncentracji⁶⁷⁵. Równie *explicite* prawodawcy przewidują możliwość przedłożenia zobowiązań, zarówno w trakcie pierwszej, jak i drugiej fazy postępowania, także w administracyjnym systemie ochrony konkurencji (np. we Francji, Belgii i Hiszpanii). Również tam, gdzie prawodawca nie reguluje ustawowo procedury formułowania i nakładania warunków (w Grecji⁶⁷⁶, Irlandii⁶⁷⁷, Portugalii i Szwecji), warunki takie można zgłaszać dobrowolnie i z reguły w dowolnym momencie pierwszej i drugiej fazy postępowania, a w określonym terminie w trakcie drugiej fazy postępowania. Proponowanie środków zaradczych przez przedsiębiorstwa ma miejsce także w postępowaniach jednofazowych (np. w Norwegii). Dostyc szczegółowo tryb i terminy przedstawiania warunków reguluje tylko prawodawca w Belgii. W pierwszej fazie postępowania strony koncentracji mogą tam przedstawić zobowiązania w okresie 5 dni po tym, jak audytor poinformował je o zastrzeżeniach wobec koncentracji. W drugiej fazie postępowania (rozpoczynającej się od decyzji Rady Konkurencji wyrażającej poważne wątpliwości co do dopuszczalności danej koncentracji i inicjującej dodatkowe postępowanie dowodowe przez

⁶⁷⁴ Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 93–94; wyroki SPI w sprawach T-87/05 *EDP v. KE* (Zb. Orz. 2005, s. II-374), pkt 161 i d., oraz T-290/94 *Kaysenberg v. KE* (Zb. Orz. 1997, s. II-2137).

⁶⁷⁵ Zob. F. Urlsberger, S. Stegbauer, *Austria* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 34.

⁶⁷⁶ Ponieważ jednak ustawa stanowi, że w okresie 15 dni od wszczęcia drugiej fazy postępowania Komisja musi powiadomić strony o wszczęciu badania *in-depth*, mogą one wtedy zaproponować modyfikacje zgłoszonej koncentracji i powiadomić o tym Komisję w celu usunięcia jej poważnych wątpliwości (*serious doubts*) co do antykonkurencyjnych skutków koncentracji i uzyskania na nią zgody Komisji. Jest to jednak procedura dokonania modyfikacji koncentracji, a nie procedura zgłaszania/nakładania warunków; zob. E. Bourtzalas, *Greece* [w:] *ICGL to: Merger Control 2011*, s. 134.

⁶⁷⁷ Art. 20 ust. 1 lit. b/ oraz ust. 3 i 4 irlandzkiej ustawy o konkurencji z 2002 r.; zob. także H. Kelly, *Ireland* [w:] *ICLG to: Merger Control 2011*, s. 157.

Kolegium Audytorów) strony mogą przedłożyć stosowane zobowiązania w okresie 20 dni od decyzji Rady wszczynającej drugą fazę postępowania, do których Kolegium Audytorów ustosunkowuje się w dodatkowym raporcie dla Rady Konkurencji, na podstawie którego Rada może wyrazić zgodę warunkową na dokonanie koncentracji⁶⁷⁸. Jednakże w większości „starych” państw członkowskich UE, inaczej niż w rozp. 139/2004, prawodawca nie reguluje trybu i terminów przedstawienia propozycji środków zaradczych; tak jest np. w Niemczech, we Francji, w Grecji, w Portugalii, w Szwecji i we Włoszech. W Niemczech środki zaradcze powinno się proponować jak najwcześniej po tym, jak zagrożenia dla konkurencji stają się jasne; tak jest zwłaszcza po wydaniu przez Federalny Urząd Kartelowy Postanowienia o Zastrzeżeniach⁶⁷⁹. W praktyce jednak większość spraw zakończonych decyzją warunkową została wydana na zakończenie drugiej fazy postępowania⁶⁸⁰. Również w Grecji w okresie 15 dni od wszczęcia drugiej fazy postępowania Komisja Konkurencji musi powiadomić strony o wszczęciu badania szczegółowego; mogą one wtedy zaproponować modyfikacje zgłoszonej koncentracji i powiadomić o tym Komisję w celu usunięcia zgłaszanych przez nią poważnych wątpliwości co do antykonkurencyjnych skutków koncentracji, a w konsekwencji uzyskania jej zgody na dokonanie tej koncentracji. Jest to jednak procedura dokonania modyfikacji koncentracji, a nie procedura zgłaszania i nakładania warunków⁶⁸¹. W praktyce zatem także w drugiej fazie postępowania strony mogą zgłaszać środki zaradcze w dowolnym momencie. Także w Portugalii nie ma określonych terminów i brakuje ustaleń, na jakim etapie można zgłaszać i negocjować środki zaradcze⁶⁸².

Tylko w niektórych „starych” państwach członkowskich UE inicjatorem warunków mogą być także organy ochrony konkurencji. We Francji np. warunki te mogą też przybrać formę *injunctions and provisions* nałożonych przez Urząd⁶⁸³. Należy też zaznaczyć, że duńska ustawa o konkurencji przyznaje Radzie ds. Konkurencji nie tylko uprawnienie, ale także obo-

⁶⁷⁸ Art. 59 belgijskiej ustawy o ochronie konkurencji z 2006 r.; zob. także J. Stuyck, I. Buelens, *Belgium* [w:] ICGI to: *Merger Control 2011*, s. 40; L. Garzaniti, Th. Janssen, P. Goffinet, *Belgium* [w:] *Merger Control 2008*, s. 57.

⁶⁷⁹ Zob. M. Rosenthal, *Germany* [w:] ICGI to: *Merger Control 2011*, s. 126.

⁶⁸⁰ Zob. H. Bergmann, F. Röhling, *Germany* [w:] *Merger Control 2008*, s. 149.

⁶⁸¹ Zob. E. Bourtzalas, *Greece* [w:] ICGI to: *Merger Control 2011*, s. 134.

⁶⁸² Zob. C. Bothelo Moniz, P. de Gouveia e Melo, *Portugal* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 248.

⁶⁸³ Art. L. 430-7(II) Kodeksu handlowego; zob. L. Vogel, J. Vogel, *France* [w:] ICGI to: *Merger Control 2011*, s. 117. W latach 2000–2008 tylko w przypadku trzech decyzji warunkowych, warunki zostały narzucone (*imposed*) przez sam Urząd, gdyż strony odmówiły podjęcia zobowiązań zaradczych lub przedstawione przez nie zobowiązania zostały przez

wiązek nakładania warunków⁶⁸⁴. W Turcji Zarząd Urzędu ds. Konkurencji podejmuje odpowiednie środki i nakłada na przedsiębiorstwa określone obowiązki⁶⁸⁵.

Generalnie rzecz biorąc, także w „nowych” państwach członkowskich UE prawodawcy nie regulują trybu i terminów oferowania i nakładania warunków, czyli jak i kiedy warunki te są formułowane. W konsekwencji, przedsiębiorcy mogą składać propozycje warunków zwłaszcza wtedy, gdy organ ochrony konkurencji informuje ich o zidentyfikowanych zagrożeniach dla konkurencji. Dzieje się tak najczęściej w państwach, w których postępowanie w sprawach konkurencji jest dwufazowe (np. w Estonii, w Czechach, na Węgrzech i w Słowenii). Tak jest niekiedy także w państwach, w których postępowanie w sprawach koncentracji jest jednofazowe – np. na Malcie strony zgłaszające zamiar koncentracji, które zostały poinformowane przez Dyrektora Generalnego ds. Konkurencji, że jej legalność budzi poważne wątpliwości, mogą w określonym przez niego czasie, rozpocząć negocjacje i dokonać modyfikacji lub podjąć inne zobowiązania i ograniczenia, skutkiem których koncentracja zostanie uznana za legalną⁶⁸⁶. Również w praktyce łotewskiej strony koncentracji, mające dostęp do materiałów sprawy, mogą, w wyznaczonym przez Radę Konkurencji terminie, proponować zmiany planowanej koncentracji tak, aby nie zagrażała ona konkurencji. Stają się one obowiązkowe po ich umieszczeniu w ostatecznej decyzji Rady. Gdy koncentracja rodzi zagrożenia dla konkurencji na Litwie strony mogą próbować znaleźć środki zaradcze przez wyrażenie zgody na zmodyfikowanie transakcji i zaproponowanie zobowiązań. Również na Słowacji, jeżeli w trakcie (jednofazowego) postępowania Urząd stwierdzi zagrożenia dla konkurencji, może zaprosić (pisemnie) strony do składania środków (zobowiązań), których spełnienie usunie te zagrożenia.

Jednoznacznie dominująca rola przedsiębiorstw w zgłaszaniu środków zaradczych występuje w Czechach, w Rumunii i na Węgrzech. W Czechach zobowiązania stron koncentracji mogą być oferowane już przed lub w trakcie pierwszej fazy postępowania albo w okresie 15 dni od wszczęcia drugiej fazy postępowania w sprawie danej koncentracji. Akceptując je Urząd Ochrony Konkurencji może nałożyć na strony warunki i obowiązki mające

Urząd uznane za niewystarczające; zob. pkt 5223 francuskich Wytycznych sprawie konkurencji, s. 134.

⁶⁸⁴ Zob. M. Kofmann, J.M. Plum, E. Bertelsen, *Denmark* [w:] *Merger Control 2008*, s. 113.

⁶⁸⁵ Zob. G. Gurkaynak, *Turkey* [w:] *Merger Control 2008*, s. 344.

⁶⁸⁶ Zob. K. Sammut, J. Phyll, *Malta* [w:] *Merger Control 2008*, s. 236.

zapewnić realizację tych zobowiązań⁶⁸⁷. Zgodnie z rumuńskimi Wytycznymi w sprawie środków zaradczych strony mogą przedkładać propozycje środków zaradczych do Rady Konkurencji w każdym czasie po złożeniu zgłoszenia (w obu fazach). Natomiast na Węgrzech, mimo braku nawet takich wytycznych, praktyka formułowania i nakładania warunków jest zgodna z praktyką unijną. Zwykle bowiem to strony (a nie urząd/*case handler*) oferują zobowiązania (nawet już w zgłoszeniu, albo później w trakcie pierwszej fazy postępowania). Zgłoszone środki zaradcze są nieformalnie negocjowane przed ich włączeniem do ostatecznej decyzji⁶⁸⁸.

W niektórych „nowych” państwach członkowskich UE inicjatywę sformułowania warunków może też przejąć organ ochrony konkurencji. Również w Słowenii strony zgłaszające mogą przedkładać (proponować) środki korekcyjne w celu wyeliminowania poważnego podejrzenia niezgodności koncentracji z regułami konkurencji. Urząd musi więc przedstawić stronom problemy z konkurencją, które zidentyfikował i zaprosić je do zgłaszania zobowiązań, mających na celu wyeliminowanie tych problemów⁶⁸⁹.

W sensie normatywnym i orzecznictwym **polskie prawo kontroli koncentracji opiera się na innej zasadzie formułowania warunków** niż ta, która dominuje w zdecydowanej większości „starych” i „nowych” państw członkowskich UE. Zgodnie z wyraźną wolą polskiego ustawodawcy warunki, od których Prezes UOKiK może uzależnić zgodę na dokonanie koncentracji, są formułowane na dwa sposoby⁶⁹⁰ – (1) **w formie „nałożenia obowiązku”** na „przedsiębiorcę lub przedsiębiorców zamierzających dokonać koncentracji” lub (2) **w formie „przyjęcia (...) zobowiązania”** od takich przedsiębiorców⁶⁹¹. Z konstrukcji instytucji prawnej zgody warunkowej w Polsce wynika, że oba te sposoby mają zastosowanie w przypadku zarówno warunków *sensu stricte* – warunków modyfikacyjnych (strukturalnych i behawioralnych), wraz z terminem ich spełnienia, jak i warunków gwarancyjnych, z wyjątkiem obowiązku składania informacji z realizacji warunków.

Rozróżnienie to znajduje swoje potwierdzenie w przepisach proceduralnych. **Pierwszy sposób** (nałożenie warunku z urzędu⁶⁹²) wynika wprost

⁶⁸⁷ Art. 17 ust. 4 *in fine* w zw. z art. 16 ust. 2 i 5 czeskiej ustawy o ochronie konkurencji z 2001 r.

⁶⁸⁸ Zob. F. Urlesberger, A. Turi, *Hungary* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 139; Z. Marosi, G. Fejes, *Hungary* [w:] *Merger Control 2008*, s. 161.

⁶⁸⁹ Art. 51 słoweńskiej ustawy o przeciwdziałaniu ograniczeniom konkurencji z 2008 r.

⁶⁹⁰ Tak również A. Madała [w:] A. Bolecki, S. Drozd, S. Famirska, M. Kozak, M. Kulesza, A. Madała, T. Wardyński, *Prawo konkurencji*, s. 488

⁶⁹¹ Art. 19 ust. 2 uokik z 2007 r. (analogicznie – art. 18 ust. 2 uokik z 2000 r.).

⁶⁹² Tak A. Szymanowska, M. Wierzbowski [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod red. naukową T. Skoczego, s. 1478.

z art. 95 ust. 2 uokik z 2007 r. (analogicznie – z art. 96 ust. 2 uokik z 2000 r.), zgodnie z którym Prezes UOKiK „**może przedstawić** przedsiębiorcy lub przedsiębiorcom uczestniczącym w koncentracji **warunki**”, jednocześnie „wyznaczając termin na ustosunkowanie się do zgłoszonej propozycji” (*stop the clock*) i zagrażając wydaniem decyzji zakazującej zgłoszonej koncentracji w razie braku akceptacji tych warunków; mówi o nim także art. 96 ust. 3 uokik z 2007 r. (analogicznie – z art. 96 ust. 2 uokik z 2000 r.), na mocy którego okresu oczekiwania na „ustosunkowanie się do przedstawionych przez Prezesa Urzędu warunków” nie wlicza się do dwumiesięcznego terminu, w jakim postępowanie w sprawie koncentracji powinno być zakończone. **Sposób drugi** (wydanie decyzji warunkowej „w oparciu o dobrowolne zobowiązanie”⁶⁹³) wskazuje wprost art. 96 ust. 2 uokik z 2007 r. (nieistniejący w uokik z 2000 r.), zgodnie z którym dwumiesięczny termin na zakończenie postępowania ulega przedłużeniu o 14 dni, **w przypadku przedstawienia warunków przez przedsiębiorcę**. Trudno więc zgodzić się z M. Błachuckim, że art. 19 ust. 2⁶⁹⁴ jest „niezrozumiały”, gdy mówi o „przyjęciu zobowiązania przedsiębiorców”, gdyż – jego zdaniem – sposób ten „występuje wyłącznie w tym miejscu”, wszędzie indziej zaś mowa jest o „warunkach zaproponowanych i nakładanych przez organ antymonopolowy”. Jego zdaniem przepis ten stanowi „nieudaną kalkę” art. 6 ust. 2 rozp. 139/2004, jako że – w odróżnieniu od unijnego prawa kontroli koncentracji – w prawie polskim inicjatywa w zakresie formułowania warunków leży po stronie organu, który także ustala treść warunków i nadaje im moc prawną, umieszczając je w decyzji koncentracyjnej⁶⁹⁵. Pogląd ten nie znajduje jednak potwierdzenia także w najnowszej praktyce decyzyjnej Prezesa UOKiK.

Mimo stwierdzonych wyżej różnic w regulacji i praktyce unijnej i polskiej należy przyjąć, że także polskie przepisy tworzą **prawo podmiotowe** „przedsiębiorców zamierzających dokonać koncentracji” do zainicjowania procedury formułowania warunków, od spełnienia których Prezes UOKiK może uzależnić wyrażenie zgody na koncentrację, mogącej spowodować istotne ograniczenie konkurencji. Z prawa tego wynika **proceduralne uprawnienie** tych przedsiębiorców do **występowania do Prezesa UOKiK ze zobowiązaniami**, których treścią są środki zaradzające antykonkurencyjnym skutkom

⁶⁹³ Tamże; inaczej niż A. Szymanowska i M. Wierzbowski uważam, że owo „dobrowolne zobowiązanie” nie musi być „wyrażone we wniosku wszczynającym postępowanie”.

⁶⁹⁴ Autor mówi tu (*System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji...*, s. 296) wprawdzie o „art. 19 ust. 1”, ale jest to niewątpliwie błąd techniczny.

⁶⁹⁵ M. Błachucki, *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji...*, s. 296.

zgłoszonej koncentracji. Prezes UOKiK musi takie zobowiązania poddać analizie z punktu widzenia ich dopuszczalności i skuteczności ze względu na cel tego przepisu. Jeżeli analiza ta wypadnie korzystnie, **Prezes UOKiK może przedstawić stronom te zobowiązania jako warunki** w trybie art. 95 ust. 2 uokik z 2007 r. (identycznie – art. 96 ust. 2 uokik z 2000 r.). Gdy strony je przyjmą, Prezes UOKiK **musi wydać decyzję o zgodzie warunkowej** na dokonanie koncentracji. **Także więc w Polsce organ ochrony konkurencji nie może jednostronnie narzucić warunków**, o których mowa w art. 19 ust. 2.

Z powyższych przepisów nie wynika natomiast, żeby któryś z tych dwóch sposobów formułowania (dochodzenia do) warunków, stanowiących istotę zgody warunkowej był przez polskiego prawodawcę preferowany; przeciwnie, ustawodawca wyraźnie traktuje oba te sposoby **równoprawnie**. Nie ma jednak normatywnych przeszkód, żeby w konkretnym postępowaniu znalazły zastosowanie oba sposoby formułowania warunków, niezależnie od tego, kto wystąpi z taką propozycją jako pierwszy.

W świetle uzasadnień wszystkich badanych decyzji warunkowych na dokonanie koncentracji, wydanych pod rządami uokik z 2000 r. i z 2007 r. trzeba jednak stwierdzić, że **w praktyce polskiej** zdecydowanie dominuje formułowanie warunków (środków zaradczych) **w formie „nakładania obowiązków”** (zobowiązań) z urzędu⁶⁹⁶. Pod rządami uokik z 2000 r. we wszystkich przypadkach decyzji warunkowych **inicjatorem warunków** umożliwiających wydanie zgody na dokonanie koncentracji **był Prezes UOKiK**. W trzech przypadkach początkowa propozycja Prezesa UOKiK była jeszcze przedmiotem modyfikacji na wniosek zgłaszającego, ostatecznie jednak została przez niego przyjęta w całości i bez dodatkowych zastrzeżeń⁶⁹⁷. W pozostałych zgodach warunkowych zaproponowane przez Prezesa UOKiK warunki zostały od razu zaakceptowane w całości i bez zastrzeżeń⁶⁹⁸. Także pod rządami uokik z 2007 r. inicjatorem warunków umożliwiających wyrażenie zgody na dokonanie zgłoszonej koncentracji był z reguły (7 razy) Prezes

⁶⁹⁶ A. Szymanowska, M. Wierzbowski [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod red. naukową T. Skoczego, s. 1478.

⁶⁹⁷ Decyzja Prezesa UOKiK z 20.05.2003 r., Nr RGD-7/2003 *ICTSI/BCT*; decyzja Prezesa UOKiK z 5.06.2007 r., Nr DOK-71/07 *CRH/Schwenk*; decyzja Prezesa UOKiK z 24.09.2008 r., Nr DKK-76/2008 *JMD/Plus Discount*.

⁶⁹⁸ Decyzja Prezesa UOKiK z 6.03.2003 r., Nr DDF-11/2003 *RethmannRyccycling*; decyzja Prezesa UOKiK z 18.05.2004 r., Nr DKK-36/2004 *Sanofi/Aventis*; decyzja Prezesa UOKiK z 20.04.2005 r., Nr DOK-35/2005 *Nafta Polska/4 zakłady ciężkiej chemii*; decyzja Prezesa UOKiK z 30.09.2005 r., Nr DOK-123/05 *Carey Agri/Polmos Białystok*; decyzja Prezesa UOKiK z 3.10.2006 r., Nr DOK-116/06 *PCC/dwa Zakłady Azotowe*; decyzja Prezesa UOKiK z 28.06.2007 r., Nr DOK-82/07 *Carrefour/Ahold*.

UOKiK⁶⁹⁹; propozycje te były jednak później modyfikowane pod wpływem kontrpropozycji przedsiębiorców lub ich wniosków o zmianę zaproponowanych wyjściowo warunków. Tylko w trzech decyzjach warunkowych ich inicjatorem byli przedsiębiorcy, jako że wyjściowe propozycje warunków zostały zaproponowane przez zgłaszającego⁷⁰⁰; także w tych przypadkach zgody warunkowe oparte jednak zostały na innych warunkach sformułowanych przez Prezesa UOKiK.

Po raz pierwszy sytuacja taka miała miejsce w sprawie *Agros Nova/Kotlin*, gdzie zgłaszający wystąpił na piśmie o wyrażenie zgody na dokonanie koncentracji pod warunkiem zbycia wskazanych aktywów. Zdaniem Prezesa UOKiK propozycja ta nie dawała gwarancji eliminacji zagrożenia konkurencji, dlatego przedstawił on własne warunki, które zgłaszający w całości i bez dodatkowych zastrzeżeń przyjął⁷⁰¹. Z uzasadnienia decyzji w sprawie koncentracji *Unibail-Rodamco/Simon Ivanhoe* wynika, że także w tym przypadku istniały „zaproponowane wstępnie przez Unibail-Rodamco zobowiązania [...]”; nie akceptując tych zobowiązań Prezes UOKiK przedstawił własną propozycję warunków, które po ich modyfikacji na wniosek zgłaszającego, zostały przez niego ostatecznie przyjęte⁷⁰². Wreszcie, w sprawie *UPC/Aster* „w trakcie postępowania UPC (...) przedstawiła (...) propozycje zobowiązań, które w jej ocenie zapewniają, że sytuacja abonentów Aster i UPC w Warszawie i Krakowie (...) nie ulegnie niekorzystnej zmianie”; propozycje te zresztą później zmodyfikowała. Prezes UOKiK uznał jednak, że propozycje te nie zniwelowałyby istotnego ograniczenia konkurencji wynikającego z zamierzonej koncentracji i zaproponował własne warunki. Były one następnie przedmiotem negocjacji, a ich ostateczny rezultat został przez zgłaszającego zaakceptowany⁷⁰³.

Z przeprowadzonych badań wynika jednak, że **propozycje warunków**, jakie mogą sprawić, że zgłoszona koncentracja – po zaoferowanych modyfikacjach – nie będzie już powodować istotnego ograniczenia konkurencji, **są formułowane stosunkowo późno, a często wręcz w ostatniej fazie postępowania**. Jeżeli pod rządami uokik z 2007 r. średni rzeczywisty czas trwania

⁶⁹⁹ Decyzja Prezesa UOKiK z 24.09.2008 r., Nr DKK-76/2008 *JMD/Plus Discount*; decyzja Prezesa UOKiK z 19.06.2008 r., Nr DKK-49/2008 *Multikino/Silver Screen*; decyzja Prezesa UOKiK z 18.10.2010 r., Nr DKK-105/2010 *Kompania Węglowa/Huta Łabędy*; decyzja Prezesa UOKiK z 26.03.2012 r., Nr DKK-23/2012 *Polpharma/Polfa*.

⁷⁰⁰ Decyzja Prezesa UOKiK z 25.02.2009 r., Nr DKK-9/09 *TP Agros Nowa/Kotlin*; decyzja Prezesa UOKiK z 12.07.2010 r., Nr DKK-64/10 *Unibail-Rodamco/Simon Ivanhoe*; decyzja Prezesa UOKiK z 5.11.2011 r., Nr DKK-101/11 *UPC/Aster*.

⁷⁰¹ Decyzja Prezesa UOKiK z 25.02.2009 r., Nr DKK-9/09 *TP Agros Nowa/Kotlin*.

⁷⁰² Decyzja Prezesa UOKiK z 12.07.2010 r., Nr DKK-64/10 *Unibail-Rodamco/Simon Ivanhoe*.

⁷⁰³ Decyzja Prezesa UOKiK z 5.11.2011 r., Nr DKK-101/11 *UPC/Aster*.

postępowania w sprawach zakończonych decyzją warunkową (od jego wszczęcia do wydania decyzji) wynosił 6 miesięcy (choć w trzech sprawach⁷⁰⁴ wynosił – odpowiednio – 7,5, 8,5 i 9 miesięcy), to pierwsze propozycje warunków (środków zaradczych) pojawiły się średnio po 5 miesiącach – najwcześniej w 12 tygodniu⁷⁰⁵, a najpóźniej w 35 tygodniu⁷⁰⁶ postępowania. Co więcej, w wielu zbadanych zgodach warunkowych wydanych na podstawie uokik z 2000 r. między propozycją warunków przedstawionych przez Prezesa UOKiK a ich akceptacją przez przedsiębiorców mijało z reguły tylko kilka dni⁷⁰⁷, a w kilku przypadkach wręcz 1 lub 2 dni. W postępowaniach prowadzonych pod rządami uokik z 2007 r. okres ten był już dłuższy (wynosił średnio 25 dni⁷⁰⁸), przy czym najdłuższy był w sprawach, w których pierwszą propozycję warunków przedstawił zgłaszający zamiar koncentracji⁷⁰⁹; w jednym z tych przypadków okres ten wynosił ponad 3 miesiące⁷¹⁰. Może to świadczyć o tym, że zarówno zgłaszający, jak i Prezes UOKiK coraz większe znaczenie przypisują i coraz więcej czasu poświęcają negocjacom warunków.

Proponowane i zasadniczo akceptowane zmiany modelu proceduralnego postępowania w sprawach koncentracji⁷¹¹ powinny być rozbudowane i zmodyfikowane w przypadku części tych postępowań, w których następuje formułowanie warunków. Regulacja ta może zachować obecny – formalnie – dualny model proponowania warunków (może je proponować zarówno Prezes UOKiK, jak i przedsiębiorcy). Powinna być jednak wyeliminowana niespójność pomiędzy regulacją art. 95 ust. 2 a regulacją art. 96 ust. 2, dotyczącą procedury proponowania warunków (zobowiązań), które mogą następnie zostać nałożone na przedsiębiorcę w wydawanej decyzji. Byłoby przy tym lepiej, gdyby dotycząca tej kwestii treść art. 95 ust. 2 i art. 96 ust. 2 została ujęta w jednym przepisie. Wprowadź także na gruncie tej regulacji – formalnie rzecz biorąc – także przedsiębiorcy są uprawnieni do przedłożenia warunku i to nie tylko w odpowiedzi na warunek wcześniej

⁷⁰⁴ Decyzja Prezesa UOKiK z 24.09.2008 r., Nr DKK-76/2008 *JMD/Plus Discount*; decyzja Prezesa UOKiK z 5.11.2011 r., Nr DKK-101/11; decyzja Prezesa UOKiK z 27.10.2011 r., Nr DKK-128/2011 *Eurocash/Tradis i in.*

⁷⁰⁵ Decyzja Prezesa UOKiK z 26.03.2012 r., Nr DKK-23/2012 *ZF Polpharma/Polfa*.

⁷⁰⁶ Decyzja Prezesa UOKiK z 27.10.2011 r., Nr DKK-128/2011 *Eurocash/Tradis i in.*

⁷⁰⁷ Tylko w uzasadnieniu decyzji w sprawie koncentracji *Carrefour/Ahold* (decyzja Prezesa UOKiK z 28.06.2007 r., Nr DOK-82/07) termin ten został wskazany – wynosił on jednak 3 dni (sic!).

⁷⁰⁸ Od 4 do 39 dni.

⁷⁰⁹ Decyzja Prezesa UOKiK z 25.2.2009 r., Nr DKK-9/09 *TP Agros Nowa/Kotlin*; U-D.

⁷¹⁰ Decyzja Prezesa UOKiK z 5.11.2011 r., Nr DKK-101/11 *UPC/Aster*.

⁷¹¹ Zob. projekt zmian w uokik z 2012 r. www.uokik.gov.pl.

zaproponowany przez Prezesa UOKiK, ale także uprzednio, w tym już na etapie składania wniosku o wyrażenie zgody na koncentrację, to jednak w zdecydowanej większości postępowań w sprawie koncentracji, które zakończyły się zgodą warunkową, stroną proponującą warunki był Prezes UOKiK. Oczywiście, zmiana tego stanu rzeczy jest możliwa także bez zmian legislacyjnych; tak jak w wielu innych porządkach prawnych Prezes UOKiK może ograniczyć się do sformułowania zastrzeżeń pod adresem zgłoszonej koncentracji (ewentualnie skierowania do zgłaszającego zamiar koncentracji przedsiębiorcy zawiadomienia o przedstawieniu zastrzeżeń) i zaproszenia zgłaszającego do przedłożenia propozycji zobowiązań, jakie jest skłonny wziąć na siebie w celu uzyskania zgody warunkowej. Nawet gdyby jednak ustawodawca utrzymał model, w którym inicjatywa przedstawiania (formułowania) warunków, o których mowa w art. 19 ust. 2 uokik z 2007 r., mogła należeć do Prezesa UOKiK, to powinien stworzyć proceduralne gwarancje, żeby przedsiębiorcy mieli realne szanse na ustosunkowanie się (nawet wielokrotnie) do zaproponowanych im warunków; zasadne byłoby np. ustawowe określenie terminu (nawet przedłużalnego), w jakim mieliby prawo to uczynić.

Zmianą dalej idącą byłoby przyjęcie rozwiązania istniejącego w prawie UE i wielu jej państwach członkowskich. Ustawodawca mógłby mianowicie postanowić, że warunki (warunki *sensu stricte*, modyfikacyjne) przedkładają co do zasady przedsiębiorcy (a nie Prezes UOKiK). To oni bowiem mogą wykazać się większą, praktyczną znajomością uwarunkowań panujących na rynku właściwym oraz procesów na nim zachodzących. Przedsiębiorca, przeprowadzając niewątpliwie szereg analiz w trakcie przygotowywania się do transakcji, zawierania wstępnego porozumienia z drugim uczestnikiem (uczestnikami) koncentracji, a następnie przygotowywania wniosku o wyrażenie zgody na dokonanie koncentracji, posiada bardzo dużą wiedzę nie tylko na temat samego przedmiotu transakcji, ale także skutków, jakie może ona wywołać na rynku. Potrafi on zatem przewidzieć, opierając się także na dotychczasowej praktyce orzeczniczej, jakie warunki mogłyby skutecznie zapobiec istotnemu ograniczeniu konkurencji na rynku, a zatem mogą liczyć na akceptację Prezesa UOKiK. Do art. 95 ust. 2 powinno więc zostać wprowadzone uprawnienie dla przedsiębiorcy do przedłożenia zobowiązań, które spełniałyby wymogi warunków (modyfikacyjnych), o których mowa w art. 19 ust. 2. Tylko w takiej sytuacji można uznać za uzasadnione posłużenie się przez ustawodawcę pojęciem „zobowiązania”. U podstaw tych warunków leżałyby bowiem zawsze „zobowiązania”. Pojęcie „obowiązków”, zawsze nakładanych przez Prezesa UOKiK (choć oczywiście również negocjowanych), ograniczone byłoby do „warunków gwarancyjnych”, o których mowa w art. 19 ust. 3.

Można założyć, że zmiana ta posłużyłaby przyspieszeniu i usprawnieniu wielu postępowań w sprawach koncentracji, a w szczególności skróceniu czasu ich trwania. Przedsiębiorca chcący maksymalnie przyspieszyć postępowanie, wiedząc równocześnie na podstawie przeprowadzonych analiz, iż koncentracja wywoła skutek w postaci istotnego ograniczenia konkurencji, mógłby proponować warunki modyfikacyjne, wraz z przedłożeniem stosownych analiz ekonomicznych, które pozwoliłyby Prezesowi UOKiK na szybkie zajęcie stanowiska, nawet już w pierwszej fazie postępowania (w samym zgłoszeniu lub przed upływem terminu na jego zakończenie). Przede wszystkim jednak, przedsiębiorcy mogliby (a właściwie powinni) proponować warunki (podejmować zobowiązania) zaraz po wszczęciu drugiej fazy postępowania (gdy zagrożenia dla konkurencji są widoczne już w postanowieniu o wszczęciu drugiej fazy postępowania) lub natychmiast po tym, jak Prezes UOKiK wyda postanowienie o przedstawieniu zarzutów. Rozwiązanie to daje dużo czasu na negocjacje warunków (*sensu stricte*, modyfikacyjnych) oraz obowiązków (środków gwarantujących, że warunki mogą być spełnione)⁷¹².

6.1.4. Negocjowanie warunków

Z istoty zgody warunkowej wynika, że środki zaradcze, jakie leżą u jej podstaw, muszą być akceptowane zarówno przez przedsiębiorców, jak i organ ochrony konkurencji. **Akceptacja** ta może dokonać się w ten sposób, że organ kontroli koncentracji od razu i w całości zgadza się na zaproponowane przez zgłaszającego warunki (jego zobowiązania), albo przedsiębiorca od razu i w całości przyjmuje warunki nałożone na niego przez taki organ. W praktyce pierwsza z tych sytuacji może mieć miejsce głównie wtedy, gdy zobowiązania przedsiębiorców, które mają zapobiec antykonkurencyjnym skutkom koncentracji, a w konsekwencji zakazowi jej dokonania są tak oczywiste (np. polegają na zbyciu wyodrębnionego zakładu wytwórczego lub na rozwiązaniu umowy dystrybucji wyłącznej), że uczestnicy koncentracji informują o nich organ kontroli koncentracji nieformalnie przed zgłoszeniem lub formalnie w samym zgłoszeniu albo bezpośrednio po uzyskaniu od organu ochrony konkurencji informacji o oczywistych (strukturalnych) zagrożeniach konkurencji; akceptacja ta dokonuje się najczęściej przed zakończeniem pierwszej fazy postępowania w sprawie koncentracji. Druga sytuacja może wystąpić w obu fazach takiego postępowania, ale w szczególności wtedy, gdy organ kontroli koncentracji nie pozostawia żadnych złudzeń co do tego, że bez akceptacji nałożonego (narzuconego) warunku wyda decyzję zakazującą.

⁷¹² Tak mi.in. Sz. Syp, *Postulowane zmiany w prawie kontroli koncentracji...*, s. 22.

Ratio legis instytucji prawnej zgody warunkowej każe jednak modelowo założyć, że **środki zaradcze**, które zostaną ostatecznie zawarte w zgodzie warunkowej, mogą i powinny być **przedmiotem negocjacji** między zgłaszającym a organem ochrony konkurencji. Prawodawcy rzadko jednak *explicite* regulują zasady formułowania i nakładania, w tym negocjowania warunków. Przynajmniej z aktów typu *soft law* i z praktyki wynika w sposób oczywisty, że u podstaw tego procesu leży **zasada negocjacji warunków**. Rangę tej zasady obniża fakt, że jeden z negocjujących podmiotów (organ ochrony konkurencji) jest jednocześnie organem decydującym. Może to stanowić problem zwłaszcza w systemie instytucjonalnym, w którym nie istnieje rozdzielenie funkcji dochodzeniowych i decyzyjnych, a do tego całe postępowanie jest jednofazowe. Rozdzielenie tych funkcji (zwłaszcza, gdy pierwszą realizuje organ administracji, a drugą sąd lub inny organ administracji, często typu quasi-sądowego) i dwufazowość postępowania w sprawach koncentracji zdecydowanie urealniają negocjacyjny charakter procesu formułowania warunków.

Jak wynika z przeprowadzonych badań, w każdym z pozaeuropejskich porządków prawnych kontroli koncentracji negocjacje środków zaradczych stanowią zasadniczy element procedury formułowania i nakładania warunków. W USA strony transakcji i organ antytrustowy mogą podjąć próbę negocjacji dokonania określonych modyfikacji tej transakcji lub zawarcia ugody (*concent*) w celu wyeliminowania zagrożenia dla konkurencji. Może to nastąpić w każdym momencie postępowania przed Federalną Komisją Handlu lub Wydziałem Antytrustowym Departamentu Sprawiedliwości. Wynegocjowanie między stronami koncentracji a Komisarzem ds. Konkurencji jednego z różnych rozwiązań (*negotiated solutions*), których istotą jest zgoda na dokonanie koncentracji na zmodyfikowanych warunkach, jest także jednym z możliwych sposobów zakończenia postępowania w sprawach koncentracji przed Komisarzem ds. Konkurencji oraz przed Trybunałem ds. Konkurencji w Kanadzie⁷¹³. W Brazylii o ile początkowo środki takie były nakładane przez Administracyjną Radę Ochrony Gospodarki jednostronnie, o tyle od kilku lat poszerza się pole dyskusji i negocjacji między członkami tej Rady a stronami transakcji w sprawie zobowiązań służących zaradzeniu zagrożeniom konkurencji, prowadzonych w trakcie postępowania (przed podjęciem

⁷¹³ Art. 92 i 105 kanadyjskiej ustawy o konkurencji z 1985 r.; zob. także J.W. Rowley, J.F. Clifford, M. Opashinov, *Canada* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 14: September 2007; zob. także wydany przez Komisarza ds. Konkurencji Information Bulletin, dostępny na: http://www.competitionbureau.gc.ca/PDFs/Mergers_Remedies_PDF_EN1.pdf.

ostatecznych decyzji)⁷¹⁴. Także w RPA preferowane jest porozumienie się uczestników koncentracji z organami w sprawie długoterminowej struktury łączących się podmiotów.

Negocjacyjna procedura formułowania warunków zdecydowanie dominuje w unijnym porządku prawnym kontroli koncentracji. Jest ona bezpośrednią konsekwencją mniej lub bardziej formalnego poinformowania zgłaszającego o zagrożeniach dla konkurencji i zaproszenia go do złożenia zobowiązań, które mogą te zagrożenia wyeliminować. Po otrzymaniu zgłoszenia (pierwsza faza), gdy Komisja Europejska zauważy, że zgłoszona koncentracja rodzi zagrożenia dla konkurencji, informuje ona strony o tych zagrożeniach, żeby umożliwić im sformułowanie propozycji odpowiednich środków zaradczych tak wcześnie jak to jest możliwe, nawet w trybie nieformalnym (np. na spotkaniach ze stronami)⁷¹⁵. W drugiej fazie postępowania w sprawie koncentracji strony zamierzonej koncentracji mogą zaproponować zobowiązania mające na celu uczynienie koncentracji zgodną z rynkiem wewnętrznym i w ten sposób uzyskać zgodę na koncentrację, o których dowiadują się z decyzji wydanej na podstawie art. 6 ust. 1 lit. c rozp. 139/2004 (określającej tzw. „poważne wątpliwości” w zakresie konkurencji) lub w piśmie o przedstawieniu zastrzeżeń⁷¹⁶. Artykuł 20 ust. 2 rozp. 802/2004 przewiduje ponadto przedłożenie przez strony szczegółowych informacji koniecznych dla zatwierdzenia przez KE zgłoszonych zobowiązań (na tzw. formularzu RM), które stają się formalną podstawą tych negocjacji.

Podobna sytuacja występuje w większości państw członkowskich UE, w tych, w których porządek prawny koncentracji nie jest zbudowany na wzorcu unijnym. W Wielkiej Brytanii, Urząd ds. Uczciwego Handlu może zaakceptować wynegocjowane ze stronami koncentracji wiążące zobowiązania, które jej „jakimkolwiek skutkiem negatywnym zaradzają, ograniczają lub zapobiegają”⁷¹⁷; zgoda warunkowa może być także wydana przez Komisję Konkurencji. W obu fazach postępowania negocjowane są jednak najpierw tylko podstawowe ramy zobowiązań stron koncentracji. Szczegółowe warunki (*terms and conditions*) środków zaradczych, które będą zawarte w ostatecznej decyzji i będą dla stron wiążące, negocjowane są z Urzędem ds. Uczciwego Handlu lub Komisją Konkurencji dopiero po ogłoszeniu projektu takiej decyzji; w tym sensie, procedura brytyjska różni się od trybu

⁷¹⁴ Zob. J. Regazini, M. Calliari, *Brazil [w:] Merger Control 2010*, s. 68.

⁷¹⁵ DG Competition Best Practices on the conduct of EC merger proceedings 20/01/2004, pkt 33.

⁷¹⁶ Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 88.

⁷¹⁷ Art. 73 ust. 2 brytyjskiej ustawy o przedsiębiorstwie z 2002 r.

negocjowania środków zaradczych w postępowaniach w sprawie koncentracji na gruncie prawa UE⁷¹⁸.

Podobnie jest w pozostałych „starych” państwach członkowskich UE mimo braku ustawowych przepisów proceduralnych regulujących reguły takich negocjacji. Tylko w ustawie irlandzkiej przewidziana jest możliwość podjęcia przez Urząd ds. Konkurencji dyskusji z uczestnikami koncentracji „w celu znalezienia środków, które poprawiłyby skutki koncentracji na rynkach” już w pierwszej fazie postępowania w sprawie koncentracji; uczestnicy koncentracji mogą wtedy zgłaszać propozycje warunków⁷¹⁹. Należy jeszcze podkreślić, że ustawodawca fiński *explicite* wymaga od Urzędu ds. Konkurencji, żeby (w ramach pierwszej fazy postępowania w sprawie koncentracji) raczej (w pierwszej kolejności) podejmował działania (negocjował ze stronami) w celu znalezienia ewentualnych rozwiązań dla wyeliminowania szkodliwych efektów koncentracji, niż występował o jej zakazanie przez Sąd Rynkowy⁷²⁰. Norweski Urząd ds. Konkurencji jest zobowiązany uczestniczyć w konstruktywnym dialogu, jeżeli takie środki zaradcze są proponowane. Brak takich regulacji w większości krajów sprawia, że procedura dochodzenia do akceptacji warunków zgody na dokonanie koncentracji, jako że w praktyce występuje, ma charakter w pełni nieformalny (np. w Austrii, Danii⁷²¹, Hiszpanii, Portugalii, we Włoszech i w Szwajcarii⁷²²).

W „nowych” państwach członkowskich UE negocjacje nie są tak wyraźnie wskazane. Tylko w Estonii Urząd ds. Konkurencji powinien zaprosić strony do negocjacji środków zaradczych⁷²³. Z reguły są one jednak prowadzone w każdym indywidualnym przypadku (*case-by-case*) w sposób nieformalny, chociaż często szeroko zakrojony (np. w Czechach) i zgodny z praktyką unijną (np. na Węgrzech⁷²⁴). Jeżeli postępowanie ma charakter dwufazowy, negocjacje takie odbywają się zarówno w pierwszej, jak i w drugiej fazie

⁷¹⁸ Zob. N. Parr, D. Liddell, *United Kingdom* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 334.

⁷¹⁹ Art. 20 ust. 1 lit. b oraz ust. 3 i 4 irlandzkiej ustawy o konkurencji z 2002 r.; zob. także H. Kelly, *Ireland* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 157.

⁷²⁰ Zob. Ch. Wik, N. Hukkinen, *Finland* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 15: April 2008, s. 18-10.

⁷²¹ W Danii uczestnicy koncentracji mogą przystąpić do dialogu (negocjacji) w celu znalezienia stosownych środków zaradczych.

⁷²² Szwajcarska Komisja Konkurencji często korzysta z procedury negocjacji warunków; liczne przykłady wskazują, że są one formułowane w drodze negocjacji z przedsiębiorstwami uczestniczącymi w koncentracji; zob. J. Borer, P. Sommer, D. Mamane, *Switzerland* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 21: March 2011, s. 57-10.

⁷²³ Art. 28 ust. 3 w zw. z art. 27 ust. 3 estońskiej ustawy o konkurencji z 2001 r.

⁷²⁴ Zob. F. Urlesberger, A. Turi, *Hungary* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 139; Z. Marosi, G. Fejes, *Hungary* [w:] *Merger Control 2008*, GCR, s. 161.

postępowania. Przykładowo w Bułgarii negocjowanie takich warunków może mieć miejsce w ograniczonym zakresie już w pierwszej fazie postępowania w sprawie koncentracji⁷²⁵. Negocjacje są jednak prowadzone przede wszystkim w drugiej fazie postępowania, bowiem dopiero w tej fazie (lecz tylko do momentu rozprawy) strony mają prawo być informowane o wstępnych konkluzjach, komentować je, proponować dodatkowe dowody i środki zaradcze⁷²⁶. Na Węgrzech środki zaradcze mogą być nieformalnie negocjowane nie tylko w postępowaniu przed Urzędem ds. Konkurencji, ale także w postępowaniu przed Radą Konkurencji (druga faza postępowania w sprawie koncentracji); gdy Rada zidentyfikuje zagrożenia dla konkurencji, wtedy albo zwraca się do zgłaszającego, albo odsyła dokumentację z powrotem do Urzędu w celu ich wynegocjowania. Negocjacje ostatecznych postanowień decyzji warunkowych mogą jednak mieć miejsce także w końcowej fazie postępowania jednofazowego (np. na Litwie⁷²⁷ czy Malcie⁷²⁸).

Prawo polskie nie akcentuje negocjacyjnego charakteru procedury formułowania warunków⁷²⁹. Jedyнным formalnym argumentem za domniemaniem negocjacji warunków mógłby być fakt, że ustawodawca pozostawił Prezesowi UOKiK uznanie co do terminu, jaki wyznaczy przedsiębiorcom na ustosunkowanie się do przedstawionych im warunków (art. 95 ust. 2 uokik z 2007 r.); zgadzam się z A. Madałą, że termin ten może być ustalony dowolnie i nawet wielokrotnie przedłużany z urzędu lub na wniosek przedsiębiorcy, co może w praktyce doprowadzić do „swoistych negocjacji i uzgodnienia warunków optymalnych zarówno dla przedsiębiorcy, jak i organu antymonopolowego”⁷³⁰. Szkoda jednak, że brak jest uogólnienia praktyki stosowania instytucji zgody warunkowej (np. w formie wytycznych Prezesa UOKiK), z którego mogłaby wynikać zasada negocjacji warunków. Planowana nowela do uokik mogłaby stworzyć mechanizm negocjacji warunków poprzez przyznanie przedsiębiorcom prawa do (nawet wielokrotnego) ustosunkowywania się do zaproponowanym im przez Prezesa UOKiK warunków modyfikacyjnych w wystarczająco długim terminie (np. 14 dni)

⁷²⁵ Zob. F. Urlesberger, I. Stoyanov, *Bulgaria* [w:] ICLG to: *Merger Control 2011*, s. 59.

⁷²⁶ Zob. F. Urlesberger, I. Stoyanov, *Bulgaria* [w:] ICGI to: *Merger Control 2011*, s. 58, 59 i 60; N. Gouginski, A. Petrow, *Bulgaria* [w:] *Merger Control 2008*, s. 73–74.

⁷²⁷ Zob. Š. Keserauskas, *Lithuania* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 12: July 2006, s. 38-22.

⁷²⁸ Zob. K. Sammut, J. Phyll, *Malta* [w:] *Merger Control 2008*, s. 236.

⁷²⁹ Na brak regulacji tego elementu postępowania w sprawach koncentracji wskazywałem krótko wcześniej; zob. T. Skoczny, *Polskie prawo kontroli koncentracji – ewolucja, model, wybrane problemy*, EPS 2010, Nr 5, s. 21.

⁷³⁰ A. Madała [w:] A. Bolecki, S. Drozd, S. Famirska, M. Kozak, M. Kulesza, A. Madała, T. Wardyński, *Prawo konkurencji*, s. 488–489.

oraz przyznanie Prezesowi kompetencji do (także wielokrotnego) przedłużania takiego terminu.

Z uzasadnień publikowanych na stronie internetowej decyzji warunkowych Prezesa UOKiK wydanych pod rządami uokik z 2000 r. wynika, że negocjacje takie miały niewielki zakres, trwały krótko i sprowadzały się do akceptacji lub odrzucenia zaproponowanych warunków. W trzech przypadkach początkowa propozycja Prezesa UOKiK była jeszcze modyfikowana na wniosek zgłaszającego, ostatecznie jednak została przyjęta przez niego w całości i bez dodatkowych zastrzeżeń⁷³¹. W pozostałych zgodach warunkowych zaproponowane przez Prezesa warunki zostały zaakceptowane w całości i bez zastrzeżeń od razu⁷³². Pod rządami uokik z 2007 r. jest już w pewnym stopniu inaczej, aczkolwiek także w żadnej z ww. trzech decyzji warunkowych, w których wyjściowe propozycje warunków zostały zaproponowane przez zgłaszającego⁷³³, Prezes UOKiK nie zaakceptował tych warunków i przedłożył swoje. W sprawie *Agros Nova/Kotlin* nie były faktycznie prowadzone żadne negocjacje, bo Prezes UOKiK odrzucił propozycje zgłaszającego, przedstawił własne warunki, które zgłaszający przyjął tego samego dnia, w całości i bez dodatkowych zastrzeżeń⁷³⁴. Szerzej zakrojone negocjacje (choć prowadzone tylko w formie wymiany pism) miały miejsce w sprawie *Unibail-Rodamco/Simon Ivanhoe*, w której zgłaszający zaproponował wstępne warunki, Prezes UOKiK ich nie zaakceptował i przedstawił własną propozycję. Na wniosek zgłaszającego propozycje te zostały przez Prezesa UOKiK zmodyfikowane i dopiero wtedy ostatecznie przyjęte⁷³⁵. Również w sprawie *UPC/Aster* wstępne propozycje zobowiązań UPC, później jeszcze przez zgłaszającego zmodyfikowane, nie zostały zaakceptowane przez Prezesa UOKiK. Zaproponował on własne warunki.

⁷³¹ Decyzja Prezesa UOKiK z 20.05.2003 r., Nr RGD-7/2003 *ICTSI/BCT*; decyzja Prezesa UOKiK z 5.06.2007 r., Nr DOK-71/07 *CRH/Schwenk*; decyzja Prezesa UOKiK z 24.09.2008 r., Nr DKK-76/2008 *JMD/Plus Discount*.

⁷³² Decyzja Prezesa UOKiK z 6.03.2003 r., Nr DDF-11/2003 (*Rethmann Recycling*); decyzja Prezesa UOKiK z 18.05.2004 r., Nr DKK-36/2004 *Sanofi/Aventis*; decyzja Prezesa UOKiK z 20.04.2005 r., Nr DOK-35/2005 *Nafta Polska/2 zakłady azotowe i 2 zakłady chemiczne (Nafta Polska)*; decyzja Prezesa UOKiK z 30.09.2005 r., Nr DOK-123/05 *Carey Agri/Polmos Białystok*; decyzja Prezesa UOKiK z 3.10.2006 r., Nr DOK-116/06 *PCC /dwa Zakłady Azotowe*; decyzja Prezesa UOKiK z 28.06.2007 r., Nr DOK-82/07 *Carrefour/Ahold*.

⁷³³ Decyzja Prezesa UOKiK z 25.02.2009 r., Nr DKK-9/09 *TP Agros Nowa/Kotlin*; decyzja Prezesa UOKiK z 12.07.2010 r., Nr DKK-64/10 *Unibail-Rodamco/Simon Ivanhoe*; decyzja Prezesa UOKiK z 5.11.2011 r., Nr DKK-101/11 *UPC/Aster*.

⁷³⁴ Decyzja Prezesa UOKiK z 25.02.2009 r., Nr DKK-9/09 *TP Agros Nowa/Kotlin*.

⁷³⁵ Decyzja Prezesa UOKiK z 12.07.2010 r., Nr DKK-64/10 *Unibail-Rodamco/Simon Ivanhoe*.

W odpowiedzi na te warunki, UPC przedstawiła nowe warunki, jakie gotowa była przyjąć. Prezes UOKiK ustosunkował się do nich pozytywnie tylko częściowo i zaproponował nowy pakiet warunków, który został przez zgłaszającego w pełni zaakceptowany⁷³⁶.

Ograniczone negocjacje miały miejsce także w sprawach koncentracji, w których wyjściowe warunki sformułował Prezes UOKiK⁷³⁷. W sprawie *Multikino/Silver Screen*, zgłaszający kontestował zaproponowane mu warunki, skutkiem czego Prezes UOKiK dokonał ich zmiany; te nowe warunki zostały już przez zgłaszającego w całości i bez dodatkowych zastrzeżeń zaakceptowane⁷³⁸. W sprawie *JMD/Plus Discount* początkowe warunki Prezesa UOKiK były następnie przez niego dwukrotnie korygowane po przedstawieniu przez JMD dodatkowych wyjaśnień i propozycji alternatywnych zobowiązań; dopiero trzeci pakiet warunków został przez wnioskodawcę zaakceptowany⁷³⁹. W sprawie *FMC/Eurodial* zgłaszający przedstawił propozycję modyfikacji warunku zaproponowanego wstępnie przez Prezesa UOKiK; propozycja ta została przyjęta w niewielkim zakresie⁷⁴⁰. W sprawie tej negocjacje przybrały już także formę spotkania w urzędzie⁷⁴¹. O ograniczonych negocjacjach można mówić również w sprawie *Eurocash/Tradis*, w której początkowe warunki Prezesa UOKiK były dwukrotnie kontestowane przez zgłaszającego co doprowadziło do ponownego sformułowania warunków przez Prezesa UOKiK. Także wobec tej propozycji Eurocash dwukrotnie występował o modyfikację warunków. Dopiero trzecia propozycja warunków Prezesa UOKiK została zaakceptowana przez zgłaszającego⁷⁴². Wyjściowa propozycja warunków Prezesa UOKiK w sprawie *Polpharma/Polfa* została przez niego skorygowana po jednokrotnym przedstawieniu przez Polpharmę dodatkowych wyjaśnień i propozycji alternatywnych zobowiązań, a następnie zaakceptowana⁷⁴³.

Przedmiotem negocjacji były najczęściej kwestie związane z charakterem i kształtem warunku. W trzech przypadkach, w których to zgłaszający proponowali warunki, dwukrotnie warunki te miały charakter behawioralny

⁷³⁶ Decyzja Prezesa UOKiK z 5.11.2011 r., Nr DKK-101/11 *UPC/Aster*.

⁷³⁷ Żadnych negocjacji nie było tylko w sprawie *Kompania Węglowa/Huta Łaziska* (decyzja Prezesa UOKiK z 18.10.2010 r., Nr DKK-105/2010 *Kompania Węglowa/Huta Łabędy*), gdzie zgłaszający od razu i w całości zaakceptował propozycje Prezesa UOKiK.

⁷³⁸ Decyzja Prezesa UOKiK z 19.06.2008 r., Nr DKK-49/2008 *Multikino/Silver Screen*.

⁷³⁹ Decyzja Prezesa UOKiK z 28.06.2011 r., Nr DKK-70/11 *FMC/Eurodial*.

⁷⁴⁰ Prezes UOKiK wskazał, że zgodnie z art. 71 ust. 2 uokik treść warunku jest jawna; tamże, s. 32.

⁷⁴¹ Tamże, s. 30.

⁷⁴² Decyzja Prezesa UOKiK z 27.10.2011 r., Nr DKK-128/2011 *Eurocash/Tradis*.

⁷⁴³ Decyzja Prezesa UOKiK z 26.03.2012 r., Nr DKK-23/2012 *Polpharma/Polfa*.

i – głównie dlatego – zostały przez Prezesa UOKiK odrzucone⁷⁴⁴. W trzeciej z tych spraw oraz w pozostałych decyzjach warunkowych wydanych pod rządami uokik z 2007 r., przedmiotem negocjacji był kształt warunku; w ich rezultacie Prezes UOKiK dokonał zmiany warunku⁷⁴⁵, częściowo go ograniczył⁷⁴⁶ lub odrzucił⁷⁴⁷. Z reguły natomiast przychylił się do prośby zgłaszających o wydłużenie terminu na realizację warunku, przy czym dokonał tego przez wyłączenie z pierwotnego terminu okresu przeznaczanego na ewentualne zgłoszenie koncentracji, które byłoby konieczne w wyniku nabycia zbywanych aktywów⁷⁴⁸. Dwukrotnie przedmiotem negocjacji była także kontestacja zgłaszających, dotycząca nakładania na nich warunku polegającego na obowiązku przedłożenia Prezesowi UOKiK do zatwierdzenia nabywcy zbywanych aktywów; w obu przypadkach Prezes UOKiK odrzucił ten zarzut⁷⁴⁹. W drodze negocjacji została też zgłoszona, ale nie została uwzględniona prośba FMC o nieujawnienie w decyzji kończącej postępowanie zarówno terminu na realizację warunku, jak i listy stacji dializ objętych warunkiem zbycia⁷⁵⁰. Warto jeszcze zauważyć, że w okresie między zgłoszeniem przez Prezesa UOKiK wyjściowej a ostatecznej wersji propozycji, Eurocash podjęła próbę zmiany ustaleń dokonanych przez Prezesa UOKiK na etapie badania koncentracji z punktu widzenia testu konkurencji dotyczących definicji rynków właściwych (produktowego i geograficznego) i stanu konkurencji na badanych rynkach⁷⁵¹.

W przedstawionych wyżej dziewięciu sprawach koncentracji, w których wydana została zgoda warunkowa pod rządami uokik z 2007 r., negocjacje trwały średnio ponad 4 tygodnie (najdłużej 9 tygodni, najkrócej 2 tygodnie). Długość negocjacji różniła się znacznie w zależności od tego, kto zaproponował wyjściowe warunki. Gdy inicjatorem warunków był wnioskodawca, negocjacje trwały średnio 6 tygodni (najkrócej 4 tygodnie⁷⁵², najdłużej

⁷⁴⁴ Decyzja Prezesa UOKiK z 12.07.2010 r., Nr DKK-64/10 *Unibail-Rodamco/Simon Ivanhoe*; decyzja Prezesa UOKiK z 5.11.2011 r., Nr DKK-101/11 *UPC/Aster*.

⁷⁴⁵ Decyzja Prezesa UOKiK z 19.06.2008 r., Nr DKK-49/2008 *Multikino/Silver Screen*.

⁷⁴⁶ Decyzja Prezesa UOKiK z 5.11.2011 r., Nr DKK-101/11 *UPC/Aster*.

⁷⁴⁷ Decyzja Prezesa UKOiK z 27.10.2011 r., Nr DKK-128/2011 *Eurocash/Tradis*; U-R.

⁷⁴⁸ Decyzja Prezesa UKOiK z 27.10.2011 r., Nr DKK-128/2011 *Eurocash/Tradis*; UPCFMC; U-R; Agros Nova.

⁷⁴⁹ Decyzja Prezesa UKOiK z 27.10.2011 r., Nr DKK-128/2011 *Eurocash/Tradis*; FMC/Eurodial.

⁷⁵⁰ Prezes UOKiK wskazał, że zgodnie z art. 71 ust. 2 uokik treść warunku jest jawna; tamże, s. 32.

⁷⁵¹ Decyzja Prezesa UKOiK z 27.10.2011 r., Nr DKK-128/2011 *Eurocash/Tradis*.

⁷⁵² Decyzja Prezesa UOKiK z 25.02.2009 r., Nr DKK-9/09 *TP Agros Nowa/Kotlin*.

9 tygodni⁷⁵³); gdy warunki proponował wstępnie Prezes UOKiK negocjacje trwały średnio 3 tygodnie (najdłużej 5 tygodni⁷⁵⁴, najkrócej 2 tygodnie⁷⁵⁵). Jeszcze wyraźniej widać to w decyzjach zakazowych Prezesa UOKiK, w których przed wydaniem zakazów (bezwarunkowych) rozważył on z urzędu możliwość wyeliminowania zagrożeń dla konkurencji w drodze nałożenia warunków, ale je odrzucił bez negocjacji z uczestnikami koncentracji⁷⁵⁶. W każdym razie, z uzasadnień tych decyzji nie wynika, żeby przedstawił uczestnikom koncentracji jakiegokolwiek warunki, ani żeby to oni wystąpili z zobowiązaniami zastosowania środków zaradczych.

6.1.5. Nakładanie warunków

Nie tylko modelowo, ale także normatywnie nie ma żadnych wątpliwości, że negocjacje środków zaradczych antykonkurencyjnej koncentracji kończą się wydaniem formalnej zgody na dokonanie koncentracji przez organ ochrony konkurencji (decyzją administracyjną) lub sąd (wyrokiem). Decyzja lub wyrok taki mogą zostać wydane na zakończenie jednofazowego lub dwufazowego postępowania przed organem ochrony konkurencji lub sądem. Dopiero taka decyzja (wyrok) nadaje wynegocjowanym warunkom (w tym zobowiązaniom stron) moc wiążącą. W różnych porządkach prawnych dzieje się to jednak w różny sposób.

W państwach pozaeuropejskich wiążące ustalenia rezultatów tych negocjacji dokonuje właściwy organ ochrony konkurencji w formie właściwego aktu administracyjnego lub wyroku sądowego. W USA dzieje się to w formie zarządzenia (*concent decree*) Departamentu Sprawiedliwości, wymagającego akceptacji przez sąd federalny, lub w formie nakazu (*concent order*) Federalnej Komisji Handlu. W Kanadzie wynegocjowane przez Komisarza ds. Konkurencji ze stronami koncentracji rozwiązania (*negotiated solutions*), których istotą jest zgoda na dokonanie koncentracji na zmodyfikowanych warunkach, są zatwierdzane w drodze decyzji⁷⁵⁷. Także wtedy, gdy sprawa została skierowana do Trybunału ds. Konkurencji, może on wydać zarzą-

⁷⁵³ Decyzja Prezesa UOKiK z 5.11.2011 r., Nr DKK-101/11 *UPC/Aster*.

⁷⁵⁴ Decyzja Prezesa UOKiK z 27.10.2011 r., Nr DKK-128/2011 *Eurocash/Tradis*.

⁷⁵⁵ Decyzja Prezesa UOKiK z 26.03.2012 r., Nr DKK-23/2012 *Polpharma/Polfa*.

⁷⁵⁶ Decyzje Prezesa UOKiK z: 5.03.2009 r., Nr DKK-10/09 *Orzeł Biały/Baterpol*; 8.10.2009 r., Nr DKK- 67/09 *Cogifer/Koltram*; 8.10.2009 r., Nr DKK-68/09 *Rieber Foods Polska/FoodCare* (dalej: *Rieber Foods/FoodCare*) – decyzja uprawomocniła się.

⁷⁵⁷ Zob. J.W. Rowley, J.F. Clifford, M. Opashinov, *Canada* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 14: September 2007; zob. także wydany przez Komisarza ds. Konkurencji Information Bulletin, dostępny na: http://www.competitionbureau.gc.ca/PDFs/Mergers_Remedies_PDF_EN1.pdf.

dzenie o zgodzie (*consent order*) na dokonanie spornej koncentracji na warunkach wynegocjowanych w trakcie postępowania przed Trybunałem między Komisarzem ds. Konkurencji a stronami koncentracji⁷⁵⁸.

W unijnym porządku prawnym kontroli koncentracji do KE należy ocena zaproponowanych środków zaradczych. W przypadku oceny pozytywnej, KE wydaje zgodę warunkową. Jeżeli natomiast uzna, że nie rozwiążą one problemów w zakresie koncentracji, musi wydać decyzję zakazującą koncentracji⁷⁵⁹; tak było np. w przypadkach zakazów koncentracji *GE/Honeywell*⁷⁶⁰, *EDP/ENI/GDP*⁷⁶¹, czy *Goncor/Lonrho*⁷⁶². Zasady dotyczące ciężaru dowodu w przypadku zgody na koncentrację w zmienionej formie są zatem takie same, jak w przypadku zakazu koncentracji i zgody na koncentrację w niezmienionej formie⁷⁶³.

Warto jednak zwrócić uwagę, że wynegocjowane przez strony z Komisją Europejską, poddane ocenie państw członkowskich i stron trzecich oraz pozytywnie ocenione i zatwierdzone przez KE **zobowiązania uczestników koncentracji stają się załącznikiem do decyzji** wyrażającej zgodę na dokonanie koncentracji. W praktyce wygląda to w sposób następujący. Sama zgoda warunkowa na dokonanie danej koncentracji stanowi art. 1 sentencji decyzji; w jej kolejnych arykułach znajduje się stwierdzenie, że zgoda ta została wydana z zastrzeżeniem nieograniczonego spełnienia warunków (art. 2) i wykonania obowiązków (art. 3), stanowiących odpowiednio części Zobowiązania przedłożonego przez strony, będącego załącznikiem do decyzji⁷⁶⁴.

Podobna sytuacja występuje w większości państw członkowskich UE, w tym tych, których porządek prawny koncentracji nie jest zbudowany na wzorcu unijnym. W Wielkiej Brytanii wstępnie wynegocjowane ze stronami koncentracji wiążące zobowiązania stają się elementem projektu decyzji

⁷⁵⁸ Tamże; zob. szerzej art. 92 i 105 kanadyjskiej ustawy o konkurencji z 1985 r.

⁷⁵⁹ Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 6–8.

⁷⁶⁰ Utrzymana w mocy wyrokiem SPI w sprawie T-210/01 *General Electric v. KE* (Zb. Orz. 2005, s. II-5575), pkt. 555 i d., 612 i d.

⁷⁶¹ Utrzymana w mocy wyrokiem SPI w sprawie T-87/05 *EDP v. KE* (Zb. Orz. 2005, s. II-3745), pkt 63 i d., 75 i d.

⁷⁶² Utrzymana w mocy wyrokiem SPI w sprawie T-102/96 *Goncor v. KE* (Zb. Orz. 1999, s. II-3745).

⁷⁶³ Zob. wyrok SPI w sprawie T-87/05 *EDP v. KE* (Zb. Orz. 2005, s. II-3745), pkt 62 i d.; zob. także W. Berg, R. Lipstein, *The Revised Merger Remedies Notice...*, s. 281–282.

⁷⁶⁴ Zob. np. załączniki takie do: decyzji KE z 30.11.2010 r. w sprawie COMP/M.5927 *BASF/Cognis*, Brussels, 30.11.2010, SG-Greffe (2010) D/19027 C(2010) 8746; decyzji KE z 19.02.2008 r. w sprawie COMP/M.4726 *Thomson Corporatiopn/Reuters Group*, Brussels, 19.02.2008 r., C(2008) 654 final.

Urzędu ds. Konkurencji lub Komisji Konkurencji. Szczegółowe warunki (*terms and conditions*) środków zaradczych, które będą zawarte w ostatecznej decyzji i będą dla stron wiążące, są negocjowane z Urzędem ds. Uczciwego Handlu lub Komisją Konkurencji dopiero po ogłoszeniu projektu decyzji. W tym sensie, procedura brytyjska różni się od trybu negocjowania środków zaradczych w postępowaniach w sprawie koncentracji na gruncie prawa UE⁷⁶⁵. We Francji np. warunki te mogą też przybrać formę *injunctions and provisions* nałożonych przez Urząd⁷⁶⁶. W Niemczech Federalny Urząd Kartelowy nakłada warunki i obowiązki bezpośrednio w decyzji⁷⁶⁷.

Podobnie jest w pozostałych „starych” państwach członkowskich UE. W Danii uzgodnione z organami zobowiązania staną się częścią decyzji Rady wyrażającej zgodę na dokonanie koncentracji. W Belgii do wynegocjowanych warunków ustosunkowuje się Kolegium Audytorów, których raport jest podstawą wyrażenia zgody warunkowej na dokonanie koncentracji w formie decyzji⁷⁶⁸. W Szwajcarii istnieje możliwość wydania tzw. „przyjacielskiej zgody” (*amicable settlement*) z przedsiębiorstwami, ale instytucja ta ma formalnie zastosowanie tylko do praktyk ograniczających konkurencję⁷⁶⁹.

Podobnie jest w „nowych” państwach członkowskich UE. Praktyka nakładania warunków na Węgrzech jest jednak zgodna z praktyką unijną; nieformalnie wynegocjowane warunki są włączane do ostatecznej decyzji tylko wtedy, gdy są albo zaproponowane, albo zaakceptowane przez strony⁷⁷⁰.

Inaczej niż w UE, w Polsce wszelkie nałożone na zgłaszającego warunki (niezależnie od ich charakteru i od tego, czy były przedmiotem negocjacji

⁷⁶⁵ Zob. N. Parr, D. Liddell, *United Kingdom* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 334.

⁷⁶⁶ Art. L. 430-7(II) Kodeksu handlowego. W latach 2000–2008 tylko w przypadku trzech decyzji warunkowych, warunki zostały narzucone (*imposed*) przez sam Urząd, gdyż strony odmówiły podjęcia zobowiązań zaradczych lub przedstawione przez nie zobowiązania zostały przez Urząd uznane za niewystarczające; zob. pkt 5223 francuskich Wytycznych w sprawie konkurencji, s. 134.

⁷⁶⁷ Zob. np. Zgody warunkowe w sprawach: *Douglas Holding AG/Hela Kosmetiks* (BKA-Beschluss vom 8. März 2007); *Globus Fachmärkte/Hela Profizentren* (BKA-Beschluss vom 5. Dezember 2007).

⁷⁶⁸ Zob. art. 59 belgijskiej ustawy o ochronie konkurencji z 2006 r.; zob. szerzej J. Stuyck, I. Buelens, *Belgium* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 40; L. Garzaniti, Th. Janssen, P. Goffinet, *Belgium* [w:] *Merger Control 2008*, s. 57.

⁷⁶⁹ Art. 29 szwajcarskiej federalnej ustawy kartelowej z 1995 r.; zob. także J. Borer, P. Sommer, D. Mamane, *Switzerland* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 21: March 2011, s. 57-10.

⁷⁷⁰ Zob. F. Urlesberger, A. Turi, *Hungary* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 139; Z. Marosi, G. Fejes, *Hungary* [w:] *Merger Control 2008*, s. 161.

czy też zostały zaakceptowane przez stronę bez negocjacji) są nakładane decyzją administracyjną⁷⁷¹; są one elementem („obligatoryjnymi składnikami”⁷⁷²) osnovy decyzji (zgody warunkowej), z której czerpią swoją moc prawną⁷⁷³. W decyzji tej zawarta jest zatem zarówno **zgoda** na dokonanie koncentracji (**element uprawniający**), jak i **warunki** (środki zaradcze), które muszą być spełnione przez adresata decyzji (**element obciążający**). Mimo to, jest to jednak zawsze jedna decyzja. M. Błachucki słusznie więc krytykuje pogląd, w myśl którego można wyróżniać w zgodzie warunkowej dwie decyzje⁷⁷⁴; ma rację mówiąc, że „nie można dzielić tego rozstrzygnięcia na zgodę i warunek (...), ale należy traktować omawiany akt administracyjny całościowo”⁷⁷⁵ jako „jedno rozstrzygnięcie”⁷⁷⁶. Nie można jednak zgodzić się z jego przekonaniem, że istotą tego aktu jest „stwierdzenie zagrożenia dla efektywnej konkurencji na rynku właściwym oraz wskazanie działań, jakie muszą zostać podjęte, aby temu niebezpieczeństwu zapobiec”⁷⁷⁷. Na marginesie warto jeszcze dodać, iż M. Błachucki nie zgadza się także z kwalifikowaniem warunku jako „dodatkowej klauzuli pozostawionej uznaniu organu antymonopolowego, a tym są instytucje warunku czy zlecenia na gruncie teorii prawa administracyjnego”⁷⁷⁸. Za błędne w cyt. publikacji uznał próby poszukiwania istoty warunku w konstrukcji zlecenia, aczkolwiek wcześniej się z tym poglądem zgadzał⁷⁷⁹.

Słusznie nie jest przez nikogo kwestionowane, że **zgoda warunkowa nie jest decyzją pod warunkiem w rozumieniu nauki prawa administracyjnego**, jako że jej moc prawna nie zależy od spełnienia się (warunek zawieszający) lub niespełnienia się (warunek rozwiązujący) zdarzenia przyszłego i niepewnego. Zgoda warunkowa wchodzi w życie z dniem jej doręczenia

⁷⁷¹ Inaczej J. Olszewski, *Nadzór nad koncentracją przedsiębiorców...*, s. 374.

⁷⁷² A. Madała [w:] A. Bolecki, S. Drozd, S. Famirska, M. Kozak, M. Kulesza, A. Madała, T. Wardyński, *Prawo konkurencji*, s. 487.

⁷⁷³ Tak też M. Błachucki, *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji...*, s. 295.

⁷⁷⁴ Tamże; zob. także cyt. tam artykuł M. Niziołek, S. Famirska, *Procedura hybrydowa w sprawach ochrony konkurencji a ostateczność i wykonalność decyzji Prezesa UOKiK*, PPH 2008, Nr 4, s. 38.

⁷⁷⁵ Tamże, s. 297.

⁷⁷⁶ M. Błachucki, *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji...*, s. 296 i 297.

⁷⁷⁷ Tamże, s. 296 i 297.

⁷⁷⁸ Tamże, s. 296; zob. także cyt. tam artykuł T. Wosia, *Termin, warunek i zlecenie w prawie administracyjnym*, PiP 2004, z. 6, s. 24 i d.

⁷⁷⁹ Zob. M. Błachucki, R. Stankiewicz, *Decyzja zezwalająca na dokonanie koncentracji z naruszeniem testu istotnego ograniczenia konkurencji (art. 20 ust. 2 ustawy antymonopolowej)*, PUG 2010, Nr 6, s. 3.

stronie i musi być wykonana (zawarte w niej warunki muszą być spełnione) **w okresie między wydaniem decyzji a terminem w niej określonym**. Pogląd głoszący, że warunki te powinny być „ustalone przed wydaniem decyzji administracyjnej i – co do zasady – wypełnione przez przedsiębiorców występujących z żądaniem wydania zgody na dokonanie koncentracji przed dniem wydania takiej decyzji przez Prezesa UOKiK”, został słusznie i powszechnie odrzucony w orzecznictwie i piśmiennictwie⁷⁸⁰; spełnienie rozważanych w postępowaniu przed Prezesem UOKiK warunków zgody na dokonanie koncentracji przed wydaniem decyzji oznaczałoby bowiem, że zamierzona koncentracja nie zagraża już konkurencji, a w konsekwencji winna być dopuszczona w drodze zgody bezwarunkowej.

Zasadniczo uważam, że w aktualnym kształcie instytucji zgody warunkowej w zakresie przesłanek formułowania i nakładania warunków zbyt dużą rolę pełni Prezes UOKiK, a zbyt małą przedsiębiorca, który zgłasza zamiar koncentracji i jest adresatem tej zgody. Jednoznacznie opowiadam się za odwróceniem tych ról. Zasadniczym zadaniem Prezesa UOKiK powinno być dokonanie oceny zobowiązań przedłożonych przez strony w formie jednostronnego oświadczenia woli do podjęcia określonych działań, które powinny stanowić załącznik do decyzji⁷⁸¹. Zgoda warunkowa pozostałaby w dalszym ciągu jednym rozstrzygnięciem, zawierającym **zgodę** na dokonanie koncentracji (**element uprawniający**) oraz **akceptację** zaproponowanych i wynegocjowanych przez adresata decyzji „**warunków**” (**element obciążający**), przy czym szczegółowa treść owych warunków (tak modyfikacyjnych, jak i gwarancyjnych) znalazła by się w załączniku do decyzji. Taka zmiana kształtu instytucji prawnej zgody warunkowej wymagała by jednak zmiany ustawy.

6.2. Instrumenty prawne zapewnienia skuteczności zgód warunkowych

Jak już wielokrotnie wskazywałem, instytucja prawna zgody warunkowej daje **możliwość uniknięcia** (wydania przez organ ochrony konkurencji i otrzymania przez uczestników transakcji) **zakazu** dokonania koncentracji, skutkiem czego **pierwotna** (zgłoszona) **transakcja koncentracyjna**, chociaż **grożąca istotnym ograniczeniem skutecznej konkurencji**, **dzięki jej modyfikowaniu** na skutek podjętych przez strony (stronę) zobowiązań i/lub

⁷⁸⁰ Zob. np. E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, s. 166 i d.; R. Stankiewicz, *Charakter prawny decyzji Prezesa UOKiK zezwalającej na dokonanie koncentracji...*, s. 126.

⁷⁸¹ M. Błachucki, *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji...*, s. 297.

nałożonych przez organ ochrony konkurencji warunków, **może uzyskać zgodę** (warunkową) **na jej dokonanie**, albowiem w jej rezultacie **skuteczna konkurencja nie zostanie istotnie ograniczona**.

Zapewnienie skuteczności stosowania tak rozumianej zgody warunkowej jest niewątpliwie jednym z wyzwań dla prawodawców we wszystkich porządkach prawnych kontroli koncentracji, jako że **w rezultacie nieskuteczności instytucji prawnej zgody warunkowej** przedsiębiorstwa, które by uzyskały taką zgodę, dokonały danej koncentracji, a następnie nie zrealizowały podjętych zobowiązań (nałożonych warunków), **odnosiłyby nieuprawnioną korzyść gospodarczą**. Dokonanie antykonkurencyjnej koncentracji (koncentracji w wersji przed wynegocjowanymi modyfikacjami) przyniosłoby szkody konkurencji, a w konsekwencji konsumentom. Z całą pewnością wstrzymałyby organy ochrony konkurencji przed udzielaniem zgód warunkowych. W konsekwencji, wyzwanie to jest podejmowane we wszystkich porządkach prawnych kontroli koncentracji na świecie.

Zapewnienie skuteczności stosowania instytucji prawnej **zgody warunkowej zależy** w pierwszym rzędzie **od istoty i zakresu warunków** (środków zaradczych) oraz **kształtu procedury ich formułowania**⁷⁸². W ostatecznym rachunku jednak, o skutecznym zastosowaniu tej instytucji prawnej można mówić tylko wtedy, gdy **warunki** (środki zaradcze), sformułowane w trakcie i nałożone w wyniku postępowania w sprawie koncentracji, **zostaną w pełni spełnione (zrealizowane)**⁷⁸³. Zarówno organy ochrony konkurencji, jak i uczestnicy koncentracji muszą zatem być przekonani, że **w razie niespełnienia warunków**, na podstawie których mogła być wydana zgoda na dokonanie koncentracji, **mogą zostać wobec nich zastosowane sankcje administracyjne**⁷⁸⁴, których konsekwencją będzie **cofnięcie przywileju zgody warunkowej (uniemożliwienie uniknięcia zakazu)**, a w przypadku, gdy koncentracja została już dokonana, **przywrócenie warunków konkurencji** na rynku.

Inaczej niż istota i zakres warunków oraz szczegółowy kształt procedury ich formułowania i nakładania⁷⁸⁵, **sankcje za niespełnienie warunków** zgody

⁷⁸² Zob. podrozdział trzeci oraz pkt 6.1 niniejszego rozdziału.

⁷⁸³ Głównie z powodu problemów z wyegzekwowaniem tych środków po tym, jak transakcja została w pełni skonsumowana, do końca lat 90-tych niemiecki Federalny Urząd Kartelowy rzadko sięgał po ten instrument.

⁷⁸⁴ R. Stankiewicz, *Konsekwencje naruszenia stanu konkurencji na rynku przez przedsiębiorcę dokonującego koncentracji (art. 21 ustawy z 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów)*, *Studia Iuridica XLVII/2007*, s. 264 i cyt. tam literatura.

⁷⁸⁵ Jak wyżej wskazałem, mogą one być określone w drodze aktów typu *soft law* lub decyzji administracyjnych i orzeczeń sądowych; zob. pkt 2 i 3 niniejszego rozdziału *passim*.

na dokonanie koncentracji muszą być **zawsze określone przez prawodawcę**. Oznaczają one bowiem poważną interwencję w prawa i wolności gospodarcze przedsiębiorstw, chronione przez prawo międzynarodowe (w tym unijne) i krajowe prawo konstytucyjne. W większości zbadanych porządków prawnych kontroli koncentracji **egzekwowanie zgód warunkowych** (sądowych lub administracyjnych) odbywa się **w ramach administracyjno-prawnego systemu sankcjonowania** zachowań przedsiębiorstw, w mniejszym lub większym stopniu regulowanego w samych ustawach o ochronie konkurencji; niekiedy jednak dokonuje się ono zarówno w trybie administracyjnym, jak i sądowym. Zakres tej regulacji nie jest wszakże jednolity w badanych porządkach prawnych. Zależy on w dużym stopniu od przyjętego modelu instytucjonalnego (w tym kompetencyjnego) kontroli koncentracji⁷⁸⁶ oraz – właściwego dla niego – charakteru przepisów sankcjonujących (głównie administracyjnych i karno-administracyjnych). Na kształt tej regulacji wpływa jednak również istota warunków (realizowanych przed i po wydaniu decyzji), a w konsekwencji sankcjonowanych rodzajów środków zaradczych, w tym warunków (*conditions; Bedingungen*) i obowiązków (*obligations; Auflagen*)⁷⁸⁷, wyróżnionych na podstawie kryterium ich treści (modyfikacyjnych i gwarancyjnych) i/lub konsekwencji prawnych ich niespełnienia. Jak już wskazywano, w niektórych porządkach prawnych (np. w UE i w Niemczech) przez warunki rozumie się zawarte w decyzji administracyjnej postanowienia dodatkowe o skutku rozwiązującym (*auflösende Bedingung*) lub zawieszającym (*aufschiebende Bedingung*)⁷⁸⁸; niespełnienie warunku nie wymaga bowiem odrębnego rozstrzygnięcia administracyjnego w sprawie ważności zgody warunkowej.

W USA i w innych państwach pozaeuropejskich instytucja zgody warunkowej jest **egzekwowana na dwa zasadnicze sposoby – sądownie lub administracyjnie**. Tam, gdzie sama zgoda warunkowa jest wydawana (akceptowana) przez sądy (np. w USA czy Kanadzie) oraz tam, gdzie organ administracyjny nie ma uprawnień do stosowania środków egzekucyjnych (np. w Brazylii⁷⁸⁹ czy Nowej Zelandii), organ ochrony konkurencji monitorujący spełnianie warunków musi wystąpić do sądu z pozwem o stwierdzenie naruszenia ustawy i zastosowanie stosownych środków egzekucyjnych (np. przymusowego zbycia aktywów lub akcji czy kar pieniężnych lub sankcji karnych) dla wyegze-

⁷⁸⁶ Piszę o nim w rozdziale I niniejszej monografii.

⁷⁸⁷ Zob. pkt 1 niniejszego rozdziału.

⁷⁸⁸ Poza Niemcami rozwiązanie takie formalnie istnieje też w unijnym prawie kontroli koncentracji.

⁷⁸⁹ Brazylijska CADE, jako organ administracyjny, może wystąpić do sądu o wyegzekwowanie zobowiązań zaradczych lub nałożenie kar pieniężnych.

kwowania środków zaradczych. Ustawy niektórych krajów (np. w Australii⁷⁹⁰ czy Nowej Zelandii) przewidują ponadto, że niewykonanie tych zobowiązań może być uznane za podstawę cofnięcia zgody⁷⁹¹ lub że zgoda przestaje obowiązywać⁷⁹².

W UE i w wielu jej państwach członkowskich zasadnicze znaczenie ma **administracyjno-prawny system egzekwowania realizowania środków zaradczych**. W systemie tym, organy ochrony konkurencji mają przede wszystkim kompetencje do wydawania trzech rodzajów decyzji administracyjnych: decyzji merytorycznych (głównie cofnięcia zgody warunkowej i stosowania środków tymczasowych), karno-administracyjnych (kar pieniężnych o charakterze represyjnym lub przymuszającym do wykonania decyzji udzielającej zgody warunkowej) oraz decyzji o przywróceniu warunków konkurencji w sytuacji, gdy zgoda na dokonanie koncentracji została „skonsumowana” mimo niespełnienia dołączonych do niej lub zawartych w niej warunków.

Dla UE najbardziej charakterystyczne jest to, że sankcje z tytułu niezrealizowania środków zaradczych zależą od rodzaju tych środków (warunków lub obowiązków)⁷⁹³; podział ten jest bowiem istotny bardziej z powodu sankcji naruszenia obu tych rodzajów zobowiązań, niż ze względu na ich treść. **W przypadku niewypełnienia warunku** strukturalnego lub behawioralnego (np. w przypadku niezbycia przedsiębiorstwa w przewidzianym terminie lub jego późniejszego ponownego przejęcia), decyzja o zgodności koncentracji ze wspólnym rynkiem przestaje obowiązywać (*is no longer applicable*)⁷⁹⁴, czyli jest automatycznie nieważna⁷⁹⁵. Komisja może zastosować środki tymcza-

⁷⁹⁰ W Australii, gdzie również dominuje *fix-it-first*, w przypadku niewykonania warunków, które miały być wykonane po ich wydaniu, Australijska Komisja Konkurencji i Konsumentów lub strona trzecia mogą wystąpić z pozwem do sądu.

⁷⁹¹ W Australii niewykonanie zobowiązań może być także uznane przez Australijską Komisję Konkurencji i Konsumentów za podstawę cofnięcia zgody.

⁷⁹² Również w Nowej Zelandii, jeżeli zobowiązanie do zbycia aktywów nie zostanie zrealizowane w terminie, zgoda przestaje obowiązywać, a Komisja Konkurencji może wszcząć badanie rynku dla określenia skutków niedokonania zbycia. Jeżeli okaże się, że bez tego środka koncentracja istotnie ogranicza konkurencję (*substantially lessens competition*), Komisja może wystąpić do sądu (High Court) o stwierdzenie naruszenia ustawy i zastosowanie stosownych środków (np. przymusowego zbycia aktywów lub akcji czy sankcji karnych).

⁷⁹³ Zgodnie z pkt 19 Zawiadomienia KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r. warunkiem jest np. wymóg zmiany struktury rynku (np. konieczność zbycia przedsiębiorstwa), obowiązkami są „kroki wykonawcze konieczne do osiągnięcia tego rezultatu” (np. powołanie zarządcy z nieodwołalnym upoważnieniem do sprzedaży przedsiębiorstwa).

⁷⁹⁴ Zob. Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 20.

⁷⁹⁵ Tak C.J. Cook, C.S. Kerse, *EC Merger Control* (2009), s. 306. Sankcję tę pomijają natomiast A. Jones, B. Sufirin, *EC Competition Law*, s. 1085.

sowe właściwe dla utrzymania skutecznej konkurencji na rynku⁷⁹⁶, nakazać rozwiązanie koncentracji (*dissolve concentration*)⁷⁹⁷ lub podjąć inne środki służące przywróceniu stanu sprzed dokonania koncentracji⁷⁹⁸, wydać którąś z decyzji przewidzianych w art. 8 ust. 1–3 rozp. 139/2004⁷⁹⁹ oraz nałożyć grzywny⁸⁰⁰. **W przypadku naruszenia obowiązku** (np. nieprzedłożenia do zatwierdzenia umowy zbycia przedsiębiorstwa) Komisja Europejska może natomiast uchylić decyzję o stwierdzeniu zgodności ze wspólnym rynkiem wydaną na podstawie art. 6 ust. 2 lub art. 8 ust. 2 rozp. 139/2004⁸⁰¹ oraz nałożyć karę pieniężną lub okresową karę pieniężną⁸⁰². Warto przy tym zauważyć, że podział ten w praktyce nie ma większego znaczenia i nie jest konsekwentnie stosowany. Niekiedy uważa się nawet, że rozróżnienie sankcji z tytułu naruszenia warunku (automatyczna nieważność zgody warunkowej) i obowiązku (decyzja o uchyleniu zgody) jest czysto formalne⁸⁰³ i raczej niepotrzebne, jako że w obu przypadkach następuje odebranie przywileju zgody warunkowej⁸⁰⁴. Cook & Kerse słusznie zwrócili uwagę na fakt, iż sposób sformułowania pewnych warunków (głównie behawioralnych) sprawia, że w praktyce ich niezrealizowanie wcale nie musi oznaczać załamania podjętego zobowiązania⁸⁰⁵.

⁷⁹⁶ Na podstawie art. 8 ust. 5 lit. b) rozp. 139/2004.

⁷⁹⁷ Na podstawie art. 8 ust. 4 lit. b) rozp. 139/2004.

⁷⁹⁸ Na podstawie art. 8 ust. 7 rozp. 139/2004.

⁷⁹⁹ Na podstawie art. 8 ust. 7 rozp. 139/2004. Formalnie rzecz biorąc może więc wydać nie tylko zakaz dokonania koncentracji (art. 8 ust. 3), ale także zgodę bezwarunkową (art. 8 ust. 1) lub warunkową (art. 8 ust. 2).

⁸⁰⁰ Na podstawie art. 14 ust. 2 lit. d) rozp. 139/2004.

⁸⁰¹ Na podstawie art. 6 ust. 3 lub art. 8 ust. 3 rozp. 139/2004.

⁸⁰² Na podstawie art. 14 ust. 2 lit. d) lub art. 15 ust. 1 lit. c) rozp. 139/2004; zob. Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., pkt 20.

⁸⁰³ Podobnie C.J. Cook, C.S. Kerse, *EC Merger Control* (2009), s. 306.

⁸⁰⁴ Stanowisko takie było już prezentowane pod rządami rozp. 4064/89; zob. np. A. Fuchs, *Zusagen, Auflagen und Bedingungen in der europäisdchen Fusionskontrolle*, WuW 1996, Nr 4/, s. 278–279.

⁸⁰⁵ Cook & Kerse (*EC Merger Control* (2009), s. 306) podają tu jako warunkowe zgody na dokonanie koncentracji w sektorze usług lotniczych, gdzie jednym z warunków dla wydania zgody było zobowiązanie się stron transakcji, że odstąpią określoną ilość slotów (czasów startów i lądowań) „nowym operatorom z szansami na konkurowanie”; jeżeli takich operatorów nie ma, warunek ten nie może być zrealizowany. Tak było np. w decyzji (pierwszej z serii) KE w sprawie COMP/M.3280 *KLM/Air France* z 11.02.2004, Brussels, 11.02.2004, SG-Greffe(2004) D/200549. Prawdopodobny brak takich operatorów był jednak także podstawą ostatniego zakazu koncentracji w tym sektorze – w decyzji KE w sprawie COMP/M.4439 *Ryanair/AerLingus* z 26.07.2007 r., Brussels, 27/06/2007, C(2007) 3104.

Uzależnienie rodzaju sankcji za niezrealizowanie środków zaradczych od ich charakteru, przewiduje także niemiecka ustawa kartelowa, która jednoznacznie stanowi, że zgoda na dokonanie koncentracji może być powiązana z warunkami i obowiązkami, stanowiącymi w decyzji administracyjnej Federalnego Urzędu Kartelowego tzw. postanowienia dodatkowe⁸⁰⁶. Niezrealizowanie **warunku** zawieszającego lub warunku rozwiązującego powoduje automatyczną nieważność zgody warunkowej, w miejsce której wstępuje decyzja o zakazie dokonania koncentracji⁸⁰⁷; tylko w przypadku koncentracji dokonanej za zgodą FUK opartą na warunku rozwiązującym koncentracja taka musi być rozwiązana⁸⁰⁸. Zgoda warunkowa może być natomiast cofnięta i zmieniona m.in. wtedy, gdy uczestniczące w koncentracji przedsiębiorstwa działają sprzecznie z jakimkolwiek powiązaniem z nią **obowiązkiem**⁸⁰⁹. W przypadku dokonania (skonsumowania) koncentracji mimo niezrealizowania nałożonego decyzją warunkową obowiązku Federalny Urząd Kartelowy może przeprowadzić jej podział w drodze zakazu lub ograniczenia korzystania z praw do głosowania lub ustanowienia w tym celu powiernika⁸¹⁰.

Oba brytyjskie organy ochrony konkurencji – Urząd ds. Uczciwego Handlu oraz Komisja Konkurencji – mają także prawo nakazać (*final order*) podjęcie środków zaradczych istotnemu ograniczeniu konkurencji zidentyfikowanemu w postępowaniu⁸¹¹. Nakaz taki może być wydany przede wszystkim wtedy, gdy negocjacje ze stronami zakończyły się niepowodzeniem, czyli strony nie godzą się na podjęcie wiążących zobowiązań; możliwość jego wydania stanowi jednak także instrument dyscyplinujący strony koncentracji prowadzące szczegółowe negocjacje kształtu akceptowanych generalnie środków zaradczych⁸¹². W drodze nakazów, środków tymczasowych oraz środków cywilnych są też w stanie zapewnić, że strony zrealizują wiążące je zobowiązania⁸¹³. Również we Francji, jeżeli z uzyskanych informacji wynika, że nie są one realizowane, Urząd ds. Konkurencji może cofnąć swoją zgodę, wyznaczyć dodatkowy termin na spełnienie warunków

⁸⁰⁶ Zob. § 40 ust. 3 zd. pierwsze niemieckiej ustawy kartelowej z 1957 r.

⁸⁰⁷ Zob. szerzej V. Emmerich, *Kartellrecht*, s. 497.

⁸⁰⁸ Tamże, s. 496–497.

⁸⁰⁹ Zob. § 40 ust. 3a zd. pierwsze niemieckiej ustawy kartelowej z 1957 r., wprowadzone do niej nowelą z 1998 r.

⁸¹⁰ Zob. § 41 ust. 4 w zw. z § 40 ust. 3a zd. pierwsze niemieckiej ustawy kartelowej z 1957 r.

⁸¹¹ Zob. Ch. Ahlborn, S. Althman, N. Gràcia, J. Harvey, *United Kingdom* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 23: March 2012, s. 63-75, 63-78.

⁸¹² Zob. N. Parr, D. Liddell, *United Kingdom* [w:] ICGI to: *Merger Control 2011*, s. 334.

⁸¹³ Tamże, s. 335.

zagrożony karą pieniężną lub nałożyć karę pieniężną identyczną, jak w przypadku nie dokonania zgłoszenia zamiaru koncentracji⁸¹⁴.

W „nowych” państwach członkowskich UE stosowane są różne środki zapewniania skuteczności zgód warunkowych. W Estonii skuteczność spełniania warunków koncentracji jest zapewniona sankcjami prawno-karnymi dla członków zarządu lub grzywnami dla osób prawnych. Na Węgrzech ustawa *explicite* rozróżnia środki zaradcze, które należy zrealizować przed wyznaczoną datą spełnienia warunku (*pre-conditional, a priori*), i takie, które można realizować po wydaniu decyzji (*post-condition, subsequent*). W tym drugim przypadku ustawa wyraźnie przewiduje, że niespełnienie warunku czyni zgodę bezskuteczną⁸¹⁵. Podobnie reguluje te kwestie ustawa słowacka. W Słowenii również istnieje możliwość realizacji środków zaradczych przed lub po wydaniu zgody warunkowej, przy czym w drugim przypadku ustawa nie przewiduje środków egzekucyjnych⁸¹⁶. Urząd może jednak nałożyć na strony obowiązki, które nie były wcześniej z nimi uzgodnione⁸¹⁷.

Także w Polsce egzekwowanie (sankcjonowanie naruszeń) zgód warunkowych jest regulowane przez samą ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów, a przewidziane w niej sankcje wymagają władczej interwencji (decyzji) Prezesa UOKiK. Nie ulega wątpliwości, że dzieje się to w ramach nadzoru represyjnego, sprawowanego przez Prezesa UOKiK nad koncentracjami⁸¹⁸. Interwencje (sankcje) te mają charakter administracyjny lub karno-administracyjny. W celu zapewnienia skuteczności zgód warunkowych, polski ustawodawca przewidział mianowicie cztery rodzaje sankcji. Po pierwsze, Prezes UOKiK może **uchylić decyzję warunkową, jeżeli przedsiębiorcy nie spełniają warunków**, o których mowa w art. 19 ust. 2–3 uokik z 2007 r.⁸¹⁹, na podstawie art. 21 ust. 1 uokik z 2007 r.⁸²⁰; w przypadku uchYLENIA takiej decyzji Prezes UOKiK „orzeka co do istoty sprawy” (*in fine* tego przepisu). Po drugie, jeżeli koncentracja została już dokonana, a przywrócenie konkurencji na rynku nie jest możliwe w inny sposób, Prezes

⁸¹⁴ Zob. L. Vogel, J. Vogel, *France* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 117.

⁸¹⁵ Art. 30 ust. 4 węgierskiej ustawy o zakazie nieuczciwych i ograniczających praktyk rynkowych z 1996 r.; zob. także F. Urlesberger, A. Turi, *Hungary* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 139; A. Hargita, *Hungary* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 13: April 2007, s. 24–26.

⁸¹⁶ Zob. P. Pensa, *Slovenia* [w:] *Merger Control 2008*, s. 303.

⁸¹⁷ Zob. V. Kobe, Ch. Haid, *Slovenia* [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*, s. 276.

⁸¹⁸ Zob. np. M. Wierzbowski, K. Karasiewicz, R. Stankiewicz, *Kontrola koncentracji przedsiębiorców*, s. 47 i d.; R. Stankiewicz, *Nadzór administracyjny jako forma relacji określająca oddziaływanie państwa na procesy koncentracji...*, s. 199 i d., s. 203 i d., s. 206 i d.

⁸¹⁹ Zob. identycznie w art. 18 ust. 2–3 uokik z 2000 r.

⁸²⁰ Zob. identycznie w art. 20 ust. 1 uokik z 2000 r.

UOKiK może **nakazać przywrócenie konkurencji** we wskazany przykładowo sposób (art. 21 ust. 2 i 3). Traktowane łącznie przepisy art. 21 ust. 1 i 2 pozwalają na sankcjonowanie takiej sytuacji, gdy **koncentracja nie została jeszcze dokonana** (art. 21 ust. 1), jak i takiej, gdy **już została dokonana** (art. 21 ust. 2). Po trzecie, w przypadku niewykonania m.in. decyzji, o której mowa w art. 21 ust. 1 (cofnięcia zgody warunkowej m.in. z powodu niespełnienia warunków nałożonych na podstawie decyzji wydanej na podstawie art. 19 uokik), Prezes UOKiK może dokonać podziału przedsiębiorcy lub wystąpić do sądu o stwierdzenie nieważności umowy lub o podjęcie innych środków zmierzających do przywrócenia stanu poprzedniego (art. 99). Ponadto, Prezes UOKiK może **nałożyć na przedsiębiorcę karę pieniężną** w określonej wysokości za każdy dzień zwłoki w wykonaniu decyzji wydanej na podstawie art. 19 ust. 1 (art. 107 ust. 1).

Podstawowym środkiem nadzoru represyjnego służącym wyeliminowaniu z obrotu prawnego zgody warunkowej z powodu **niespełnienia warunku** nałożonego w treści decyzji wydanej na podstawie art. 19 ust. 1 uokik z 2007 r. (art. 21 ust. 1 uokik z 2007 r.) jest **decyzja** Prezesa UOKiK uchylająca tę decyzję, tj. **cofająca zgodę warunkową**. Można zgodzić się z prezentowanym w literaturze poglądem, że nie ma tu znaczenia, czy warunki, o których mowa w art. 19 ust. 2 i 3, **nie zostały spełnione w całości czy w części**, chociaż skuteczne wyeliminowanie zagrożenia konkurencji zapewni najczęściej tylko całkowite spełnienie wszystkich warunków. Z uwagi na uznaniowy charakter tej decyzji Prezes UOKiK może cofnąć zgodę warunkową. Może też uznać, że „wszczęcie postępowania nie jest konieczne, nawet mimo częściowego tylko wypełnienia obowiązków lub przyjętych zobowiązań”, a w konsekwencji „wydać decyzję o odmowie uchylenia poprzednio wydanej decyzji pozytywnej w sprawie”⁸²¹.

Stanowisko to znajduje jednak swoje uzasadnienie przede wszystkim w tym, że polski ustawodawca, inaczej niż prawodawcy UE i niektórych jej państw członkowskich, w ogóle nie różnicuje sankcji nadzoru represyjnego nad koncentracjami przedsiębiorców w zależności od istoty warunków (modyfikacyjnych czy gwarancyjnych), czyli umożliwia ich stosowanie do wszelkich możliwych warunków (warunków *sensu largo*). Ma to szczególne znaczenie praktyczne zwłaszcza w przypadku sankcji przewidzianej w art. 21 ust. 1 uokik z 2007 r. Nie ulega bowiem wątpliwości, że ustawodawca dopuścił jej zastosowanie w przypadku niespełnienia wszystkich trzech rodzajów warunków występujących w art. 19 ust. 2 i 3 uokik z 2007 r.

⁸²¹ Zob. szerzej M. Wierzbowski, K. Karasiewicz, R. Stankiewicz, *Kontrola koncentracji przedsiębiorców*, s. 48; R. Stankiewicz, *Konsekwencje naruszenia stanu konkurencji na rynku przez przedsiębiorcę dokonującego koncentracji...*, s. 269.

Prezes UOKiK może zatem **uchylić decyzję warunkową**, której adresaci **nie realizują warunków modyfikacyjnych** (czyli związanych z podjęciem określonych działań zmieniających zakres lub kształt zamierzonej koncentracji) – zarówno nazwanych (w art. 19 ust. 2), jak i nienazwanych (przewidzianych w tym przepisie „w szczególności”), zarówno strukturalnych, jak i behawioralnych, ale także terminu ich realizacji. Formalnie rzecz biorąc, Prezes UOKiK może jednak także uchylić zgodę warunkową w przypadku **niespełnienia warunków gwarancyjnych** (których podstawą może być ww. otwarta klauzula warunków, o których mowa w art. 19 ust. 2) oraz przewidzianego *explicite* w art. 19 ust. 3 uokik z 2007 r. obowiązku w zakresie składania Prezesowi UOKiK informacji o dokonywanych działaniach służących realizacji warunków.

W literaturze i w praktyce orzeczniczej w Polsce pojawił się dodatkowo problem zakwalifikowania sytuacji **niespełnienia warunku w terminie**. W doktrynie prezentowany jest pogląd, że „niespełnienie warunku w terminie” wyznaczonym przez Prezesa UOKiK na podstawie art. 18 ust. 2 *in fine* uokik z 2000 r. lub art. 19 ust. 2 *in fine* uokik z 2007 r. oznacza w rzeczywistości niespełnienie nałożonych decyzją warunków⁸²², a więc samo przekroczenie terminu nie jest odrębnym deliktem uprawniającym Prezesa UOKiK do uchylenia jego warunkowej zgody na dokonanie koncentracji. Jednakże, pogląd ten jest całkowicie prawidłowy tylko w sytuacji, gdy o niespełnieniu warunku w terminie Prezes UOKiK zostanie poinformowany w informacji o realizacji warunku, złożonej w związku z obowiązkiem gwarancyjnym, o którym mowa w art. 19 ust. 3. Inaczej mówiąc, jeżeli Prezes UOKiK uzna, że mimo naruszenia **terminu** spełnienia warunku, o którym mowa w art. 19 ust. 2 *in fine*, koncentracja została dokonana legalnie, gdyż sam warunek modyfikacyjny został spełniony (acz z opóźnieniem) i zagrożenie istotnego ograniczenia konkurencji zostało skutecznie wyeliminowane, może on tylko wszcząć postępowanie z urzędu i nałożyć na zobowiązanego ze zgody warunkowej karę pieniężną na podstawie art. 107 uokik z 2007 r. za każdy dzień zwłoki w wykonaniu decyzji.

Taka sytuacja miała miejsce w sprawie koncentracji *Carrefour/Ahold Polska*, na którą Prezes UOKiK wyraził zgodę warunkową⁸²³, uzależniając ją od wyzbycia się przez Carrefour wszelkich praw do konkretnych 9 sklepów na rzecz niezależnych inwestorów, wyznaczając termin spełnienia tego warunku „do 31 grudnia 2008 r.”. Istotne jest, że zarówno wybór sklepów,

⁸²² Tak też E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, s. 168; K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, s. 557.

⁸²³ Zob. decyzję Prezesa UOKiK z 28.06.2007 r., Nr DOK-82/07 *Carrefour/Ahold*.

jak i termin ich wyzbycia się były przedmiotem negocjacji w postępowaniu w sprawie zgłoszonej koncentracji. Krótko przed upływem 18-miesięcznego terminu na realizację tego warunku, Carrefour wstąpił do Prezesa UOKiK z wnioskiem o zmianę decyzji z urzędu, zarówno w zakresie treści warunku, jak i terminów jego spełnienia i złożenia informacji o wykonaniu warunku. Prezes UOKiK nie znalazł jednak podstaw do przychylenia się do tych wniosków. Carrefour spełnił ostatecznie warunek w odniesieniu do dwóch sklepów z prawie miesięcznym opóźnieniem, o czym powiadomił Prezesa UOKiK w terminie wyznaczonym. Obrona Carrefour niemożliwością spełnienia treści warunku okolicznościami faktycznymi i prawnymi była bezskuteczna. Prezes UOKiK uznał w szczególności, że zaprzestanie działalności handlowej przez Carrefour nie jest tożsame z wyzbyciem się praw do sklepów na rzecz niezależnego inwestora, jako że nie daje możliwości przywrócenia skutecznej konkurencji (zmniejsza ilość placówek i ogranicza dostępność i wybór towarów). Uznał także, że sposób prowadzenia negocjacji z potencjalnymi nabywcami tych sklepów świadczył o tym, że Carrefour nie chciał dopuścić do prowadzenia w wyznaczonych placówkach działalności konkurencyjnej. W konsekwencji, Prezes UOKiK nałożył karę pieniężną za każdy z 26 dni zwłoki w wykonaniu warunku, przy czym, z uwagi na ostateczne jego spełnienie, zastosował stawkę dzienną w wysokości 5.000 euro, czyli równą połowie stawki maksymalnej. Decyzja ta została utrzymana w mocy przez SOKiK.

Wyeliminowanie z obrotu prawnego zgody warunkowej z powodu niespełnienia nałożonych nią warunków nie tworzy jednak pustki prawnej. Z przepisu art. 21 ust. 1 wynika bowiem wprost, że uchylając taką zgodę warunkową Prezes UOKiK „orzeka co do istoty sprawy”(art. 21 ust. 1 *in fine*), czyli wydaje drugą decyzję, w której ponownie zajmuje stanowisko wobec koncentracji, na której dokonanie wyraził warunkową zgodę. Można w pełni zgodzić się z poglądem R. Stankiewicza, że sytuacja ta „w swym wymiarze proceduralnym jest zbliżona do konstrukcji art. 151 § 1 pkt 2 k.p.a. (instytucja wznowienia postępowania)”⁸²⁴. W związku z tym nic nie stoi na przeszkodzie, żeby Prezes UOKiK wydał tylko **jedną decyzję na podstawie art. 21 ust. 1**, uchylającą zgodę warunkową i jednocześnie orzekającą co do istoty sprawy⁸²⁵.

Uchylenie decyzji wyrażającej warunkową zgodę na dokonanie koncentracji, przewidziane w art. 21 ust. 1, nie służy „ukaraniu” określonych

⁸²⁴ R. Stankiewicz, *Konsekwencje naruszenia stanu konkurencji na rynku przez przedsiębiorcę dokonującego koncentracji...*, s. 269.

⁸²⁵ Inaczej E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, s. 175.

przedsiębiorców w niej uczestniczących, lecz wydaniu prawidłowej (zgodnej z prawem) decyzji. Oznacza to, że Prezes UOKiK musi wszcząć w tym celu z urzędu postępowanie i przeprowadzić ponowne zbadanie przedmiotowej koncentracji (pełne postępowanie dowodowe); nie jest jednak wymagane złożenie przez przedsiębiorców dokonujących koncentracji ponownego zgłoszenia określonego w art. 94, ale muszą się oni liczyć z żądaniem przedłożenia informacji (np. na podstawie art. 50) dotyczących przebiegu i stanu koncentracji objętej poprzednią zgodą warunkową oraz zmian, jakie w międzyczasie zaszły na rynkach. Orzekanie o istocie sprawy może polegać na wydaniu jednej z decyzji przewidzianych w art. 18–20 uokik. *Ratio legis* zgody warunkowej każe jednak przyjąć, że będzie nią **najczęściej decyzja zakazująca dokonania koncentracji**. Zgoda warunkowa jest bowiem wydawana w sytuacji, w której Prezes UOKiK uzna, że uczestnicy koncentracji mogą uniknąć zakazu pod warunkiem dokonania modyfikacji pierwotnego zamiaru koncentracji. Tylko formalnie rzecz biorąc, może to być także decyzja wyrażająca zgodę na dokonanie koncentracji (zgoda bezwarunkowa lub zgoda warunkowa). **Zgoda bezwarunkowa** jest możliwa tylko wtedy, gdy sytuacja konkurencyjna na rynku uległa w międzyczasie na tyle korzystnym zmianom, że w momencie wydawania w sprawie nowej decyzji (drugiej części jednolitej decyzji z art. 21 ust. 1), zamierzona koncentracja, nawet bez modyfikacji, nie będzie zagrażała konkurencji na rynkach, na które wywiera wpływ⁸²⁶. **Nowa zgoda warunkowa** jest raczej wątpliwa; w moim przekonaniu Prezes UOKiK mógłby ją wydać tylko wtedy, gdyby uznał, że powodowanym przez koncentrację zagrożeniom konkurencji można **zaradzić przy pomocy innych warunków** niż te nałożone w pierwotnej zgodzie warunkowej. Każda z tych sytuacji może oczywiście praktycznie wystąpić wyłącznie wtedy, gdy koncentracja, będąca przedmiotem najpierw decyzji warunkowej, a potem decyzji uchylającej zgodę na jej warunkowe dokonanie, **nie została** przez strony **dokonana do momentu uchylenia zgody warunkowej**.

Drugi z ww. rodzajów sankcji za naruszenie instytucji zgody warunkowej (**wydanie decyzji o przywróceniu konkurencji na rynku**) ma natomiast zastosowanie wyłącznie do sytuacji, w której dopuszczona warunkowo **koncentracja została już dokonana**. Wynika to wprost z przepisu art. 21 ust. 2 uokik z 2007 r. (identycznie art. 20 ust. 2 uokik z 2000 r.), dającego Prezesowi UOKiK możliwość zastosowania w tym celu określonych środków ingerencji strukturalnej (ang. *divestiture*; niem. *Entflechtung/Abwicklung*)⁸²⁷.

⁸²⁶ Zob. szerzej M. Wierzbowski, K. Karasiewicz, R. Stankiewicz, *Kontrola koncentracji przedsiębiorców*, s. 48.

⁸²⁷ Tak po raz pierwszy [w:] R. Janusz, M. Sachajko, T. Skoczny, *Nowa ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, *Kwartalnik Prawa Publicznego* 2001, Nr 3, s. 198; akcep-

Stanowi on, że w przypadku, o którym mowa w art. 21 ust. 1 (czyli m.in.⁸²⁸ cofnięcia zgody z powodu niespełnienia warunków, które leżały u jej podstaw) Prezes UOKiK może, w drodze decyzji, nakazać w szczególności: 1) podział połączonego przedsiębiorcy na warunkach określonych w decyzji; 2) zbycie całości lub części majątku przedsiębiorcy; 3) zbycie udziałów lub akcji zapewniających kontrolę nad przedsiębiorcą lub przedsiębiorcami lub rozwiązanie spółki, nad którą przedsiębiorcy sprawują wspólną kontrolę.

Skoro skorzystanie przez Prezesa UOKiK z kompetencji określonej w art. 21 ust. 2 dopuszczalne jest jedynie wówczas, gdy koncentracja została już dokonana, istotne jest ustalenie znaczenia terminu „**dokonanie koncentracji**”. W świetle art. 97 uokik z 2007 r. można przyjąć, że pojęcie to oznacza dokonanie stosownych czynności prawnych będących podstawą koncentracji⁸²⁹, a więc takich, które mają zasadnicze znaczenie dla danego typu koncentracji. W szczególności, w przypadku koncentracji polegającej na połączeniu spółek prawa handlowego, konieczne jest wpisanie połączenia do rejestru, gdyż zgodnie z art. 493 § 2 ksh, z tym dniem „następuje połączenie”. Jeśli natomiast koncentracja polega na nabyciu części mienia innego przedsiębiorcy, dokonanie koncentracji następuje poprzez zawarcie umowy sprzedaży; nie jest zatem konieczne objęcie w posiadanie wszystkich nabytych składników mienia innego przedsiębiorcy.

Drugim warunkiem zastosowania kompetencji przewidzianych w art. 21 ust. 2 jest **niemożliwość przywrócenia konkurencji** na rynku w inny sposób. Oznacza to, że (choćby z uwagi na wymogi zasady proporcjonalności) uruchomienie środków nadzoru represyjnego, przewidzianych w art. 21 ust. 2 może nastąpić dopiero po uprzednim stwierdzeniu, iż żadne działania służące przywróceniu konkurencji nie zostały podjęte lub nie przyniosły rezultatu. Działania takie może podjąć zarówno Prezes UOKiK, jak i przedsiębiorcy. Przywrócenie konkurencji może bowiem nastąpić **poprzez wydanie decyzji orzekającej** co do istoty sprawy opartej na art. 21 ust. 1 (np. nowej zgody warunkowej), wywołującej skutki prawne *ex nunc*, oraz w drodze skutecznego zastosowania (nałożenia na przedsiębiorców) **kary pieniężnej w celu przymuszenia** do wykonania decyzji (spełnienia warunków)

tujaco także M. Wierzbowski, K. Karasiewicz, R. Stankiewicz, *Kontrola koncentracji przedsiębiorców...*, s. 49; R. Stankiewicz, *Konsekwencje naruszenia stanu konkurencji na rynku przez przedsiębiorcę dokonującego koncentracji...*, s. 270.

⁸²⁸ Ten środek nadzoru represyjnego może być zastosowany także w sytuacji, gdy sama zgoda jako taka – bezwarunkowa, warunkowa lub nadzwyczajna – została oparta „na nierzetelnych informacjach, za które są odpowiedzialni przedsiębiorcy uczestniczący w koncentracji” (art. 21 ust. 1); kwestie te nie są przedmiotem niniejszych rozważań.

⁸²⁹ Tak K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, s. 972.

w trybie art. 107 uokik. Jednak także przedsiębiorcy mogą podjąć kroki, które wyeliminują lub zmodyfikują sytuację niezgodną z treścią nowej decyzji⁸³⁰. Mianowicie mogą oni **samodzielnie (dobrowolnie)** wycofać się z zamierzonej koncentracji („cofnąć czynności, co do których istniała początkowo zgoda organu antymonopolowego na ich przeprowadzenie”⁸³¹) lub zastosować środki strukturalne, o których mowa w art. 21 ust. 2, czyli dokonać podziału, zbycia całości lub części majątku, zbycia określonych udziałów lub akcji, a także **podjąć inne działania w celu przywrócenia stanu konkurencji** na rynkach właściwych.

Przedmiotem nakazu wydanego przez Prezesa UOKiK w oparciu o przepis art. 21 ust. 2 uokik z 2007 r. (podobnie jak art. 20 ust. 1 uokik z 2000 r.) mogą być **różne działania służące przywróceniu konkurencji na rynku**. Ich przykładowy charakter i zakres dopuszczalnej ingerencji (np. określenie w tej decyzji m.in. warunków podziału przedsiębiorcy) uzasadnia pogląd, że ustawodawca przyznał Prezesowi UOKiK możliwość zastosowania „każdego dowolnego środka”⁸³², byle tylko służył on przywróceniu konkurencji na rynku. Niemożliwość wydania takiej decyzji po upływie 5 lat od dokonania koncentracji (art. 21 ust. 3) jest jedynym formalnym ograniczeniem realizacji kompetencji Prezesa UOKiK w tym zakresie. Z uwagi jednak na związek instrumentów przewidzianych w art. 21 ust. 2 z faktem uchylecia decyzji, o której mowa w art. 21 ust. 1 (wyrażającej warunkową zgodę na dokonanie koncentracji), należy przyjąć, iż działania objęte nakazem Prezesa UOKiK powinny ściśle **wiązać się z rodzajem działań dokonywanych w ramach przeprowadzonej koncentracji**. Innymi słowy, nie można zgodzić się, aby Prezes UOKiK posiadał pełną swobodę co do formułowania treści nakazu, będąc związanym jedynie celem, jakim jest przywrócenie konkurencji na rynku⁸³³.

Decyzja Prezesa UOKiK może nakazywać podział połączonego przedsiębiorcy na warunkach określonych w decyzji (art. 21 ust. 2). Należy zauważyć, iż procedury podziału przedsiębiorcy nie można zastosować w odniesieniu

⁸³⁰ Tak M. Wierzbowski, K. Karasiewicz, R. Stankiewicz, *Kontrola koncentracji przedsiębiorców*, s. 48; R. Stankiewicz, *Konsekwencje naruszenia stanu konkurencji na rynku przez przedsiębiorcę dokonującego koncentracji...*, s. 270.

⁸³¹ R. Stankiewicz, *Konsekwencje naruszenia stanu konkurencji na rynku przez przedsiębiorcę dokonującego koncentracji...*, s. 270.

⁸³² Tak M. Wierzbowski, K. Karasiewicz, R. Stankiewicz, *Kontrola koncentracji przedsiębiorców*, s. 48.

⁸³³ Tak słusznie P. Lissoń [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod red. T. Skoczego, s. 917; odmiennie E. Modzelewska-Wąchał, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, s. 175; K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, s. 567.

do przedsiębiorców działających w każdej formie organizacyjnej, a jedynie do tych, dla których właściwe przepisy prawne przewidują taką procedurę. W szczególności, zgodnie z przepisami ustawy – Kodeks spółek handlowych, podziałowi podlegają **tylko spółki kapitałowe**, tzn. spółka akcyjna oraz spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Spółka osobowa nie podlega podziałowi (art. 528 § 2 ksh). Nie jest także dopuszczalny podział spółki akcyjnej, jeżeli kapitał zakładowy nie został pokryty w całości (art. 528 § 1 ksh). Zgodnie z art. 529 § 1 ksh, istnieją cztery możliwe sposoby dokonania podziału spółek kapitałowych. **Podział spółdzielni** dokonywany jest zgodnie z przepisami art. 108–112 Prawa spółdzielczego⁸³⁴. Przepisy te przewidują, że podział następuje przez wydzielenie części spółdzielni, z której powstaje nowa spółdzielnia. **Podział przedsiębiorstw państwowych** odbywa się na podstawie przepisów art. 18, 22, 23 i 25 ustawy o przedsiębiorstwach państwowych⁸³⁵. **Podział jednostek badawczo-rozwojowych** dokonywany jest według przepisów art. 7 i 11 ustawy o jednostkach badawczo-rozwojowych⁸³⁶ oraz przepisów wykonawczych do niej⁸³⁷. W przypadku niektórych form organizacyjnych **nie jest możliwe dokonanie ich podziału** z tego względu, iż właściwe przepisy w ogóle nie przewidują procedury ich podziału. W szczególności nie jest przewidziany podział **spółek osobowych** (spółka jawna, partnerska, komandytowa oraz komandytowo-akcyjna), **fundacji i stowarzyszeń** prowadzących działalność gospodarczą, oddziałów przedsiębiorców zagranicznych, towarzystw ubezpieczeń wzajemnych czy państwowych instytucji filmowych.

Artykuł 21 ust. 2 pozwala także na wydanie decyzji nakazującej zbycie całości lub części majątku przedsiębiorcy (pkt 2) oraz zbycie udziałów lub akcji zapewniających kontrolę nad przedsiębiorcą lub przedsiębiorcami lub rozwiązanie spółki, nad którą przedsiębiorcy sprawują wspólną kontrolę (pkt 3).

W każdej z decyzji podziałowych Prezes UOKiK może określić termin oraz warunki jej wykonania. Realizowanie tego uprawnienia powinno być adekwatne do tego, jak przedstawiał się stan poprzedzający koncentrację. Kryterium to powinno również determinować np. sposób podziału majątku oraz przysługujących dzielonej spółce koncesji i innych uprawnień

⁸³⁴ Ustawa z 16.09.1982 r. – Prawo spółdzielcze (tekst jedn. Dz. U. z 2003 r. Nr 188, poz. 1848 z późn. zm.).

⁸³⁵ Ustawa z 25.09.1981 r. o przedsiębiorstwach państwowych (tekst jedn. Dz. U. z 2002 r. Nr 112, poz. 981 z późn. zm.).

⁸³⁶ Ustawa z 25.07.1985 r. o jednostkach badawczo-rozwojowych (tekst jedn. Dz. U. z 2001 r. Nr 33, poz. 388 z późn. zm.).

⁸³⁷ Rozporządzenie Rady Ministrów z 24.07.2001 r. w sprawie szczegółowych warunków i trybu łączenia, podziału, reorganizacji i likwidacji jednostek badawczo-rozwojowych (Dz. U. Nr 90, poz. 996).

wynikających z treści władczych rozstrzygnięć organów administracji publicznej. Termin powinien być odpowiedni do rodzaju nakazanych działań, przy czym ma on charakter instrukcyjny, gdyż w wielu przypadkach dochowanie tego terminu nie jest uzależnione wyłącznie od przedsiębiorcy, ale również od przeprowadzenia określonych procedur przez odpowiednie organy sądowe lub administracyjne.

Jako że istotą decyzji mającej na celu przywrócenie konkurencji na rynku jest **nałożony na przedsiębiorców nakaz** dokonania podziału przedsiębiorcy, zbycia majątku lub kontrolnego pakietu udziałów lub akcji, którego przedsiębiorcy ci mogą nie wykonać, polski ustawodawca ustanowił trzeci rodzaj środka nadzoru represyjnego, który ma zapewnić skuteczność merytorycznych rozstrzygnięć w sprawach koncentracji, w tym zgód warunkowych. Na podstawie art. 99 uokik z 2007 r., jeżeli przedsiębiorcy nie wykonają decyzji Prezesa UOKiK, wydanej m.in. na podstawie art. 21 ust. 1, **Prezes UOKiK może, w drodze decyzji, sam dokonać podziału przedsiębiorcy lub wystąpić do sądu** o stwierdzenie nieważności umowy lub podjęcie innych środków zmierzających do przywrócenia stanu poprzedniego, czyli ukształtować byt prawny przedsiębiorców poddanych administracyjnemu postępowaniu antymonopolowemu przez środki o charakterze cywilnoprawnym⁸³⁸. W pierwszym przypadku, działając na podstawie przepisów art. 528–550 ksh⁸³⁹ Prezes UOKiK realizuje bezpośrednio kompetencje organów spółek kapitałowych⁸⁴⁰ uczestniczących w podziale; do pozostałych przypadków mogą być stosowane inne środki wymagające udziału sądu⁸⁴¹.

Jak już wskazano wyżej, szczególnym – karno-administracyjnym – rodzajem sankcji z tytułu naruszenia decyzji udzielającej zgody warunkowej na dokonanie koncentracji w Polsce jest **możliwość nałożenia** przez Prezesa UOKiK na przedsiębiorców **kary pieniężnej za każdy dzień zwłoki** w wykonaniu **decyzji** (także wyroków) wydawanych w sprawach koncentracji (art. 107

⁸³⁸ Tak M. Wierzbowski, K. Karasiewicz, R. Stankiewicz, *Kontrola koncentracji przedsiębiorców*, s. 50; M. Pawełczyk, R. Stankiewicz, *Istota środków prawnych podejmowanych przez Prezesa UOKiK na podstawie art. 99 ustawy antymonopolowej w związku z koncentracją przedsiębiorstw [w:] Instrumenty i formy prawne działania administracji gospodarczej* pod red. B. Popowskiej, K. Kokocińskiej, Poznań 2009, s. 379.

⁸³⁹ Zob. szerzej A. Witosz, *Decyzja o podziale spółki a ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, PPH 2004, Nr 10, s. 18 i d.

⁸⁴⁰ Tak słusznie M. Wierzbowski, K. Karasiewicz, R. Stankiewicz, *Kontrola koncentracji przedsiębiorców*, s. 50.

⁸⁴¹ Zob. M. Pawełczyk, R. Stankiewicz, *Istota środków prawnych podejmowanych przez Prezesa UOKiK na podstawie art. 99 ustawy antymonopolowej...*, s. 379–383.

uokik z 2007 r.; podobnie art. 102 uokik z 2000 r.)⁸⁴². Środek ten ma charakter **fakultatywny** („Prezes Urzędu może nałożyć (...) karę pieniężną”) i służy **przymuszeniu** przedsiębiorców do wykonania m.in. merytorycznej decyzji udzielającej zgody warunkowej (art. 19 ust. 1) i pozamerytorycznego (represyjnego) nakazu podjęcia przez przedsiębiorców środków mających na celu przywrócenie konkurencji na rynku (art. 20 ust. 2). W przypadku „niespełnienia warunków w terminie” (art. 21 ust. 1) **nie ma** jednak **charakteru stricte egzekucyjnego**, bo może być zastosowany tylko wtedy, gdy warunki leżące u podstaw zgody zostały wykonane, chociaż w terminie późniejszym niż wyznaczony w decyzji⁸⁴³.

Przedstawiona analiza administracyjnoprawnych instrumentów zapewniania skuteczności decyzji warunkowych pozwala na sformułowanie kilku wniosków uogólniających. Najbardziej zwracającą uwagę prawidłowością jest występowanie w prawie wszystkich badanych porządkach prawnych **dwóch rodzajów decyzji** (wydawanych najczęściej przez te same organy ochrony konkurencji, które wydają zgody warunkowe) służących – po pierwsze – **odbieraniu** tym **zgodom** ich **prawnej skuteczności** oraz – po drugie – **wymierzeniu kary pieniężnej** za zachowania przedsiębiorstw stanowiące nadużycie instytucji zgody warunkowej lub w celu przymuszenia jej wykonania.

Nieodzowność pierwszego rodzaju tych decyzji wynika z istoty zgody (decyzji) warunkowej. Jeżeli bowiem nałożone na uczestników koncentracji **warunki nie zostaną spełnione**, organ ochrony konkurencji musi skutecznie doprowadzić do sytuacji, w której uczestnicy koncentracji **nie będą mogli czerpać korzyści z uniknięcia zakazu antykonkurencyjnej koncentracji**, czyli koncentracji w rzeczywistości nie zmodyfikowanej w taki sposób, żeby konkurencja na rynkach właściwych nie była istotnie ograniczona. Modelowo rzecz ujmując, takie pozbawienie decyzji warunkowej skuteczności prawnej może być dokonane na **dwa sposoby** w zależności od sytuacji, w jakiej decyzja sankcjonująca niespełnienie warunków jest podejmowana. Może być bowiem tak, że mimo niespełnienia warunków **koncentracja** w dalszym ciągu **nie została jeszcze dokonana**; wtedy wystarczy najczęściej **uchylenie decyzji udzielającej zgody warunkowej** na jej dokonanie i wydanie w jej miejsce nowej decyzji (najczęściej zakazującej dokonania koncentracji). Gdy natomiast dopuszczona warunkowo **koncentracja została już dokonana**, organ

⁸⁴² O charakterze odpowiedzialności leżącej u podstaw tej sankcji zob. wyrok Sądu Apelacyjnego z 17.05.2012 r. w sprawie VI ACa 14/28/11 *Carrefour*; zob. także M. Bernatt, *Kontrola koncentracji – wymierzenie kary pieniężnej za zwłokę w wykonaniu decyzji Prezesa UOKiK*, iKAR 2012, Nr 4(1), s. 113.

⁸⁴³ Tak M. Król-Bogomilska, *Zakaz łączenia podmiotów gospodarczych a problematyka uznania administracyjnego*, Glosa 1997, Nr 10, s. 2 i d.

ochrony konkurencji powinien móc podjąć stosowne działania w celu odwrócenia skutków dokonanej koncentracji antykonkurencyjnej, w tym **przywrócenia sytuacji** (struktury, stanu) **konkurencji na rynku**, jaka istniała przed koncentracją.

Ratio legis **kar pieniężnych** służących egzekwowaniu zgód warunkowych tylko o tyle wykracza poza cele ich stosowania w prawie kontroli koncentracji (np. za odmowę udzielania informacji lub udzielanie informacji wprowadzających w błąd), że w niektórych systemach mogą one być stosowane **tylko za naruszenie warunków implementacyjnych** (obowiązków). Jest tak zapewne dlatego, że nakładanie na przedsiębiorców surowych kar pieniężnych z tytułu niespełnienia warunków modyfikacyjnych mogłoby zostać uznane za „podwójne karanie”, skoro w takiej sytuacji decyzja warunkowa albo wygasa albo musi zostać uchylona i zastąpiona zakazem, co otwiera także drogę do wydania decyzji przywracającej stan konkurencji na rynku. Natomiast karanie finansowe za naruszenie warunków implementacyjnych ma sens. Niezrealizowanie środków gwarancyjnych nie musi prowadzić bowiem do podważenia skuteczności zgody warunkowej, stąd może być sankcjonowane środkami egzekucyjnymi i mniej interwencyjnymi.

Rozdział V

Podsumowanie i wnioski

1.

Każda zamierzona koncentracja, która podlega obowiązkowi zgłoszenia organowi ochrony konkurencji, jest poddawana jego ocenie na podstawie podstawowego (ekonomicznego) testu konkurencji; w zbadanych porządkach prawnych prewencyjnej kontroli koncentracji jest nim najczęściej test istotnego ograniczenia (skutecznej) konkurencji, uzupełniony niekiedy wskazaniem przykładowego testu powstania lub wzmocnienia pozycji dominującej na rynku. Przeprowadzenie tego testu w postępowaniu w sprawie zgłoszonej koncentracji kończy się z reguły decyzją wyrażającą zgodę na dokonanie zamierzonej transakcji (gdy nie spowoduje ona istotnego ograniczenia konkurencji) lub decyzją zakazującą jej dokonania (gdy jej skutkiem będzie istotne ograniczenie konkurencji); ta ostatnia sytuacja jest niezmiernie rzadka. Dominacja zgód na dokonanie koncentracji wynika przede wszystkim z faktu, że zdecydowana większość koncentracji badanych przez organy ochrony konkurencji nie rodzi żadnych zagrożeń dla konkurencji na rynkach właściwych. Jest ona jednak w pewnym stopniu również efektem stworzenia przez ustawy i/lub akty typu *soft law* oraz szerokiego stosowania w praktyce decyzyjnej (orzeczniczej) tych organów zgód szczególnych; uwarunkowania materialnoprawne (głównie) oraz formalnoprawne (w mniejszym zakresie) wydawania takich zgód w Polsce (szeroko), w UE (w dużym stopniu) oraz w kilkudziesięciu krajowych porządkach prawnych (w mniejszym stopniu) były zasadniczym obiektem rozważań prezentowanej monografii.

Zaproponowana w niej **koncepcja zgód szczególnych** (wyjątkowych, nadzwyczajnych i warunkowych) obejmuje trzy sytuacje, w których wydanie

zgody na dokonanie koncentracji nie jest efektem stwierdzenia, że nie rodzi ona zagrożeń dla konkurencji, ale stanowi konsekwencję wystąpienia innych (szczególnych) okoliczności przewidzianych przez prawo, akty typu *soft law* oraz dorobek praktyki orzeczniczej. **Zgoda wyjątkowa** jest **konsekwencją niedopuszczalności zakazu** wynikającą z faktu, że antykonkurencyjne skutki zamierzonej koncentracji musiałyby wystąpić nawet wtedy, gdyby w wyniku zakazu jej dokonania do koncentracji takiej w ogóle by nie doszło. Niedopuszczalność zakazu może mieć swoje uzasadnienie w możliwości wykazania braku związku przyczynowego między zgłoszoną koncentracją a jej potencjalnymi skutkami dla konkurencji, sytuacji tzw. *counterfactual* lub – najczęściej – spełnienia przesłanek obrony argumentem upadającej firmy. **Zgoda nadzwyczajna** jest **konsekwencją** przewidzianej przez prawo **nieskuteczności zgody** (np. w prawie UE) **albo możliwości uchylenia lub odstąpienia od zakazu koncentracji na podstawie testów interesu publicznego innych niż ochrona konkurencji**; priorytet w stosunku do interesu publicznego w ochronie konkurencji jest przyznawany najczęściej w celu zapewnienia bezpieczeństwa publicznego, pluralizmu mediów i reguł ostrożnościowych w sektorze usług finansowych. Zgody nadzwyczajne mogą być wydawane przez organy ochrony konkurencji lub inne organy władzy publicznej. **Zgoda warunkowa** jest **konsekwencją** powszechnego przyznawania przez ustawodawców wysokiej rangi **możliwości uniknięcia** (wydania i uzyskania) **zakazu** dokonania koncentracji wtedy, gdy poprzez zastosowanie środków zaradczych (warunków) koncentracja ta, lecz w zmodyfikowanej postaci, nie będzie zagrażać konkurencji; w ten sposób można zrealizować zarówno biznesowe cele przedsiębiorców, jak i misję organów ochrony konkurencji.

Celem poznawczym (przedmiotem) niniejszej monografii była **weryfikacja hipotezy badawczej**, zgodnie z którą we wszystkich badanych porządkach prawnych kontroli koncentracji **zgody szczególne** (wyjątkowe, nadzwyczajne i warunkowe) mają **znaczenie dominujące**, a **najwyższy priorytet** przyznaje się **zgodzie warunkowej**. Właściwie ukształtowane i prawidłowo stosowane instytucje prawne zgód wyjątkowych, nadzwyczajnych i szczególnych pozwalają zapewnić równowagę między wolnością gospodarczą przedsiębiorców, w tym ich prawem do koncentrowania własności i kapitału, a koniecznością interwencji publicznej w procesy koncentracji gospodarczej w interesie ochrony konkurencji i publicznym, a niekiedy także w innym – przeważającym – interesie publicznym. Zgoda warunkowa ma do tego ten walor, że w najwyższym stopniu spełnia wymóg proporcjonalności tej interwencji. W sensie poznawczym hipotezy te zostały pozytywnie zweryfikowane

zarówno na gruncie analiz źródeł normatywnych i orzeczniczych, jak i w świetle poglądów doktryny.

Zasadniczym wątkiem i punktem odniesienia niniejszej monografii były oczywiście zgody szczególne w polskim prawie kontroli koncentracji. Stąd szczególne miejsce poświęcono w niej analizie ustawowych przesłanek oraz wszystkich przypadków zastosowania instytucji zgód szczególnych, w tym głównie zgód nadzwyczajnych i warunkowych, pod rządami uokik z 2000 r. i z 2007 r. Konfrontacja wyników ich monograficznego opracowania z rozwiązaniami i doświadczeniami UE i jej – zarówno „starych”, jak i „nowych” państw członkowskich, ale także USA i wielu państw pozaeuropejskich, pozwoliła na wykazanie różnic w ich ukształtowaniu w świetle ustaw i/lub aktów typu *soft law* oraz na sformułowanie wniosków *de lege lata* (pod adresem polskich organów ochrony konkurencji) i *de lege ferenda* (pod adresem polskiego ustawodawcy) w odniesieniu do każdego z analizowanych rodzajów zgód szczególnych.

2.

Badania dotyczące doktryny lub koncepcji obrony argumentem upadającej firmy (*failing firm defence*) wykazały po pierwsze, że możliwość obrony przed zakazem dokonania koncentracji na podstawie tego argumentu jest trwałym elementem przeciwdziałania nadmiernej (antykonkurencyjnej) koncentracji w gospodarce. Zdają się to potwierdzać procesy koncentracyjne dokonujące się nie tylko w okresach restrukturyzacji gospodarek, ale także w dobie kryzysów gospodarczych (i finansowych) o zasięgu lokalnym, regionalnym lub globalnym. W obu sytuacjach stosowanie orzeczniczej doktryny obrony argumentem upadającej firmy, zasady braku związku przyczynowego (*lack of causality principle*) czy reguły counterfactual (*counterfactual principle*) w postępowaniach przed sądami i organami ochrony konkurencji nie było jednak zbyt częste; tak jest nawet w okresie aktualnego kryzysu finansowego w UE. Można wskazać na liczne tego przyczyny. Po pierwsze, jest to doktryna z natury swej przewidziana dla sytuacji wyjątkowych. Po drugie, nie jest łatwa do stosowania dla uczestników koncentracji, jednoznacznie obarczonych ciężarem dowodu na okoliczność spełnienia ww. przesłanek. Po trzecie wreszcie, nie jest jeszcze jednoznacznie przesądzony jej charakter w kontekście innych doktryn (testów) stosowanych w postępowaniach w sprawach koncentracji; w niektórych porządkach prawnych może pozostawać z nimi w swoistej „konkurencji”.

Co do tej ostatniej przyczyny, warto zauważyć, że w wielu porządkach prawych stosowanie argumentu upadającej firmy nie da się jednoznacznie zakwalifikować jako odrębny test (odrębna doktryna). Genetycznie i/lub praktycznie pozostaje ono bowiem na pograniczu trzech testów (doktryn):

- a) ekonomicznego **testu bilansującego** (*balancing test*), w ramach którego konfrontowane są rezultaty stosowania podstawowego (ekonomicznego) testu istotnego ograniczenia konkurencji (zwłaszcza jego najważniejszego lub przykładowego kryterium powstania lub wzmocnienia pozycji dominującej czy wskaźników stopnia koncentracji rynków) z tzw. czynnikami równoważącymi (*countervailing factors*), do których zalicza się przede wszystkim korzyści efektywnościowe (*efficiencies*), nowe wejścia na rynek (*new market entries*) czy przeciwważącą siłę zakupową (*countervailing buying power*), oraz
- b) **ekonomiczno-społecznego testu bilansującego** lub **testu interesu publicznego** (*public interest test*), umożliwiającego odstępianie od zakazu dokonania koncentracji z uwagi na inne okoliczności czy cele polityk publicznych (*public policies*), w tym np. cele polityki przemysłowej (*industrial policy*) czy polityki zatrudnienia (*employment policy*).

Z pierwszym z tych testów **test** (argument) **upadającej firmy** ma wiele wspólnego, gdyż jego uzasadnienie bazuje na ekonomicznych argumentach efektywnościowych. Stąd argument upadającego przedsiębiorstwa jest w zasadzie uznawany za czwarty – obok efektywności, wejść na rynek i siły zakupowej – czynnik równoważący w Wytocznych KE w sprawie koncentracji horyzontalnych, umożliwiający akceptację zgłoszonej koncentracji w ramach kompetencji do wydawania zgody na dokonanie koncentracji na podstawie szeroko rozumianego testu konkurencji. Z testem bilansującym o charakterze ekonomiczno-społecznym oraz testem interesu publicznego argument upadającego przedsiębiorstwa pozostaje natomiast w związku głównie z uwagi na możliwość wykroczenia poza test konkurencji i wydania zgody na dokonanie koncentracji na podstawie odrębnej kompetencji do odstępiania od zakazu koncentracji o charakterze antykonkurencyjnym; taka sytuacja miała w przeszłości miejsce zarówno w amerykańskim sądzie (z uwagi na przyczyny socjalne), jak i w postępowaniach przed organem administracji politycznej (np. w Niemczech czy w Wielkiej Brytanii) lub organem ochrony konkurencji (np. w Polsce). Jeszcze w 1999 r. G. Monti i E. Rouseva twierdzili, że koncentracja z udziałem upadającej firmy powinna być dopuszczona dlatego, że generuje korzyści efektywnościowe, a jeśli ich nie generuje, to powinna być dopuszczona ze względu na cele polityki społecznej Wspólnoty Europejskiej.

Wszystko wskazuje jednak na to, że aktualnie raczej przeważa pogląd, że obrona przed zakazem dokonania koncentracji na podstawie argumentu upadającej firmy ma charakter doktryny *stricte* ekonomicznej. Pogląd ten został ostatnio mocno zarysowany w obradach OECD Policy Roundtables nt. *Failing Firm Defence*. Uczestnicy tych obrad, z nielicznymi wyjątkami, podkreślali, że analiza counterfactual, w tym obrona argumentem upadającej firmy, winny być stosowane rygorystycznie również w okresie kryzysu gospodarczego, w tym finansowego, także w przypadku koncentracji z udziałem upadających firm przemysłowych i instytucji finansowych. Czy tak będzie – zobaczymy. Nie ulega bowiem wątpliwości, że w okresie trwającego kryzysu coraz więcej firm może popadać w trudności finansowe. Wiele z nich będzie próbowało poprawić swoją pozycję przez fuzje ze zdrowszymi firmami. Organy ochrony konkurencji mogą więc być konfrontowane z rosnącą ilością spraw koncentracji z udziałem firm mających kłopoty. Strony niektórych z tych koncentracji mogą próbować sięgnąć po argument upadającej firmy w celu uzyskania zgody na ich dokonanie.

Pro domo sua (gdzie obrona argumentem upadającego przedsiębiorcy nigdy jeszcze nie została skutecznie zastosowana) należy zdecydowanie **opowiedzieć się za:**

- a) **ekonomicznym charakterem doktryny upadającego przedsiębiorcy**, a w konsekwencji jej wyjątkowym stosowaniem w ramach (również ekonomicznego) testu istotnego ograniczenia konkurencji; uczestnicy koncentracji, na których spoczywa ciężar dowodu, powinni dostarczyć organowi ochrony konkurencji argumentów umożliwiających **wydanie zgody (bezwartkowej) na dokonanie koncentracji na podstawie art. 18 uokik z 2007 r.**; mimo otwartego charakteru przyczyn odstąpienia od zakazu dokonania koncentracji na podstawie art. 20 ust. 2 uokik z 2007 r., przepis ten nie powinien być stosowany do przypadków koncentracji z udziałem upadającego przedsiębiorcy;
- b) **odrębnym charakterem doktryny (testu) upadającego przedsiębiorstwa** nie tylko w kontekście testu interesu publicznego innego niż interes ochrony konkurencji, jaki leży u podstaw instytucji prawnej odstąpienia od zakazu (art. 20 ust. 2 uokik z 2007 r.), ale także wobec testu bilansującego (równoważącego) różne (ekonomiczne i społeczne) skutki koncentracji, jakie najprawdopodobniej wystąpią po jej dokonaniu, w tym zwłaszcza **skutki strukturalne i funkcjonalne**; w ramach doktryny (testu) upadającego przedsiębiorcy może natomiast dojść do ustalenia, że skutki takie **wystąpią niezależnie od decyzji organu**, gdyż nie są rezultatem danej koncentracji, a zatem szkoda dla konkurencji i strata dla konsumentów mają inne podłoże.

W tej sytuacji, wyjątkowa zgoda na dokonanie koncentracji na podstawie argumentu upadającego przedsiębiorcy powinna być traktowana jako **zgoda szczególna** – bezwarunkowa, ale wydawana dlatego, że w przypadku spełnienia przesłanek doktryny (testu) upadającego przedsiębiorcy, **wydanie zakazu** dokonania takiej koncentracji jest **niedozwolone** nie dlatego, że test konkurencji nie jest spełniony, lecz dlatego, że – mimo jego spełnienia – koncentracja nie spowoduje szkód dla konkurencji i strat dla konsumentów większych, niż te, jakie i tak by wystąpiły, gdyby dokonanie koncentracji z udziałem upadającego przedsiębiorcy zostało zakazane. Sytuacja, w której rygorystycznie (restrykcyjnie) stosowane (trzy) przesłanki doktryny upadającej firmy zostałyby udowodnione na gruncie przedstawionego przez uczestników koncentracji materiału dowodowego, **zgoda wyjątkowa na dokonanie koncentracji na podstawie argumentu upadającego przedsiębiorcy** mogłaby być traktowana jako **wyjątek od zasady**, że dokonanie koncentracji antykonkurencyjnej musi być zakazane; w tym sensie obrona argumentem upadającej firmy jest **jedyną absolutną obroną** przed zakazem, czyli jedyną obroną, która uwalnia od (wyłącza spod) interwencji publicznej fuzje i akwizycje, które w innym przypadku zostałyby uznane za antykonkurencyjne. W takim rozumieniu doktryna (test) upadającego przedsiębiorstwa ma charakter w pełni odrębny. Natomiast przedstawienie przez uczestników koncentracji okoliczności, które nie spełniają „surowych” przesłanek stosowania doktryny upadającej firmy (np. wskazują jedynie na przejściowe krótko- lub średnioterminowe trudności finansowe przejmowanego przedsiębiorcy – tzw. *flailing* czy *ailing firms*), mogłyby prowadzić do wydania zgody na dokonanie koncentracji tylko w ramach ogólnych analiz funkcjonalnych skutków koncentracji z udziałem firm, które mają kłopoty finansowe i dlatego mogą nie stanowić wystarczająco silnej konkurencji, czyli w ramach typowego testu bilansującego.

3.

Jeśli chodzi o relacje między interesem publicznym w ochronie konkurencji a innymi interesami publicznymi uwzględnianymi w ewaluacji koncentracji można stwierdzić, że dominującym rozwiązaniem uwzględniania innych niż ochrona konkurencji interesów publicznych jest **przyznanie tym ostatnim priorytetu w ocenie zamierzonych koncentracji**. Dokonuje się to najczęściej przez całkowite wyłączenie niektórych koncentracji spod kompetencji organów ochrony konkurencji i przyznanie kompetencji do ich oceny organom sektorowym. W takiej sytuacji koncentracje są zgłaszane

tylko do organu regulacji sektorowej albo także do organu ochrony konkurencji, przy czym ten ostatni nie wydaje decyzji, ale często uczestniczy w konsultacjach lub wręcz ma obowiązek przedstawienia swej opinii organowi regulacji sektorowej. Tego typu rozwiązania **dotyczą sektorów szczególnych**, do których obok **sektora usług audiowizualnych i sektorów usług finansowych** (bankowych i ubezpieczeniowych), należą tzw. **sektory infrastrukturalne**, które kiedyś były państwowe i zmonopolizowane, a teraz są demonopolizowane i prywatyzowane. Do sektorów tych należą: **energetyka, telekomunikacja, usługi pocztowe** oraz niektóre rodzaje transportu, głównie **transport kolejowy i lotniczy**. Z doświadczeń unijnych wynika, że do tej grupy należy zaliczyć również gospodarkę wodno-ściekową (na gruncie prawa UE oczywiście tylko wtedy, gdy transakcja koncentracyjna ma charakter transgraniczny i wymiar unijny).

Innym, rzadszym rozwiązaniem jest **poddanie zamierzonej koncentracji ocenie na gruncie** szeroko rozumianej (zdefiniowanej) **kategorii interesu publicznego**. Rozwiązanie to występuje w dwóch wersjach. Pierwsza polega na tym, że **zamierzona koncentracja podlega podwójnej ocenie** – zarówno organu ochrony konkurencji, jak i innego organu administracji publicznej (rządowej) – **i wymaga dwóch rozstrzygnięć** – najpierw organu ochrony konkurencji, potem owego innego organu rządowego – rządu *in pleno*, konkretnego członka rządu lub (Prezesa) Banku Centralnego. W tej sytuacji organ ochrony konkurencji dokonuje oceny koncentracji tylko (ewentualnie przede wszystkim) na gruncie testu konkurencji i wydaje decyzję wyrażającą zgodę na dokonanie zamierzonej koncentracji lub zakazującą jej dokonania. Taki **zakaz koncentracji może być jednak uchylony przez inny organ władzy publicznej** na gruncie innego (innych) testu (testów) interesu publicznego. Rozwiązanie to, nawet jeśli ustawy (z reguły o ochronie konkurencji) go przewidują, jest jednak w praktyce stosowane rzadko. Druga wersja tego rozwiązania polega na **przyznaniu organowi ochrony konkurencji prawa do dokonywania oceny zamierzonych koncentracji zarówno na podstawie testu konkurencji, jak i innych testów interesu publicznego**. Szczególnym przypadkiem takiej sytuacji jest **sformułowanie** przez ustawodawcę **jednego, szerokiego testu** oceny zamierzonych koncentracji – swoistej klauzuli generalnej interesu publicznego (*public interest test*) – i przyznanie kompetencji do jego stosowania tylko organowi ochrony konkurencji. Rozwiązanie takie występowało w przeszłości np. w Wielkiej Brytanii na podstawie ustawy z 1973 r., ale także wtedy (do 2002 r.) organy ochrony konkurencji dawały priorytet interesowi publicznemu w ochronie konkurencji (stosowały głównie test konkurencji – test osłabienia konkurencji). Dzisiaj rozwiązanie takie występuje niezmiernie rzadko. W Rumunii i w Polsce rozwiązanie

to ma cechy szczególne. Specyfiką systemu rumuńskiego jest występowanie zarówno klauzuli interesu publicznego jako podstawy oceny zamierzonej koncentracji przez organ ochrony konkurencji, jak i prawa rządu do uchylecia decyzji tego organu. **Rozwiązanie polskie** jest jedyne w swoim rodzaju. Organ ochrony konkurencji dokonuje najpierw oceny zamierzonej koncentracji na podstawie testu konkurencji, **może jednak odstąpić od zakazu** (nie wydawać odrębnej decyzji zakazującej dokonania koncentracji antykonkurencyjnej) **i wyrazić zgodę** na jej dokonanie **po przeprowadzeniu analizy skutków koncentracji dla realizacji innych interesów publicznych** niż ochrona konkurencji **i stwierdzeniu, że skutki te przeważają nad stratami dla konkurencji**. Decyzja taka nie może jednak być zablokowana przez rząd; podlega jedynie zwykłej kontroli sądowej.

Niezależnie od tego, jakie rozwiązanie instytucjonalne znajduje zastosowanie w każdym (danym) krajowym **porządku prawnym**, można wskazać na **kilka zasadniczych typów interesów publicznych realizowanych przez organy administracji publicznej** (organy ochrony konkurencji, organy regulacji sektorowych lub rządu) w ramach oceny zamierzonych koncentracji. **Dla ponadnarodowego porządku prawnego UE** istotne znaczenie mają interesy publiczne służące realizacji celów polityki spójności gospodarczej i społecznej oraz polityki ochrony środowiska. **W krajowych porządkach prawnych**, poza interesami publicznymi, które powinny być uwzględniane w ramach testu konkurencji, np. powodowanie korzyści dla rozwoju technicznego i gospodarczego, w tym tzw. korzyści efektywnościowych (*efficiencies*), bo dokonuje się to w ramach testu konkurencji – są to najczęściej interesy publiczne realizowane w ramach dwóch rodzajów polityk: polityki przemysłowej i polityki socjalnej; niekiedy jednak uwzględnia się także interesy publiczne nie zaliczane do tych polityk.

Polityka przemysłowa jest tradycyjnie uznawana za najpoważniejszego „konkurenta” polityki (ochrony) konkurencji. Jej istotą jest zapewnienie długoterminowej prosperity określonych regionów czy przemysłów. W ramach tej polityki – w interesie publicznym – są podejmowane decyzje, jakie dobra są produkowane i przez kogo. Dzieje się to najczęściej poprzez stawianie do dyspozycji określonych przedsiębiorstw środków publicznych, które mają zapewnić ich zdolność do działania; w ramach UE podlega to ocenie na podstawie przepisów o pomocy państwa (*state aids*) lub poprzez przyznawanie krajowym przedsiębiorstwom ochrony przed zakazami praktyk ograniczających konkurencję; w niektórych przypadkach środki te mają charakter protekcyjnistyczny. Elementem tej polityki może być jednak także zezwalanie pewnym przedsiębiorstwom na uzyskanie lub wzmocnienie pozycji dominującej w celu osiągnięcia ekonomii skali

w ramach kontroli koncentracji. Zjawisko to nazywane jest często kreowaniem czempionów narodowych lub europejskich (*national* or *European champions*).

W przeszłości realizacja celów europejskiej polityki przemysłowej nie była obca także Komisji Europejskiej. Przede wszystkim jednak poszczególne państwa (w tym państwa członkowskie UE) mogą próbować realizować cele swojej polityki przemysłowej przez tworzenie możliwości wydania zgody na dokonanie antykonkurencyjnej koncentracji o wymiarze krajowym – na podstawie zarówno prawa regulacji sektorowej, jak i prawa ochrony konkurencji, tak w ramach szeroko zarysowanej klauzuli interesu publicznego, jak i jako uzasadnienie zgody nadzwyczajnej lub odstępiania od zakazu. W różnych porządkach prawnych, poza generalnym wymogiem uwzględniania celów polityki przemysłowej, stosunkowo często uzasadnia się dopuszczenie antykonkurencyjnej koncentracji na podstawie celów (argumentów) polityki przemysłowej takich jak: zapewnienie równych szans małym i średnim przedsiębiorstwom; wspieranie, promocja czy przyciąganie inwestycji; zachowanie lub poprawa międzynarodowej (w tym europejskiej) konkurencyjności krajowych gospodarek, sektorów czy produktów (w szczególności wzrostu realnej wartości eksportu, możliwości zastąpienia importu); modernizacja i racjonalizacja gospodarki jako całości, przemysłu czy produkcji; promocja technologicznych B+R; poprawa struktury rynku; restrukturyzacja przedsiębiorstwa zagrożonego upadłością.

Niektóre z tych celów mogą mieć charakter protekcyjnistyczny, a więc mogą stać na przeszkodzie wolnego rynku i wolnej konkurencji. Przeciwdziałanie tworzeniu czempionów narodowych przez Komisję Europejską jest jednak możliwe tylko wtedy, gdy transakcja koncentracyjna ma charakter transgraniczny i wymiar unijny (zgoda na taką transakcję na podstawie „innych interesów publicznych” jest uzależniona od akceptacji KE na podstawie art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004). Gdy koncentracja nie spełnia tych cech, a więc podlega ocenie na podstawie prawa krajowego przez organ ochrony konkurencji lub regulatora sektorowego, KE nie ma w zasadzie możliwości zablokowania stworzenia czempiona narodowego. Widać to było wyraźnie w przypadku walki o zachowanie narodowego charakteru Endesy, gdzie najpierw miała miejsce próba przejścia krajowego, na co była zgoda krajowych władz publicznych z powodów protekcyjnistycznych; tylko dlatego, że później pojawił się nowy zainteresowany jej przejściem (E.ON), KE mogła interweniować. Jak wskazuje doświadczenie zdobyte w sprawach takich jak: *E.ON/Endesa*, *UniCredito/BVB* czy *Albertis/Autostrade*, państwa członkowskie łatwo nie składają broni i najczęściej osiągają swoje cele przez uniemożliwienie dokonania transakcji z udziałem podmiotu zagranicznego

w drodze działań faktycznych lub przez taką ich modyfikację, żeby nie naruszały prawa UE, ale też zapewniały realizację celów krajowej polityki przemysłowej.

Krajowe **polityki socjalne** odgrywają mniejszą rolę niż polityka przemysłowa, jednak niekiedy są bardzo istotne w ocenie koncentracji na podstawie kryteriów niezwiązanych z konkurencją. Zarówno normy prawne, jak i praktyka ich stosowania odwołują się najczęściej do **polityki zatrudnienia** w ogóle lub do konkretnych celów tej polityki. Koncentracja może być dopuszczona w interesie publicznym (jako „korzyść publiczna”) zwłaszcza wtedy, gdy powoduje (generuje) wzrost zatrudnienia czy pozytywne efekty na „rynku pracy”. W sprawie *UniCredito/BHV* interwencja rządu polskiego była spowodowana m.in. tym, że transakcja ta mogła spowodować 9% spadek zatrudnienia w sektorze bankowym. Zachowanie miejsc pracy było – w większym lub mniejszym stopniu – jednym z powodów wszystkich wydanych w Polsce zgód nadzwyczajnych Prezesa UOKiK. Wśród innych celów polityk społecznych branych pod uwagę w ocenie koncentracji krajowych w badanych porządkach prawnych, wymienia się politykę społeczną czy sprawy socjalne, ochronę konsumentów, ochronę zdrowia oraz ochronę środowiska.

Ukształtowanie instytucji prawnej zgody nadzwyczajnej w Polsce nie było (pod rządami uokik z 2000 r.) i **nie jest** (pod rządami uokik z 2007 r.) **prawidłowe** przede wszystkim dlatego, że **nie pozwala jednoznacznie stwierdzić, realizacji jakich interesów publicznych ma ono służyć**. Przykładowe wymienienie przez ustawodawcę jako powodu usprawiedliwienia „odstąpienia od zakazu” testu przyczyniania się do „rozwoju ekonomicznego lub postępu technicznego”, który z reguły uznawany jest za kryterium oceny mieszczące się w ramach podstawowego (ekonomicznego) testu konkurencji, nie pozwala jednoznacznie stwierdzić, że *ratio legis* tej instytucji jest możliwość zastosowania interesu publicznego innego niż ochrona konkurencji. Chyba że mamy tu do czynienia ze swoistym ekonomicznym testem bilansującym, który pozwala wyrazić zgodę na dokonanie koncentracji rodzącej zagrożenia konkurencji na jednym rynku, ale równocześnie powodującej korzyści innowacyjne czy efektywnościowe na innym rynku; tak można byłoby np. zakwalifikować zgody nadzwyczajne w sprawach koncentracji będącej wynikiem wyjścia z polskiego rynku jednej z platform cyfrowych. Ukształtowanie art. 20 ust. 2 uokik z 2007 r. (podobnie jak poprzednio art. 19 ust. 2 uokik z 2000 r.) rodzi jednak także **dwa dalsze poważne problemy**. Z jednej strony przepis ten daje Prezesowi UOKiK **zbyt szeroko zakrojoną kompetencję** do odstępowania od zakazu dokonania antykonkurencyjnej koncentracji ze względów ogólnospodarczych i społecznych (test „wywierania

pozytywnego wpływu na gospodarkę narodową”); jak dotychczas przepis ten nie został użyty w celach *sensu stricte* protekcyjnych. Z drugiej strony jednak art. 20 ust. 2 wymaga od Prezesa UOKiK przeprowadzenia dowodu na **zasadność odstąpienia od zakazu dokonania koncentracji na podstawie** specyficznych **testów**, takich jak np. „**bezpieczeństwo publiczne**”, w tym „bezpieczeństwo energetyczne” kraju, za które odpowiadają politycznie i prawnie konstytucyjne organy administracji publicznej (rząd, minister gospodarki), a nie organ ochrony konkurencji. Odmawiając wydania zgody nadzwyczajnej w sprawie *PGE/Energa* Prezes UOKiK zanegował faktycznie polityczne i właścicielskie decyzje rządu i Skarbu Państwa zawarte w rządowym „Programie dla elektroenergetyki” stwierdzając – inaczej niż Rada Ministrów – że „dalsza konsolidacja sektora nie jest konieczna”. W podobnej sytuacji w Niemczech, zakaz duopolizacji (w Polsce tylko pogłębienia oligopolizacji) rynku energetycznego został uchylony przez Federalnego Ministra Gospodarki ze względu na przeważające interesy publiczne. Niezależnie od tego, czy decyzje te (tak polska, jak i niemiecka) były merytorycznie prawidłowe, rozwiązanie niemieckie jest bliższe standardowi rozdziału kompetencji i odpowiedzialności w demokratycznym państwie prawa.

Pro domo sua należy więc **postulować zmianę** przyjętego w art. 20 uokik z 2007 r. rozwiązania – nota bene nie mającego swego odpowiednika w żadnym ze zbadanych porządków prawnych kontroli koncentracji na świecie. Osobiście opowiadam się za **uchyleniem art. 20 ust. 2**, co pozwoli zachować czystość ustrojową Prezesa UOKiK jako organu odpowiedzialnego wyłącznie za interes publiczny w ochronie konkurencji. Nie znaczy to jednak, że ustawodawca nie może przyznać kompetencji do uchylenia (zastąpienia) zakazu dokonania koncentracji rodzącej skutki antykonkurencyjne przez inny organ władzy publicznej i w innym trybie, jak to jest powszechnie czynione w zdecydowanej większości państw członkowskich UE, który ponosi polityczną (konstytucyjną) odpowiedzialność za decyzje podejmowane w interesie publicznym innym niż ochrona konkurencji. Zachowanie instytucji prawnej „odstąpienia od zakazu”, ustanowionej w art. 20 ust. 2, wymagałoby takiego jej przekształcenia, które wyeliminowałoby niepewność prawną co do tego, jaki „interes publiczny” ma być na jego podstawie realizowany, w tym wyraźnego ustalenia, że w ramach analizy tego interesu nie mogą być brane pod uwagę kryteria podstawowego (ekonomicznego) testu konkurencji (np. korzyści efektywnościowe, wpływ na innowacyjność). Z istoty tej instytucji powinno też wynikać, jaką rolę w postępowaniu toczącym się na podstawie art. 20 ust. 2 pełnią inne organy rządowe i przedstawione przez nie dowody.

4.

Zgody warunkowe występują we wszystkich porządkach prawnych kontroli koncentracji na świecie. Umożliwiają one uniknięcie zakazu dokonania koncentracji w sytuacji, gdy możliwe jest takie zmodyfikowanie pierwotnej (zgłoszonej) wersji zamierzonej koncentracji, które spowoduje, że nie będzie ona zagrażać konkurencji. Wydawanie zgód warunkowych, inaczej niż zgód wyjątkowych i nadzwyczajnych, jest też szeroko regulowane w ustawach o ochronie konkurencji (przynajmniej kompetencje i sankcje) i w aktach typu *soft law* (głównie charakterystyka warunków i obowiązków oraz procedura ich formułowania i nakładania); obszerna i wiele wyjaśniająca jest też praktyka decyzyjna w tym zakresie. Mimo bogatych źródeł prawnych i orzeczniczych wciąż nie da się jednoznacznie zdefiniować istoty warunków (środków zaradczych) *sensu largo* oraz dokonać wyróżnienia i podziału ich różnych rodzajów. Tylko w niektórych porządkach prawnych kontroli koncentracji (np. w UE czy w Niemczech) **zgoda warunkowa** (a przynajmniej jej część) **jest** decyzją warunkową, czyli **decyzją wydaną „pod warunkiem”** zawieszającym lub rozwiązującym w rozumieniu doktryny prawa administracyjnego. Prawnie i faktycznie takimi „warunkami” są (mogą być) tylko tzw. **warunki modyfikacyjne**, tj. takie działania, do których zobowiążą się lub zostaną zobowiązane przedsiębiorstwa, które są bezpośrednio nakierowane są na zmianę struktury konkurencji na rynku. Bogactwo tych **warunków**, tak **strukturalnych**, jak i **behawioralnych** jest ogromne. Takie „warunki”, które nie mają bezpośredniego wpływu na skuteczność zgody warunkowej i których celem jest zapewnienie, że warunki modyfikacyjne będą skutecznie spełnione (w pełni i w terminie), nazywane są **obowiązkami** lub **warunkami gwarancyjnymi** (implementacyjnymi). Rozróżnienie warunków modyfikacyjnych i gwarancyjnych nie występuje w polskiej ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów. Inaczej niż w prawie UE czy w wewnętrznym porządku prawnym Niemiec ustawodawca nie powiązał z tym podziałem warunków sankcji za ich niewypełnienie. Także w praktyce decyzyjnej Prezesa UOKiK rozróżnienie to nie występuje *explicite*; świadomość zróżnicowania warunków modyfikacyjnych (służących bezpośrednio zmianie struktury konkurencji na rynku) i gwarancyjnych (mających jedynie zapewnić, że środki modyfikacyjne zostaną skutecznie zrealizowane) jest jednak silnie obecna w doktrynie.

Równowagę osiągania celów instytucji prawnej zgody warunkowej przez przedsiębiorców i organy ochrony konkurencji (uniknięcia zakazu) zapewnić mają przede wszystkim **proceduralne uwarunkowania formułowania i nakładania warunków**. Dużo zależy w tym zakresie od przyjętego i realizowanego

w danym porządku prawnym modelu instytucjonalnego ochrony konkurencji. Jest oczywiste, że równowagę taką łatwiej osiągnąć w modelu dualnym (sądowym lub administracyjnym), zapewniającym rozdzielenie funkcji dochodzeniowych i decyzyjnych. Nie może dziwić, że w modelu monistyczno-monokratycznym, jaki funkcjonuje w Polsce, w formułowaniu i nakładaniu warunków dominujące znaczenie miał w dotychczasowej praktyce Prezes UOKiK, a nie przedsiębiorcy, aczkolwiek praktyka ta ulega powoli zmianie; coraz częściej inicjatorem warunków są przedsiębiorcy; coraz częściej też ich ostateczny kształt jest wynikiem procesu negocjacji. Proceduralne uwarunkowania formułowania i nakładania warunków zależą też w dużym stopniu od tego, czy postępowanie w sprawach koncentracji jest jednofazowe czy dwufazowe. Dwufazowe postępowanie w sprawach koncentracji występuje zawsze w instytucjonalnym modelu sądowym ochrony konkurencji, w modelu mieszanym i w dualnym modelu administracyjnym. Jednak nawet w porządkach prawnych kontroli koncentracji, w których realizowany jest monistyczny model administracyjny dominuje postępowanie dwufazowe, które zdecydowanie ułatwia odpowiednio wczesne zdefiniowanie zagrożeń dla konkurencji; dokonuje się go najczęściej w postanowieniu o wszczęciu drugiej (głównej) fazy postępowania. Zdefiniowanie zagrożeń dla konkurencji, jakie niesie za sobą pierwotna wersja zamiaru koncentracji, powinno być punktem wyjścia procesu formułowania i nakładania warunków. **W postępowaniu jednofazowym** strony koncentracji są **informowane o stwierdzonych przez organ ochrony konkurencji zagrożeniach konkurencji zdecydowanie zbyt późno**; tak jest np. w Polsce. Sytuacja ta może i powinna ulec zmianie w przyszłości, jako że procedowana aktualnie nowela do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przewiduje wprowadzenie dwufazowego postępowania w sprawach koncentracji. Szkoda, że projekt tej noweli nie przewiduje obowiązku zdefiniowania zastrzeżeń dla konkurencji w postanowieniu o wszczęciu drugiej fazy postępowania lub odpowiednio wcześniej w trakcie jego trwania (choćby na wzór rozwiązań unijnych).

Najbardziej zaskakującym wynikiem przeprowadzonych badań dotyczących instrumentów zapewniania skuteczności instytucji prawnej zgody warunkowej jest to, że zarówno w USA i innych w państwach pozaeuropejskich, jak i w UE i jej państwach członkowskich, w tym w Polsce, **sankcje z tytułu niespełnienia warunków** (niezrealizowania środków zaradczych) są wprawdzie przewidywane, ale **raczej rzadko stosowane**. Co więcej, wcale nie należy się temu dziwić. W sensie modelowym bowiem, konieczność stosowania sankcji z tytułu niezrealizowania środków zaradczych leżących u podstaw zgód warunkowych nie powinna być duża. Pogląd ten ma swoje

uzasadnienie w analizowanych w niniejszej monografii rozwiązaniach (przesłankach) materialnoprawnych zgody warunkowej i w praktyce jej stosowania. Warto wskazać na **dwie cechy praktykowanych zgód warunkowych**. Po pierwsze, jak wynika z przeprowadzonych analiz, prawo (choćby typu *soft law*) i praktyka decyzyjna badanych porządków prawnych kontroli koncentracji jednoznacznie wskazują na **preferowanie** przez organy ochrony konkurencji modyfikacyjnych **warunków strukturalnych**, których realizowanie jest zdecydowanie łatwiej monitorować; w przypadku tych warunków łatwiej jest też ustalić, czy zostały one w rzeczywistości spełnione czy nie. Modyfikacyjne warunki behawioralne nie tylko jest trudniej monitorować, ale też stopień ich spełnienia może być przedmiotem różnej oceny przez uczestników koncentracji i przez organ, który warunki te nałożył. Po drugie, zapewnieniu, że warunki modyfikacyjne zostaną spełnione służą przede wszystkim **warunki gwarancyjne** (obowiązki). Jeżeli organ ochrony konkurencji stworzy skuteczny system monitorowania realizacji warunków modyfikacyjnych i będzie dysponował wystarczającymi środkami nadzoru nad tym procesem, stosowanie np. środków karnych czy karno-administracyjnych może nie być konieczne. Prawo musi jednak przewidywać takie sankcje karne i administracyjne (w tym ewentualnie możliwość utraty mocy prawnej zgody warunkowej). Badania wykazały, że w większości analizowanych porządków prawnych kontroli koncentracji organy ochrony konkurencji stosują **politykę zw. *fix-it-first***, czyli preferują działania mające na celu np. dokonanie zbycia przedsiębiorstwa (biznesu) jeszcze przed wydaniem zgody, akceptując, żeby po wydaniu decyzji dokonano się jedynie zamknięcie transakcji (tzw. *closing*), czyli prawne i faktyczne przeniesienie praw do zbywanych aktywów. W większości porządków prawnych kontroli koncentracji znana i szeroko stosowana jest również instytucja tzw. **powiernika** (*trustee*), którego zadaniem jest monitorowanie i wspieranie realizacji środków modyfikacyjnych. Efektywność stosowania tych instrumentów może być tak wysoka, że eliminuje potrzebę stosowania sankcji za naruszenia warunków modyfikacyjnych (środków egzekucyjnych). Przypadki niezrealizowania środków zaradczych, nałożonych lub zaakceptowanych przez sąd powszechny zgodą warunkową, są niezwykle rzadkie na całym świecie. Tak jest m.in. w UE, gdzie przez ponad dwadzieścia lat stosowania rozporządzeń w sprawie koncentracji nie było ani jednego przypadku zastosowania sankcji z tytułu naruszenia środków zaradczych stanowiących podstawę zgody warunkowej. Komisja Europejska ani razu nie cofnęła zgody warunkowej i ani razu nie nałożyła na strony transakcji koncentracyjnych kar finansowych na podstawie rozp. 4064/89 i rozp. 139/2004, chociaż kilka razy o zastosowanie tych sankcji występowały (lecz bezskutecznie) strony

trzecie. Tylko raz mieliśmy do czynienia z zastosowaniem kary finansowej za niespełnienie warunku w terminie w Polsce.

5.

Dominacja zgód szczególnych, w tym zwłaszcza zgód warunkowych powinna znaleźć swoje wyraźne odzwierciedlenie w prawie ochrony konkurencji i w polityce konkurencji w Polsce. Jak wskazano wyżej, interwencja ustawodawcy jest konieczna zarówno w przypadku przesłanek zgody nadzwyczajnej, jak i uwarunkowań proceduralnych zgody warunkowej. W obu przypadkach można skorzystać z rozwiązań stosowanych w innych państwach, zwłaszcza w państwach członkowskich UE. W polityce konkurencji i praktyce stosowania przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w zakresie kontroli koncentracji Prezes UOKiK mógłby równie wyraźnie określić swoją pozycję wobec zgód nadzwyczajnych i warunkowych, jak to uczynił w przypadku zgód wyjątkowych. Jeśli chodzi o zgody nadzwyczajne winna to być raczej postawa samoograniczająca się do przypadków, w których zmiany strukturalne w gospodarce (konsolidacje) są bezpośrednim elementem polityki rządowej; dokumentom tej polityki powinien jednak przyznać wysoką rangę dowodową. W sprawach zgód warunkowych, Prezes UOKiK powinien kontynuować badanie, także z własnej inicjatywy, możliwości nałożenia na adresata decyzji warunków, które mogą skutecznie zmodyfikować zamiar antykonkurencyjnej koncentracji. Tak długo, jak długo ustawodawca nie zdecyduje się zmienić modelu formułowania i nakładania warunków na model wzorowany na rozwiązaniach UE i większości państw świata, w którym regułą jest inicjowanie tego procesu przez samych przedsiębiorców, przedkładanie przez nich warunków w postaci jednostronnych zobowiązań i negocjowania z organem ochrony konkurencji ich ostatecznego kształtu, Prezes UOKiK powinien korzystać z możliwości publikowania wyjaśnień, w których określi podstawowe elementy procedury formułowania i nakładania warunków pod rządami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W wyjaśnieniach tych może też określić szczegółowe kryteria oceny poszczególnych rodzajów warunków (środków zaradczych). Nic nie stoi na przeszkodzie, aby wykorzystał w tym celu Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych z 2008 r., tak jak uczyniły to organy ochrony konkurencji niektórych państw członkowskich UE.

Źródła

Podstawowe akty prawne

Prawo polskie

Uokik (uokik z 2007 r.)

Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.: w Dz. U. z 2007 r. Nr 99, poz. 660 i Nr 171, poz. 1206, z 2008 r. Nr 157, poz. 976, Nr 223, poz. 1458 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 18, poz. 97)

Uokik z 2000 r.

Ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz. U. z 2005 r., Nr 244, poz. 2080, z późn. zm.: w Dz. U. z 2006 r., Nr 157, poz. 1119, Nr 170, poz. 1217 i Nr 249, poz. 1834)

Ustawa antymonopolowa z 1990 r.

Ustawa z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów (tekst jedn. Dz. U. z 1999 r., Nr 52, poz. 547 z późn. zm.: w Dz. U. z 2000 r., Nr 31, poz. 381 i Nr 60, poz. 704)

Rozp. zgłoszeniowe z 2007 r.

Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 17 lipca 2007 r. w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji przedsiębiorców (Dz. U. Nr 134, poz. 937)

Prawo UE

Rozp. 139/2004

Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z 20.01.2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (rozporządzenie WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw) (OJ L 24/1); Dz. Urz. UE wyd. specjalne PL 08/t. 3, s. 40–61

Rozp. 4064/89

Rozporządzenie Rady (WE) nr 4064/89 z 21.12.1989 r. w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw (OJ L 3951); wyd. specjalne PL 08/t. 3, s. 40–61

Rozp. 802/2004

Rozporządzenie Komisji (WE) nr 802/2004 z 7.04.2004 r. w sprawie wykonania rozporządzenia nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (OJ L 133/1); wyd. specjalne PL 08/t. 3, s. 88–123

Wytyczne w sprawie oceny koncentracji horyzontalnych z 2004 r.

Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (OJ 2004 C 31/5); wyd. specjalne PL 08/t. 3, s. 10–23

Wytyczne KE w sprawie oceny koncentracji niehoryzontalnych z 2008 r.

Wytyczne w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. UE 2008 C 265/6)

Zawiadomienie KE w sprawie środków zaradczych (z 2008 r.)

Zawiadomienie Komisji w sprawie środków zaradczych dopuszczalnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 i rozporządzenia Komisji (WE) nr 802/2004 (Dz. Urz. UE 2008 C 267/1)

Notes on Council Regulation (EEC) 4064/89

Notes on Council Regulation (EEC) 4064/89. Commission of the European Communities. Bulletin of the European Communities. Supplement 2/90; usunięta ze strony internetowej DG 4, ale dostępna np. [w:] Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, Fifth Edition. Appendices, Sweet & Maxwell, 2001, s. 333–337

Najlepsze praktyki Komisji w zakresie prowadzenia postępowania w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw z 2004 r.

DG Competition Best Practices on the conduct of EC merger proceedings, 20/01/2004

Best Practices Guidelines: The Commission's Model texts for Divestiture Commitments and the Trustee Mandate under the EC Merger Regulation.

Oba dokumenty dostępne na: <http://ec.europa.eu/competititon/mergers/legislation/proceedings.pdf>

Pozostałe prawo obce**USA i wybrane kraje pozaeuropejskie****USA****Ustawa Shermana z 1890 r.**

Antitrust Sherman Act of July 2, 1890 (15 U.S.C. § 1)

Ustawa Claytona z 1914 r.

Clayton Act z 1914 r. (15 U.S.C. § 18)

Wytyczne w sprawie fuzji horyzontalnych z 2010 r.

Horizontal Merger Guidelines. U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. Issued: August 19, 2010

Wytyczne w sprawie fuzji horyzontalnych z 1992 r.

Horizontal Merger Guidelines. U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. Issued: April 2, 1992; Revised: April 8, 1997;
oba dokumenty dostępne na www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg.htm

Kanada**Ustawa o konkurencji z 1985 r.**

Competition Act 1985 (R.S.C., 1985, c. C-34)

Ustawa o Trybunale Konkurencji z 1985 r.

Competition Tribunal Act (R.S.C., 1985, c. 19 (2nd Supp.));
tekst polski obu ustaw jest dostępny [w:] *Pozaeuropejskie ustawy antymonopolowe*.
Wprowadzenie: W. Szpringer, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1995, s. 115 i 171

Wytyczne w sprawie koncentracji z 2009 r.

Efficiencies in Merger Review. Competition Bureau. Bulletin – March 2, 2009

Wytyczne w sprawie środków zaradczych z 2006 r.

Information Bulletin on Merger Remedies in Canada. Competition Bureau. September 22, 2006;
obie ustawy i oba biuletyny są dostępne w językach angielskim i francuskim na www.competitionbureau.gc.ca/

Meksyk**Federalna ustawa o konkurencji gospodarczej z 1992 r.**

Ley Federal de Competencia Económica (Dario Oficial de la Federación) z 24.12.1992 r.;;
nieoficjalne tłumaczenie tej ustawy na angielski (Federal Law of Economic Competiton, FLEC) jest dostępne [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, Mexico, s. 42-43 i d.

Brazylia**Ustawa o systemie ochrony konkurencji z 2011 r.**

Law No 12.529 on November 30, 2011 (niedostępna jeszcze w języku angielskim), która uchyliła Federal Law No 8884 of June 11, 1994 (Official Gazette of the Federal Executive, 13 June 1994);
dostępna w języku angielskim [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, Brazil, R. 21: March 2011, s. 7-14/3 i d.

Australia**Ustawa o praktykach handlowych z 1974 r. (z dniem 1.01.2011 r. przemianowana na: Ustawa o konkurencji i konsumentach z 2010 r.)**

Trade Practices Act 1974;

dostępna na www.comlaw.gov.au/Details/C2010C00623 oraz [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, *Australia*, R. 11: March 2006, s. 3-53 i d.; obecnie Competition and Consumer Act 2010

Wytyczne w sprawie fuzji z 2008 r.

ACCC. Merger Guidelines, November 2008.

Indie**Ustawa o konkurencji z 2002 r.**

The Competition Act, 2002. No 12 of 2003 as amended by The Competition (Amendment Act, 2007);

dostępna na http://www.cci.gov.in/images/media/competition_act/act2002.pdf?phpMyAdmin=QuqXb-8V2yTtoq617iR6-k2VA8d

Japonia**Ustawa antymonopolowa (ustawa o zakazie prywatnych monopolii i zapewnieniu uczciwego handlu) z 1947 r.**

Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade (Act No. 54 of April 14, 1947);

dostępna w języku angielskim na www.jftc.go.jp/en/legislation_guidelines/ama/amended_ama09/index.html;

w języku polskim dostępna [w:] *Pozaeuropejskie ustawy antymonopolowe...*, s. 193 i d.

Wytyczne w sprawie oceny koncentracji (znowelizowane w 2011 r.)

Guidelines to Application of the Antimonopoly Act concerning Review of Business Combination 31.05.2004, revised 14.06.2011);

w języku angielskim dostępne na www.jftc.go.jp/en/legislation_guidelines/ama/pdf/110713.2.pdf

Korea (Płd.)**Ustawa o regulacji monopolii i uczciwym handlu z 1980 r.**

Monopoly Regulation and Fair Trade Act of December 31, 1980;

w języku angielskim dostępna na http://eng.ftc.go.kr/files/static/Legal_Authority/Monopoly%20Regulation%20and%20Fair%20Trade%20Act_Aug%203%202007.pdf

Wytyczne w sprawie oceny fuzji (2002/2011)

Guidelines for M&A Review December 20, 2007;

[http://eng.ftc.go.kr/files/static/Legal_Authority/Guidelines%20for%20M&A%20Review\(2007\).pdf](http://eng.ftc.go.kr/files/static/Legal_Authority/Guidelines%20for%20M&A%20Review(2007).pdf)

RPA**Ustawa o konkurencji z 1998 r.**

Competition Act of 1998 (amended in 2009);
dostępna na www.compcom.co.za/assets/Files/pocket-book-2005-R.pdf oraz [w:]
Rowley & Baker, *International Mergers...*, *South Africa*, R. 21: March 2011,
s. 54-21

„Stare” państwa członkowskie UE**Austria****Federalna ustawa kartelowa (Federalna ustawa przeciw kartelom i innym ograniczeniom konkurencji) z 2005 r.**

Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz 2005 – KartG 2005) StF: BGBl. I Nr. 61/2005;
dostępna na www.bwb.gv.at/Fachinformationen/rechtlicheGrundlagen/Seiten/Kartellgesetz.aspx

Federalna ustawa o utworzeniu Federalnego Urzędu ds. Konkurencji z 2002 r.

Bundesgesetz über die Einrichtung einer Bundeswettbewerbsbehörde (Wettbewerbsgesetz – WettbG), StF: BGBl. I Nr. 62/2002;
obie dostępne w języku angielskim w: *Austria* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 19: April 2010, s. 4-25 i d.

Belgia**Ustawa o ochronie konkurencji gospodarczej z 2006 r.**

Loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 15 septembre 2006;
www.economie.fgov.be/fr/modules/regulation/loi/20060915_1_protection_concurrence_economique_coordonnee.jsp;
w języku angielskim (Act on the Protection of Economic Competition, consolidated on September 15, 2006);
dostępna w: *Belgium* [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 17: April 2009, s. 6-41 i d. oraz na www.economie.fgov.be/en/binaries/apec-new_tcm327-56301.pdf

Dania**Ustawa o konkurencji z 2007 r.**

The Competition Act Of 2007 (Consolidation Act No. 972 of 1 October 2010);
w języku angielskim dostępna na stronie www.kfst.dk/en/konkurrenceomraadet/legislation/

Finlandia**Ustawa o konkurencji z 2011 r.**

Competition Act 4948/2011;

w języku angielskim dostępna na <http://www.kilpailuvirasto.fi/cgi-bin/english.cgi?luku=legislation&sivu=competition-act>

Wytyczne w sprawie kontroli koncentracji

Finish Competititon Authority (FCA) Guidelines on merger control;

w języku angielskim dostępne na <http://www.kilpailuvirasto.fi/cgi-bin/english.cgi?luku=legislation&sivu=legislation>

Francja**Art. L 430-1 do L 430-10 Kodeksu Handlowego**

W języku angielskim dostępny [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, France, R. 13: April 2007, s. 19-11 i d.

Wytyczne w sprawie kontroli koncentracji z 2010 r.

Republique Française, Autorité de la concurrence, 2010;

dostępne także w języku angielskim (Merger Control Guidelines) na http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ld_mergers_final.pdf

Grecja**Ustawa o konkurencji (Ustawa o kontroli monopoli i oligopoli oraz ochronie wolnej konkurencji) z 1977 r.**

Law 703/1997 (as amended) on the Control of Monopolies, Oligopolies and the Protection of Free Competition;

na <http://www.epant.gr/> dostępna tylko w języku greckim;

w języku angielskim dostępna [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, Greece, R. 7: May 2004, s. 21-31 i d.

Hiszpania**Ustawa o konkurencji z 2007 r.**

Competition Act 15/2007 of July 3, 2007;

w języku angielskim dostępna na <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Legislacion/NormativaEstatal/tabid/81/Default.aspx>

Holandia**Ustawa o konkurencji z 1997 r.**

Act of 22 May 1997, Providing New Rules for Economic Competition (Competition Act) (Staatsblad 1997 no. 242);

w języku angielskim dostępna na [http://www.nma.nl/en/images/Dutch%20Competition%20Act%20-%20in%20English%20\(version%20of%20July%201%2C%202009\)23-192040.pdf](http://www.nma.nl/en/images/Dutch%20Competition%20Act%20-%20in%20English%20(version%20of%20July%201%2C%202009)23-192040.pdf) oraz [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, Netherlands, R. 18: August 2009, s. 44-31 i d.

Irlandia**Ustawa o konkurencji z 2002 r.**

Competition Act 2002 (14/2002);

dostępna na www.tca.ie/images/uploaded/documents/Competition_Act_2002.pdf
oraz [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, Ireland, R. 16: November 2008, s. 28-26

Niemcy**Ustawa kartelowa (Ustawa przeciwko ograniczeniom konkurencji) z 1957 r.**

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 27.07.1957. (BGBl. I, 1081);

aktualny tekst jedn. dostępny także w języku angielskim na http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/GWB/GWB-Stand_August_2011-_E.pdf

Wytyczne w sprawie dominacji rynkowej w sprawach kontroli koncentracji z 2012 r.

Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle. Bundeskartellamt, 29.03.2012;

Mustertext: Freigabe eines Zusammenschlussvorhabens mit Nebenbestimmungen oraz modelowego tekstu umowy powierniczej (Treuhandvertrag);

w języku angielskim dostępne na http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/Fusionskontrolle_e/Information_leaflets_FuSW3DnavidW2634.php

Portugalia**Ustawa o konkurencji z 2003 r.**

Decree-Law No. 371/93, of October 29, 1993

w języku angielskim dostępna [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, Portugal, June 2000, s. 49-19 i d.

Szwecja**Ustawa o konkurencji z 2008 r.**

Swedish Competition Act of 2008:579;

w języku angielskim dostępna na http://www.kkv.se/t/Page___6720.aspx

Wielka Brytania**Ustawa o uczciwym handlu z 1973 r.**

Fair Trading Act of July 25, 1973 (Eliz 2, C 41);

w języku polskim dostępna [w:] *Zachodnioeuropejskie ustawy antymonopolowe I*. Wprowadzenie: R. Janusz, Urząd Antymonopolowy, Warszawa 1995, s. 173 i d.

Ustawa o przedsiębiorstwie z 2002 r.

Enterprise Act of 2002;

dostępna na <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/40/part/3>

Wytyczne w sprawie oceny fuzji horyzontalnych z 2010 r.

Merger Assessment Guidelines. A joint publication of the Competition Commission and the Office of Fair Trading, September 2010;
dostępne na stronie http://www.oft.gov.uk/shared_of/mergers/642749/OFT1254.pdf

Wytyczne Komisji Konkurencji w sprawach środków zaradczych z 2008 r.

Merger Remedies: Competition Commission Guidelines, November 2008;
http://www.competition-commission.org.uk/assets/bispartners/competitioncommission/docs/pdf/non-inquiry/rep_pub/rules_and_guide_/pdf/CC8

Włochy**Ustawa o konkurencji i wolnym handlu z 1990 r.**

Law No. 287 of October 10, 1990 on Competition and Fair Trading;
w języku angielskim dostępna na www.agcm.it/en/comp/1727-law-no-287-of-october-10th-1990.html oraz [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, Italy, R. 21: March 2011, s. 30-55 i d.

„Nowe” państwa członkowskie UE**Bułgaria****Ustawa o ochronie konkurencji z 1998 r.**

Law on Protection of Competition (State Gazette Issue 102 of 28.11.2008);
w języku angielskim dostępna na www.cpc.bg/storage/file/ZZK_eng.doc oraz [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, Bulgaria, s. 8-23 i d.

Cypr**Rozporządzenie o kontroli koncentracji między przedsiębiorstwami z 1999 r.**

Ustawa Nr 22(I) of 1999 r.;
dostępna na http://www.competition.gov.cy/competition/competition.nsf/dml/business_en/dml_business_en?opendocument&print

Czechy**Ustawa o ochronie konkurencji z 2001 r.**

Zákon o ochraně hospodářské soutěže No. 143/2001;
w języku angielskim jako Act on the Protection of Economic Competition, as amended, dostępna [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, R. 11: March 2006, s. 14-27 i d. oraz na www.compet.cz/fileadmin/user_upload/Legislativa/HS/CR/Act_143_2001_consolidated.pdf.

Obwieszczenie w sprawie stosowania obrony argumentem upadającej firmy

Notice on the Application of the Failing Firm Defence Concept in the Assessment of Concentrations of Undertakings www.compet.cz/en/competiton/guide-lines-and-documents/

Estonia**Ustawa o konkurencji z 2001 r.**

W języku angielskim dostępna [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, *Estonia*, R. 21: March 2011, s. 16-023 i d. oraz na www.legaltext.ee/et/andmebaas/tekst.asp?loc=text&dok=X50066K7&keel=en&pg=1&ptyyp=RT&tyyp=X&query=konkurentsiseadus

Litwa**Ustawa o konkurencji z 1999 r.**

Law on Competition of the Republic of Lithuania No. VIII-1099 (Official Gazette 1999, No. 30-856);
w języku angielskim dostępna na www.konkuren.lt/en/index.php?show=merger&merger_doc=comp

Łotwa**Ustawa o konkurencji z 2001 r.**

Republic of Latvia Competition Law of October 4, 2001;
w języku angielskim dostępna na <http://www.kp.gov.lv/en/regulatory-enactments/norms-on-competition> oraz [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, *Latvia*, R. 12: July 2006, s. 36-17 i d.

Malta**Rozporządzenie w sprawie kontroli koncentracji z 2002 r.**

Control of Concentrations Regulation adopted by virtue of Legal Notice 294 of 2002, as amend by Legal Notice 299 of 2002;
dostępne na <https://secure2.gov.mt/consumer/legislation?l=1>

Wytyczne w sprawie oceny upadających firm

Guidelines on Assessment of Failing Firms and Exiting Assets;
wszystkie akty dostępne także [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, *Malta*, R. 12: July 2006

Rumunia**Ustawa o konkurencji z 1996 r.**

The Competition Law No.21/1996 of April 10, 1996 (Republished in 2005);
w języku angielskim dostępna na http://www.consiliulconcurentei.ro/uploads/docs/concurenta/l21_1996_mod_en.pdf oraz [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, *Romania*, R. 18: August 2009, s. 50-29 i d.

Słowacja**Ustawa o ochronie konkurencji z 2001 r.**

136/2001 Coll. Act of 27 February 2001 on Protection of competition and an Amendments and Supplements to Act of the Slovak National Council

No. 347/1990 Coll. on Organization of Ministers and Other Central Bodies of State Administration of the Slovak Republic as amended by 465/2002 Coll. and 204/2004 Coll;

w języku angielskim dostępna na www.antimon.gov.sk/files/30/2009/Act%20136-2001-novela-aj.rtf oraz [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, Slovakia, R. 12: July 2006, s. 52-19 i d.

Słowenia

Ustawa o przeciwdziałaniu ograniczeniom konkurencji z 2008 r.

Prevention of Restriction of Competition Act of 008 (Ur. 1 RS, No. 36/2008-1459); w języku angielskim dostępna na www.uvk.gov.si/fileadmin/uvk.gov.si/pageuploads/ZPOmK-1-consolidated_version.pdf oraz [w:] Rowley & Baker, *International Mergers...*, Slovenia, R. 17: April 2009, s. 53-15

Węgry

Ustawa o zakazie nieuczciwych i ograniczających praktyk rynkowych z 1996 r.

Ustawa LVII of 1996 on the Prohibition of Unfair and Restrictive Market Practices (wielokrotnie nowelizowana – ostatnio w 2009 r.); w języku angielskim dostępna na <http://www.gvh.hu/domain2/files/modules/module25/1042494F32220B4B9.pdf>

Inne „wybrane” państwa europejskie

Norwegia

Ustawa o konkurencji z 2004 r.

Act of 5 March 2004 No. 12 on Competition between undertakings and Control with Concentrations (Competition Act); w języku angielskim dostępna na <http://www.konkurransetilsynet.no/en/legislation/The-Competition-Act-of-2004/>

Szwajcaria

Federalna ustawa kartelowa (Federalna ustawa o kartelach i innych ograniczeniach konkurencji) z 1995 r.

Federal Act on Cartels and other Restraints of Competition (Cartel Act) of 6.10.1995 (BBl. I 468); w języku angielskim dostępna w: Rowley & Baker, *International Mergers...*, Switzerland, R. 21: March 2011, s. 57-37 i d., oraz na <http://www.admin.ch/ch/e/rs/c251.html>

Turcja

Ustawa o ochronie konkurencji z 1994 r.

Law No. 4054 on the Protection of Competition of December 7, 1994 (Official Gazette No. 22140)

Wytyczne w sprawie środków zaradczych z 2011 r.

Guidelines on remedies that are acceptable by the Turkish Competition Authority in Merger/Acquisition Transaction, Ankara 2011;
oba dokumenty dostępne w języku angielskim na <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfaicerikid=165Lang=EN>

Orzecznictwo**Wyroki Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (SOKiK)****Wyrok SOKiK w sprawie AmA 41/11 PGE**

Wyrok SOKiK z 14.05.2012 r. w sprawie XVII AmA 41/11 *PGE*, oddalający odwołanie od decyzji Prezesa UOKiK z 13.01.2011 r., Nr DKK-1/2011 *PGE/Energa*, zakazującej dokonania koncentracji

Wyrok SOKiK w sprawie AmA 78/09 Orzeł Biały

Wyrok SOKiK z 13.04.2011 r. w sprawie AmA 78/09 *Orzeł Biały*, oddalający odwołanie od decyzji Prezesa UOKiK z 5.03.2009 r. w sprawie nr DKK-10/09 w sprawie *Orzeł Biały/Baterpol*, zakazującej dokonania koncentracji

Wyrok SOKiK w sprawie AmA 8/10 Carrefour

Wyrok SOKiK z 3.10.2011 r. w sprawie XVII AmA 8/10 *Carrefour*, oddalający odwołanie od decyzji Prezesa UOKiK z 28.08.2009 r., Nr DKK-58/2009 *Carrefour*, nakładającej karę pieniężną za opóźnione w wykonaniu warunku

Wyrok SOKiK w sprawie AmA 213/09 Koltram

Wyrok SOKiK z 5.04.2011 r. w sprawie XVII AmA 213/09 *Koltram*, oddalający odwołanie od decyzji Prezesa UOKiK z 8.10.2009 r., Nr DKK-67/09 *Cogifer/Koltram*, zakazującej dokonania koncentracji

Decyzje Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK)**Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie Polpharma/Polfa**

Decyzja Prezesa UOKiK z 26.03.2012 r., Nr DKK-23/2012 *Polpharma/Polfa* (zgoda warunkowa)

Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie Eurocash/Tradis

Decyzja Prezesa UOKiK z 27.10.2011 r., Nr DKK-128/2011 *Eurocash/Tradis* (zgoda warunkowa)

Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie UPC/Aster

Decyzja Prezesa UOKiK z 5.09.2011 r., Nr DKK-101/11 *UPC/Aster* (zgoda warunkowa)

Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie FMC/Eurodial

Decyzja Prezesa UOKiK z 28.06.2011 r., Nr DKK-70/11 *Fresenius Medical Care/Eurodial* (zgoda warunkowa)

Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie *Empik/Merlin*

Decyzja Prezesa UOKiK z 3.02.2011 r., Nr DKK-12/11 *Empik/Merlin* (zakaz)

Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie *PGE/Energa*

Decyzja Prezesa UOKiK z 13.01.2011 r., Nr DKK-1/2011 *PGE/Energa* (zakaz)

Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie *Kompania Węglowa/Huta Łabędy*

Decyzja Prezesa UOKiK z 18.10.2010 r., Nr DKK-105/2010 *Kompania Węglowa/Huta Łabędy* (zgoda warunkowa)

Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie *Unibail-Rodamco/Simon Ivanhoe*

Decyzja Prezesa UOKiK z 12.07.2010 r., Nr DKK-64/10 *Unibail-Rodamco/Simon Ivanhoe* (zgoda warunkowa)

Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie *Cogifer/Koltram*

Decyzja Prezesa UOKiK z 8.10.2009 r., Nr DKK-67/09 *Cogifer/Koltram* (zakaz)

Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie *Rieber Ford/FoodCare*

Decyzja Prezesa UOKiK z 8.10.2009 r., Nr DKK-68/09 *Rieber Ford/FoodCare* (zakaz)

Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie *Carrefour*

Decyzja Prezesa UOKiK z 28.08.2009 r., Nr DKK-58/2009 *Carrefour* (kara pieniężna za opóźnione w wykonaniu warunku)

Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie *Orzeł Biały/Baterpol*

Decyzja Prezesa UOKiK z 5.03.2009 r., Nr DKK-10/09 *Orzeł Biały/Baterpol* (zakaz)

Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie *Agros Nowa/Kotlin*

Decyzja Prezesa UOKiK z 25.02.2009 r., Nr DKK-9/09 *Agros Nowa/Kotlin* (zgoda warunkowa)

Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie *Multikino/Silver Screen*

Decyzja Prezesa UOKiK z 19.06.2008 r., Nr DKK-49/2008 *Multikino/Silver Screen* (Dz. Urz. UOKiK Nr 3/2008) (zgoda warunkowa)

Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie *JMD/Discount Plus*

Decyzja Prezesa UOKiK z 24.09.2008 r., Nr DKK-76/2008 *Jeromino Martins Dystrybucja/Plus Discount* (zgoda warunkowa)

Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie nr DKK-32/07 *ENEA/Elektrownia Kozienice*

Decyzja Prezesa UOKiK z 28.09.2007 r., Nr DKK-32/07 *ENEA/Elektrownia Kozienice* (zgoda nadzwyczajna)

Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie *Carrefour Nederland/Ahold Polska*

Decyzja Prezesa UOKiK z 28.06.2007 r., Nr DOK-82/07 *Carrefour Nederland/Ahold Polska* (zgoda warunkowa).

Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie *CRH/Schwenk*

Decyzja Prezesa UOKiK z 5.06.2007 r., Nr DOK-71/07 *CRH/Schwenk* (zgoda warunkowa)

Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie *EP*

Decyzja Prezesa UOKiK z 8.03.2007 r., Nr DOK-29/07 *EP* (zgoda wyjątkowa).

Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie *PSE*

Decyzja Prezesa UOKiK z 22.12.2006 r., Nr DOK-163//06 *PSE* (zgoda nadzwyczajna)

Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie PCC/ZA i ZA

Decyzja Prezesa UOKiK z 3.10.2006 r., Nr DOK-116/06 *PCC/ZA i ZA* (zgoda warunkowa)

Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie PCC/Zakłady Azotowe

Decyzja Prezesa UOKiK z 3.10.2006 r., Nr DOK-116/06 *PCC/Zakłady Azotowe* (zgoda warunkowa)

Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie ERG-Bieruń/NITRON

Decyzja Prezesa UOKiK z 17.07.2006 r., Nr RKT-48/06 *ERG-Bieruń/NITRON* (zgoda nadzwyczajna)

Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie Carey Agri/Jabłonna

Decyzja Prezesa UOKiK z 4.05.2006 r., Nr DOK-41/06 *Carey Agri/Jabłonna* (zakaz)

Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie Carey Agri/Polmos Białystok

Decyzja Prezesa UOKiK z 30.09.2005 r., Nr DOK-123/05 *Carey Agri/Polmos Białystok* (zgoda warunkowa)

Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie Sanofi-Synthélabo/Aventis

Decyzja Prezesa UOKiK z 18.05.2004 r., Nr DOK-36/2004 *Sanofi-Synthélabo/Aventis* (zgoda warunkowa)

Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie Nafta Polska/4 spółki sektora ciężkiej chemii

Decyzja Prezesa UOKiK z 20.04.2005 r., Nr DOK-35/2005 *Nafta Polska/cztery spółki ciężkiej chemii* (zgoda warunkowa)

Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie Dalkia/Zespół Elektrociepłowni Poznańskich

Decyzja Prezesa UOKiK z 15.03.2004 r., Nr RPZ-4/04 *Dalkia/Zespół Elektrociepłowni Poznańskich* (zgoda nadzwyczajna)

Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie ICTSI/BC

Decyzja Prezesa UOKiK z 5.05.2003 r., Nr RGD-7/2003 *ICTSI/BCT* (zgoda warunkowa)

Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie Rethmann/LOBBE (zgoda warunkowa)

Decyzja Prezesa UOKiK z 6.03.2003 r., Nr DDF-11/2003 *Rethmann Recycling/16 spółek zależnych LOBBE* (zgoda warunkowa)

Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie CVC /PAI/Provimi

Decyzja Prezesa UOKiK z 28.11.2002 r., Nr DDF-60/02 *CVC Capital Partners/PAI Management/Provimi* (zgoda warunkowa)

Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie PHZ Bumar

Decyzja Prezesa UOKiK z 6.08.2002 r., Nr DDI-61/02 *PHZ Bumar* (zgoda nadzwyczajna)

Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie PTK/Wizja TV i UPC Broadcast

Decyzja Prezesa UOKiK z 10.11.2001 r., Nr DDI-60/2001 *PTK/Wizja TV i UPC Broadcast* (zgoda nadzwyczajna)

Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie PTK/Wizja TV i UPC Broadcast

Decyzja Prezesa UOKiK z 10.11.2001 r., Nr DDI-59/2001 *PTK/Wizja TV i UPC Broadcast* (zgoda wyjątkowa)

Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie Orlen/Naftoport

Decyzja Prezesa UOKiK z 29.06.2001 r., DDI-38/2001 *PKN ORLEN/PPPP Naftoport* (zakaz)

Orzecznictwo wspólnotowe

Wyroki Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości

- Wyrok ETS w sprawie C-337/05 *KE v. Włochy* (Zb. Orz. 2008, s. I-2173)
Wyrok ETS w sprawie C-207/07 *KE v. Hiszpania* (Zb. Orz. 2008, s. I-111)
Wyrok ETS w sprawie C-196/07 *KE v. Hiszpania* (Zb. Orz. 2008, s. I-41)
Wyrok ETS w sprawie C-413/06 P *Bertelsmann/Sony v. Komisja* (Zb. Orz. 2008, s. 4951)
Wyrok ETS w sprawie 202/06 P *Cementbouw Handel & Industrie BV v. KE (Cementbouw)* (Zb. Orz. 2006, s. II-319)
wyrok ETS w sprawie C-174/04 *KE v. Włochy* (Zb. Orz. 2005, s. I-4933)
Wyrok ETS w sprawie C-12/03 P *KE v. Tetra Laval* (Zb. Orz. 2005, s. I-987)
Wyrok ETS w sprawie C-42/01 *Portugalia v. KE* (Zb. Orz. 2004, s. I-6079)
Wyrok ETS w sprawie C-9/02 *De Lasteyrie du Saillant* (Zb. Orz. 2004, s. I-2409)
Wyrok ETS w sprawie C-198/01 *Conorzio Industrii Fiammiferi* (Zb. Orz. 2003, s. I-8050)
Wyrok ETS w sprawie C-463/00 *KE v. Hiszpania* (Zb. Orz. 2003, s. I-4581)
Wyrok ETS w sprawie C-224/01 *Köbler* (Zb. Orz. 2003, s. I-10239)
Wyrok ETS w sprawie C-208/00 *Überseering* (Zb. Orz. 2002, s. I-9919)
Wyrok ETS w sprawie C-503/99 *KE v. Belgii* (Zb. Orz. 2002, s. I-4809)
Wyrok ETS w sprawie C-483/99 *KE v. Francji* (Zb. Orz. 2002, s. 4781)
Wyrok ETS w sprawie C-367/98 *KE v. Portugalia* (Zb. Orz. 2002, s. I-4731)
Wyrok ETS w połączonych sprawach C-68/94 i C-30/85 Wyrok C-196/06 *French Republic and SCPA & ENC v. KE [Francja v. KE]* (Zb. Orz. 1998, s. I-1375)
Wyrok ETS w sprawie C-414/97 *KE v. Hiszpania* (Zb. Orz. 1999, s. I-5585)
Wyrok ETS w połączonych sprawach 69/94 i 30/95 *Kali und Salz* (Zb. Orz. 1998, s. I-1375)
Wyrok ETS w sprawie C-265/95 *KE v. Francja* (Zb. Orz. 1997, s. I-6959)
Wyrok w połączonych sprawach C-46/93 i 48/93 *Brasserie de Pêcheur i Factorame* (Zb. Orz. 1996, s. I-1029)
Wyrok ETS w sprawie C-393/92 *Almelo* (Zb. Orz. 1994, s. I-1994)
Wyrok ETS w sprawie C-49/89 *Corsica Ferries France* (Zb. Orz. 1989, s. 4441)
Wyrok ETS w sprawie 103/88 *Fratelli Constanzo v. Commune di Milano* (Zb. Orz. 1989, s. 1839)
Wyrok ETS w sprawie 72/83 *Campus Oil* (Zb. Orz. 1984, s. 2727)
Wyrok ETS w sprawie 106/77 *Simmentahl* (Zb. Orz. 1978, s. 629)
Wyrok w sprawie 85/76 *Hoffman/La Roche* (Zb. Orz. 1979, s. 461)
Wyrok ETS w sprawie C-19/74 *Kali und Salz AG v. KE* (Zb. Orz. 1975, s. 499)
Wyrok ETS w sprawie 155/73 *Sacchi* (Zb. Orz. 1974, s. 427)

Wyroki Sądu Pierwszej Instancji (SPI)

- Wyrok SPI w sprawie T-177/04 *easyJet v. Komisji* (Zb. Orz. 2006, S. II-1931)
Wyrok SPI w sprawie T-87/05 *EDP v. Komisji* (Zb. Orz. 2005, S. II-3745)

Wyroki SPI w sprawie T-210/01 *General Electrics v. Komisji* (Zb. Orz. 2005, s. II-5575)
Wyrok SPI w sprawie T-26/01 *Fiozzi Munitioni v. Komisja* (Zb. Orz. 2003, s. II-3951)
Wyrok SPI w sprawie T-158/00 *ARD v. Komisji* (Zb. Orz. 2003, s. II-3825)
Wyrok SPI w sprawie T-342/99 *Airtours v. KE* (Zb. Orz. 2002, s. II-2585)
Wyrok SPI w sprawie T-119/02 *Royal Philips Electronics v. KE* (Zb. Orz. 2002, s. II-1433)
Wyrok SPI w sprawie T-102/96 *Gencor v. KE* (Zb. Orz. 1999, s. II-753)
Wyrok SPI w sprawie T-12/93 *Comité Central d'Enterprise de la Societé Anonyme Vittel v. KE* (Zb. Orz. 1995, s. II-1247)

Decyzje Komisji Europejskiej (KE)

Decyzja KE z 25.05.2012 r. w sprawie COMP/M.6512 *DS Smith/SCA Packaging*, Brussels, 25.05.2012 C(2012) 3542 final
Decyzja KE z 19.04.2012 r. w sprawie COMP/M.6459 *Sony/Mubadala Development/EMI Publishing*, Brussels, 19.04.2012 C(2012) 2745
Decyzja KE z 30.03.2012 r. w sprawie COMP/M.6447 *LAG/bmi*
Decyzja KE z 26.01.2011 r. w sprawie COMP/M.5978 *GDF Suez/International Power*, Brussels, 26.01.2011 r., SG-Greffe(2011) D1408 C(2011) 524 CORR
Decyzja KE z 26.01.2011 r. w sprawie COMP/M.5830 *Olympic/Aegean Airlines*, Brussels, 26.01.2011, C(2011) 316 final
Decyzja KE z 26.01.2011 r. w sprawie COMP/M.5984 *Intel/McAfee*, Brussels 26.01.2011, SG-Greffe (2011) D/1407 C(2011) 529 final
Decyzja KE z 21.12.2010 r. w sprawie COMP/M.5932 *NewsCorp/BskyB*
Decyzja KE z 30.11.2010 r. w sprawie COMP/M.5927 *BASF/Cognis*, Brussels, 30.11.2010, SG-Greffe (2010) D/19027 C(2010) 8746
Decyzja KE z 17.11.2010 r. w sprawie COMP/M.5675 *Syngenta/Monsanto's Sunflower Seed Business*, Brussels, 17.11.2010 C(2010) 7929 final
Decyzja KE z 25.10.2010 r. w sprawie COMP/M.5953 – *Reckill Benckiser/SSL*, Brussels, 25.10.2010, SG-Greffe(2010) D/16763 C (2010) 7498
Decyzja KE z 9.08.2010 r. w sprawie COMP/M.5778 *Novartis/Alcon*, Brussels SG-Greffe(2010) D/12153 C(2010) 5667
Decyzja KE z 3.08.2010 r. w sprawie COMP/M.5865 *Teva/Ratiopharm*, Brussels, 3.08.2010, SG-Greffe(2010) D/11960 C(2010) 5514
Decyzja KE z 17.06.2010 r. w sprawie COMP/M.5756 *DFDS/Norfolk*, Brussels, 17.06.2010, SG-Greffe(2010) D/8623 C(2010) 4253
Decyzja KE z 29.03.2010 r. w sprawie COMP/M.5669 *Cisco/Tandberg*, Brussels, SG-Greffe (2010) D/4502 C(2012) 2217
Decyzja KE z 1.03.2010 r. w sprawie COMP/M.5650 *T-Mobile/Orange*, Brussels, 1.03.2010, SG-Greffe(2010) 2309/2310 C(2010) 1274
Decyzja KE z 16.02.2010 r. w sprawie COMP/M.5721 *Otto/Primondo*, Brussels, 16.02.2010, SG-Greffe(2010) D/2066/2067/2068/2069 C(2010) 1023
Decyzja KE z 6.01.2010 r. w sprawie COMP/M.5644 *Kraft Foods/Cadbury*, Brussels, 6.01.2010 SG-Greffe(2010) D49 C(2010) 40

- Decyzja KE z 21.10.2008 r. w sprawie COMP/M.4919 *StatoilHydro/Conocophillips*,
Brüssel, 21.10.2008 K(2008) 6125 endgültig
- Decyzja z 23.09.2008 r. w sprawie COMP/M.4980 *ABF/GBI Business*, Brussels,
23.09.2008 r., K(2008) 5273
- Decyzja KE z 19.02.2008 r. w sprawie COMP/M.4726 *Thomson Corporatiopn/Reuters
Group*, Brussels, 19.02.2008 r., Brussels, 19.02.2008 C(2008) 654 final
- Decyzja KE z 5.12.2007 r. w sprawie COMP/M.4685 *Enel/Acciona/Endesa*
- Decyzja KE z 10.05.2007 r. w sprawie COMP/M.4381 *JCI/VB/FIAMM C(2007)
1863 final*
- Decyzja KE z 20.02.2007 r. w sprawie COMP/M.4494 *Evrax/Highveld*
- Decyzja KE z 26.09.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 *E.ON/Endesa*
- Decyzja KE z 20.12.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 *E.ON/Endesa*
- Decyzja KE z 22.09.2006 r. w sprawie COMP/M.4249 *Aberis/Autostrade*
- Decyzja KE z 14.03.2006 r. w sprawie COMP/M.3868 *DONG/Elsam/Energi E2*
- Decyzja KE z 11.12.2006 r. w sprawie COMP/M.4314 *Johnson & Johnson/Pfizer*
- Decyzja KE z 10.01.2006 r. w sprawie COM/M.4035 *Telefónica/O2*;
- Decyzja KE z 21.12.2005 r. w sprawie COMP/M.3696 *E.ON/MOL*
- Decyzja KE z 28.04.2005 r. w sprawie COMP/M.3680 *Alcatel/Finmeccanica/Alcatel
Alenia Space & Telespazio*
- Decyzja KE z 18.10.2005 r. w sprawie COMP/M.3894 *Unicredito/HVB*
- Decyzja KE z 4.07.2005 r. w sprawie COMP/M.3770 *Lufthansa/Swiss*
- Decyzja KE z 25.02.2005 r. w sprawie COMP/M.3732 *Procter & Gamble/Gillete*
- Decyzja KE z 30.03.2005 r. w sprawie COMP/M.3686 *Honneywell/Novar*
- Decyzja KE z 28.04.2005 r. w sprawie COMP/M.3680 *Alcatel/Finmeccanica/Alcatel
Alenia Space & Telespazio*
- Decyzja KE z 7.02.2005 r. w sprawie COMP/M.COMP/M.3817 *Wegener/PCM/JV*.
- decyzja KE z 12.10.2005 r. w sprawie COMP/M.3863 *TUI/CP Ships*
- decyzja KE z 12.10.2005 r. w sprawie COMP/M.3765 *Amer/Salomon*
- Decyzja KE z 11.04.2005 r. w sprawie COMP/M.3593 *Apollo/Bakelite*
- Decyzja KE z 3.03.2005 r. w sprawie COMP/M.3658 *Orkla/Chip*
- Decyzja KE z 22.11.2004 r. w sprawie COMP/M.3570 *Piaggio/Aprilia*
- Decyzja KE z 14.12.1993 r. w sprawie IV/M.308 *Kali + Salz/MDK Treuhand*
- Decyzja KE z 13.01.2003 r. w sprawie COMP/M. 2416 *Tetra Laval/Siedel*
- Decyzja KE z 16.08.2002 r. w sprawie COMP/M.2845 *Sogecable/Canalsatélite/Vía
Digital*
- Decyzja KE z 2.04.2003 r. w sprawie COMP/M.2876 *NewsCorp/Telepiù* (Dz. Urz.
WE 2004 L 110/73)
- Decyzja KE z 11.07.2001 r. w sprawie COMP/M.2314 *BASF/Eurodiol/Pantochim*
(Dz. Urz. WE 2002 L 132/45)
- Decyzja KE z 3.07.2001 r. w sprawie COMP/M.2220 *GE/Honeywell*
- Decyzja KE z 22.11.2000 r. w sprawie COMP/M.2054 *Cecil/Holderbank/Cimpor*
- Decyzja KE z 13.10.2000 r. w sprawie COMP/M.2050 *Vivendi/Canal+/Segram*
- Decyzja KE z 13.06.2000 r. w sprawie COMP/M.1673 *Veba/VIAG* (Dz. Urz. WE
2001 L 188/1)

- Decyzja KE z 4.02.2000 r. w sprawie COMP/M.1797 *SAB/Celsius*
- Decyzja KE z 11.01.2000 r. w sprawie M.1799 *BSCH/Banco Totta Y CP/A. Champalimaud*
- Decyzja KE z 20.07.1999 r. w sprawie IV/M.1616 *BSCH/A. Champalimaud*
- Decyzja KE z 27.01.1999 r. w sprawie IV/M.1346 *EdF/London Electricity*
- Decyzja KE z 3.02.1999 r. w sprawie IV/M.1221 *Rewe/Meinl* (Dz. Urz. WE 1999 L 274/1)
- Decyzja KE z 29.08.1998 r. w sprawie IV/M.1258 *GEC/Marconi/Alenia*
- Decyzja KE z 27.05.1998 r. w sprawie IV/M.993 *Bertelsmann/Kirch/Première* (Dz. Urz. WE 1999 L 53/1)
- Decyzja KE w sprawie IV/M.308 *Kali und Salz/MDK Treuhand* (Kali und Salz) (Dz. Urz. WE 1998 C 275/3)
- Decyzja KE z 30.07.1997 r. w sprawie IV/M.877 *Boeing/Mc Donnell Douglas* (Dz. Urz. WE 1997 L 336/16)
- Decyzja KE z 26.06.1997 r. w sprawie IV/M.890 *Blokker/Toys ,R' Us* (Dz. Urz. WE 1998 L 316/1)
- Decyzja KE w sprawie IV/M.774 *Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM* (Dz. Urz. WE 1997 L 47/1)
- Decyzja KE z 23.09.1996 r. w sprawie IV/M.820 *British Aerospace/Lagardère*
- Decyzja KE z 18.06.1996 r. w sprawie IV/M.759 *Sun Alliance/Royal Insurance*
- Decyzja KE z 17.07.1996 r. w sprawie IV/M.737 *Ciba-Geigy/Sandoz* (Dz. Urz. 1997 L 201/1)
- Decyzja KE z 14.02.1995 r. w sprawie IV/M.477 *Mercedes Benz/Kassbohrer* (Dz. Urz. WE 1995 L 211)
- Decyzja KE z 29.03.1995 r. w sprawie *Lyonnaise des Eaux/Nurthumbrian Water*
- Decyzja KE z 14.04.1994 r. w sprawie IV/M.423 *Newspaper Publishing*
- Decyzja KE z 31.01.1994 r. w sprawie IV/M.315 *Mannesmann/Vallourec/Ilva*
- Decyzja KE z 19.05.1993 r. w sprawie IV/M.332 *IBM France/CGI*
- Decyzja KE z 30.09.1992 r. w sprawie IV/M.214 *Du Pont /ICI* (Dz. Urz. WE 1993 L 7)
- Decyzja KE z 2.10.1991 r. w sprawie IV/M.053 *Aerospatiale-Alenia/de Havilland* (Dz. Urz. WE 1991 L 334/42)

Pozostałe orzeczenia

- Wyrok SN USA w sprawie *United States v. Gen. Dynamice Group*, 415 U.S. 450, 507 (1974)
- Wyrok SN USA w sprawie *International Shoe Co v. FTC*, 280 U.S. 291 (1930)
- Wyrok SN USA w sprawie *Citizen Publishing v. United States*, 394 U.S. 131, 137 (1969)
- Wyrok SN USA w sprawie *US v. Greater Buffalo Press*, 402 U.S. 544 (1971)
- Wyrok SN USA w sprawie *United States v. M.P.M., Inc.*, 397 F. Supp. 78, 95 (D. Colo. 1975)

Raport brytyjskiej Komisji ds. Monopoli i Fuzji w sprawie Lyonnaise des Eaux and Northcumbrian Water

Raport brytyjskiej Komisji ds. Monopoli i Fuzji (Monopolies and Merger Commission. Lyonnaise des Eaux SA and Northcumbrian Water Group PLC. A report on the merger situation. Cm 2936.4 July 1995, http://www.competition-commission.org.uk/rep/pub_reports/1995/fulltext/368c1.pdf [dostęp 7.10.2011]

BKartA WuW/E DE-V 848 – *Imation/EMTEC* (2003)

Literatura podstawowa

- Baarrslag M., Tezel G., Weerheim S., *The Dutch Merger Remedy Experience*, ECLR 2009, Vol. 30(9)
- Baccaro V., *Failing Firm Defence and Lack of Causality: Doctrine and Practice in Europe of Two Closely Related Concepts*, ECLR 2004, 25(1)
- Baccaro V., *The Commission closes probe into pay-TV industry in Italy approving Newscorp/Telepiù merger deal*, Competition Policy Newsletter Number 2 – Summer 2003
- Baker S., *Sending the right signal*, ECLR 2009, 30(6)
- Bavasso A., Lindsay A., *Causation in the EC Merger Control*, JCLE 2007, 4(2)
- Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*. Sixth Edition. Ed. by P. Roth QC, V. Rose, Oxford University Press, Oxford 2008
- Bell, R.B. Greenfield L.B., *US regulatory aspects of transnational defence mergers*, Global W. Berg, R. Lipstein, *The Revised Merger Remedies Notice – Some Comments*, ECLR 2009, 30(6)
- Bernatt M., *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*, Wyd. Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2011
- Bernatt M., Jurkowska A., Skoczny T., *Ochrona konkurencji i konsumentów*, Wyd. Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2007
- Bishop S., Walker M., *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, University Edition, Sweet & Maxwell, 3. ed., 2010
- Błachucki M., *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców*, UOKiK, Warszawa 2012
- Błachucki M., Stankiewicz R., *Decyzja zezwalająca na dokonanie koncentracji z naruszeniem testu istotnego ograniczenia konkurencji (art. 20 ust. 2 ustawy antymonopolowej)*, PUG 2010, Nr 6
- Bongard C., Möller D., Raimann A., Szadkowski N., Dubejko U., *Instrumenty ekonomiczne w prawie konkurencji*, UOKiK, Bonn/Warszawa 2007
- Bonin A. von, *Vertikale und konglomerate Zusammenschlüsse nach dem Urteil GE/Kommission. Ein einheitlicher Standard für die Analyse nicht-horizontaler Fusionen durch die EU-Kommission*, WuW 2006, Nr 5

- Borges G.M., *The legitimate Interests of Member States in the EC Merger Law*, European Public Law 9(3)
- Bright Ch., Persson M., *Article 22 of the EC Merger Regulation: An Opportunity Not to be Missed?*, ECLR 2003, 24(10), 490-49
- Broder D.F., Hassi E.D., *Report by the Federal Trade Commission*, ECLR 1996, 17(6).
- Broberg M., *Commitments in Phase One Merger Proceedings: The Commission's Power to Accept and Enforce Phase One Commitments*, CMLR 1997, 34
- Calliari M., Cianfarni J., *Remedies in the Brazilian Antitrust Experience: Issues in Structure and Incentives*, Competition Law International 2010, 6(9)
- Cook C.J., Kerse C.S., *EC Merger Control*. Second (1996), Third (2000), Fourth (2005) & Fifth (2009) Editions, Sweet & Maxwell, London
- Competition Policy and Merger Analysis in Deregulated and Newly Competitive Industries*, ed. P.C. Carstensen, S.B. Farmer, Edward Elgar Publ. Ltd. 2008
- Dermince J., *Bank mergers in Europe. The Public Policy Issues*, Journal of Common Market Studies 38(3)
- Dreher M., *Deutsche Ministererlaubnis in der Zusammenschlusskontrolle und europäisches Kartellrecht – Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Art. 81, 82 und FKVO*, WuW 2002, Nr 9
- Dudzik S., *Zasada wyłączności jurysdykcji Wspólnoty Europejskiej w sprawach połączeń przedsiębiorstw a uprawnienia państw członkowskich*, PiP 1996, z. 4–5
- Dudzik S., *Współpraca Komisji Europejskiej z organami ochrony konkurencji w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorstw*, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2010
- Dudzik S., *Prawo konkurencji Unii Europejskiej po Traktacie z Lizbony (artykuł recenzyjny)*, PiP 2011, z. 5
- Emmerich V., *Kartellrecht*, 11. Auflage, C.H. Beck, München 2008
- Facey B.A., Hilton-Sullivan G., Graham M., *The Reinvigoration of Canadian Anti-trust Law – Canada's New Approach to Merger Review*, 6 Competition Law International 2010
- The Failing Firm Defence 1995* (1996). OECD Policy Roundtables.
- The Failing Firm Defence 2009* (2010). OECD Policy Roundtables.
- Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*. Edited by J. Faull, A. Nikpay. First (1999) & Second (2007) Editions. Oxford University Press, Oxford
- Fornalczyk A., *Biznes a ochrona konkurencji*, wyd. II rozszerzone, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2012
- Fuchs A., *Zusagen, Auflagen und Bedingungen in der europäischen Fusionskontrolle*, WuW 1996, Nr 4
- Furse M., *The Law of Merger Control in the EC and the UK*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2007
- Galloway J., *EC merger control: does the re-emergence of protectionism signal the death of the 'one-stop shop'?*, http://competitionpolicy.ac.uk/documents/107435/107590/galloway_presentation.pdf.
- Gerard D., *Protectionist Threats Against Cross-border Mergers: Unexplored Avenues to Strengthen the Effectiveness of Article 21 ECMR*, CMLR 2008, 45

- Guitton J., Lübbert A., Neale-Besson I., Vidal J., *Intel/McAfee*, Competition Policy Newsletter – Number 2 – 2011
- Harker M., *Cross-border Mergers in the EU: The Commission v. The Member States*, European Competition Journal 2007, no. 12
- Hewitt G., *Failing Firm Defence*, OECD Journal of Competition Law and Policy, 1999, 1(2)
- Hoehn Th., Rab S., *UK Merger Remedies: Convergence or Conflict with Europe? A Comparative Assessment of Remedies in UK mergers*, ECLR 2009, 30(2)
- Hoehn Th., Rab S., Sagers G., *Retail Therapy: A cross-country comparison of merger control remedies practice and experience in the wholesaling and retailing sectors in France, Germany, Italy, the Netherlands, Spain and United Kingdom*, ECLR 2009, 30(4)
- Hoehn Th., Rab S., Sagers G., *Breaking Up Is Hard to Do': National Merger Remedies in the Information and Communication industries*, ECLR 2009, 30(5)
- International Mergers. The Antitrust Process*, J.W. Rowley, D.I. Baker (ed.), Thomson Sweet & Maxwell, London [67 raportów krajowych w formie loose leaf; 23 Releases wydanych w latach 2000–2012; cyt. jako Rowley & Baker, *International Merger...*, np. P. Dejl, P. Nosek, Czech Republic [w:] Rowley & Baker, *International Merger...*, R: 11: March 2006]
- The International Comparative Legal Guide. *Merger Control 2011*. A practical cross-border legal insight into merger control [raporty krajowe cyt. jako ICGL to: *Merger Control 2011*, np. F. Urlsberger, S. Stegbauer, Austria [w:] ICGL to: *Merger Control 2011*]
- Janusz R., Sachajko M., Skoczny T., *Nowa ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, Kwartalnik Prawa Publicznego 2001, Nr 3
- Jantoń-Drozdowska E., *Ekonomiczne przesłanki antymonopolowej oceny koncentracji* [w:] pod red. C. Banasińskiego, E. Stawickiego, *Konkurencja w gospodarce współczesnej*, Warszawa 2007
- Jones A., Sufrin B., *EC Competition Law. Text, Cases, And Materials*. Third Edition, Oxford University Press, Oxford 2008
- Jurkiewicz A., Skoczny T., *Charter 48 Poland* [w:] *International Mergers. The Antitrust Process*, ed. by W. Rowley & J. Backer, Sweet & Maxwell
- Jurkowska A., Miąsik D., Skoczny T., Szydło M., *Nowa uokik z 2007 r.: krytyczna analiza niektórych rozwiązań*, PUG 2007, Nr 5
- Jurkowska-Gomułka A., Skoczny T., *Wspólne reguły konkurencji Unii Europejskiej*, EuroPrawo, Warszawa 2010
- Kekelekis M., *The „Statement of Objections” as an Inherent Part of the Wright to Be Heard in EC Merger Proceedings: Issues of Concern*, ECLR 2004, 25(78)
- Knable Gotts I., Theophile D., *The impact of financial distress on M&A review – a comparative analysis*, Business Law Insight 2003, 2(ay)
- Knable Gotts I., *Conduct Remedies can affectively alleviate competition concerns*, International Financial Law Review 2012, 30(13) Supp (Competition and Antitrust Lawyers/Economists)

- Knable Gotts I., Asker N.L., Goodman J.N., *US Antitrust and FCC Treatment of Acquisitions of Distressed Communications Businesses*, Competition Law Journal, April 2010
- Kohutek K., Sieradzka M., *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2008
- Kokkoris I., *Failing firm defence in the European Union. A Panacea for mergers?* ECLR 2006, 27(9)
- Kolasiński M., *Polityka kontroli koncentracji w Polsce – stan obecny i możliwe zmiany*, iKAR 2012, 1(1)
- Kolasiński M.K., *Strukturalne środki zaradcze stosowane w razie naruszenia wspólnotowych zakazów nadużywania pozycji dominującej i zmony kartelowej*, PPH 2008, Nr 6
- Konkurencja w gospodarce współczesnej*, pod red. C. Banasińskiego, E. Stawickiego, UOKiK, Warszawa 2007
- Kontrola koncentracji w sektorze instytucji finansowych w świetle przepisów i orzecznictwa wspólnotowego – odniesienie do prawa polskiego*, UOKiK, Warszawa 2003.
- Kontrola koncentracji przedsiębiorców – kompetencje Prezesa UOKiK oraz KE po 1 maja 2004 r.*, UOKiK, Warszawa 2003
- Krause H., *Article 6(1)(b) EC Merger Regulation: Improving the Reliability of Commitments*, ECLR 1994, 15(4)
- Król-Bogomilska M., *Zakaz łączenia podmiotów gospodarczych a problematyka uznania administracyjnego*, Glosa 1997, Nr 10
- Król-Bogomilska M., *Zmiany polskiego prawa służącego ochronie konkurencji po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej [w:] Prawo w XXI wieku. Księga pamiątkowa 50-lecia Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk. Praca zbiorowa pod red. W. Czaplińskiego*, Warszawa 2006
- Lindsay A., *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*. Second Edition, Sweet and Maxwell, London 2006
- Lissoń P., *Kontrola koncentracji gospodarczej w procesach komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych*, RPEiS 1998, Nr 2
- Little C., *Remedies under Irish Merger Control Rules*, ECLR 2009, 30(12)
- Madała A. [w:] A. Bolecki, S. Drozd, S. Famirska, M. Kozak, M. Kulesza, A. Madała, T. Wardyński, *Prawo konkurencji*, LexisNexis, Warszawa 2011
- Mariotti D., *South African Merger Remedies: What Have We Learnt in the Last Ten Years*, Competition Law International 2010, 6(9)
- Mason R., Weeds H., *The Failing Firm Defence: Merger Policy and Entry*, s. 2 (www.cepr.org/meets/wkcn/6/6600/papers/weeds.pdf)
- McDavid J.L., *Failing Companies and the Antitrust Laws*, 14 Michigan Journal of Law Reform, 230, 1980–1981
- McDavid J.L., *Antitrust Issues Involving Acquisitions of Financially Distressed Companies*, Competition Law Journal, April 2010
- Merger Remedies*, OECD Journal of Competition Law and Policy, 2005, vol. 7, No. 2
- Merger Remedies Study*, Public Version, DG Comp, European Commission, October 2005

- Merger Control. The international regulation of mergers and joint ventures in 60 jurisdictions worldwide*, 2008, Global Competition Review [raporty krajowe cyt. jako *Merger Control 2008*, np. W. Rowley, N. Campbell, M. Opashinow, *Canada* [w:] *Merger Control 2008*]
- Merger Control. The international regulation of mergers and joint ventures in 64 jurisdictions worldwide*, 2010, Global Competition Review [raporty krajowe cyt. jako *Merger Control 2010*, np. R. Ioachimescu, *Merger Control 2010*]
- Merger Control* [w:] *The European Antitrust Review 2008 lub 2011* [raporty krajowe, np. M. Chatelin, A. de Putter, R. Hagendoors, *Netherlands: Merger Control* [w:] *The European Antitrust Review 2011*]
- Mering L. [w:] A. Powałowski, S. Koroluk, L. Mering, *Prawo ochrony konkurencji*, Warszawa 2004
- Modzelewska-Wąchal E., *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Twigger, Warszawa 2002
- Mohamed S., *National interests limiting E.U. cross-border bank mergers*, ECLR 2000, 21(5)
- Monti G., *EC Competition Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2007
- Monti G., Rouseva E., *Failing Firms in the Framework of the E.C. Merger Control Regulation*, ELRev 1999, 24
- Motta M., *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge 2004
- Motta M., Polo M., Vasconcelos H., *Merger remedies in the European Union: An overview*, The Antitrust Bulletin 2007, 52(3&4)
- Navarro Varona E., Font Galarza A., Folguera Crespo J., Briones Alonso J., *Merger Control in the EU. Law, Economics and Practice. Second Edition*, Oxford University Press, Oxford 2005
- Nesterowicz M., *Nowa brazylijska ustawa o systemie ochrony konkurencji*, iKAR 2012, 4
- Ochrona konkurencji i konsumentów w Polsce i Unii Europejskiej (studia prawnno-ekonomiczne)*. Pod redakcją Cezarego Banasińskiego, UOKiK, Warszawa 2005
- Olszewski J., *Nowa ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*. Cz. 1, MoP 2001, Nr 14
- Olszewski J., *Nadzór nad koncentracją przedsiębiorców jako forma prewencyjnej kontroli koncentracji*, Wyd. Uniwersytetu Rzeszowskiego, Rzeszów 2004
- The Oxford Encyclopedia of European Community Law. Volume III: Competition Law and Policy*, A.G. Toth (ed.), Oxford University Press, Oxford 2008
- Papanikolaou A., Rosenthal M., *Merger Efficiencies and Remedies*, The European Antitrust Review 2011, Global Competition Review, dostępny na <http://www.globalcompetitionreview.com/reviews/28/sections/98/chapters/1083/>
- Papon S., *Structural versus Behavioral Remedies in Merger Control: A Case-by-Case Analysis*, ECLR 2009, 30(1)
- Parker J., *Air France/KLM: an Assessment of the Commission's Approach to Consolidation in the Air Transport Sector*, ECLR 2005, 26(3)

- Parker R.G. & Balto D.A., *The Evolving Approach to Merger Remedies* <http://www.ftc.gov/speeches/other/remedies.shtml> [opublikowany także w: Antitrust Report (May 2000)]
- Pawelczyk M., Stankiewicz R., *Istota środków prawnych podejmowanych przez Prezesa UOKiK na podstawie art. 99 ustawy antymonopolowej w związku z koncentracją przedsiębiorstw* [w:] *Instrumenty i formy prawne działania administracji gospodarczej*, pod red. B. Popowskiej, K. Kokocińskiej, Poznań 2009
- Petit N., *Remedies for Coordinated Effects under the EU Merger Regulation*, *Competition Law International* 2010, 6(9)
- Porter Elliott G., *The Gencor judgment: collective dominance, remedies and extraterritoriality under the Merger Regulation*, *ELRev* 1999, 24
- Prawo i ekonomia konkurencji. Wybrane zagadnienia*, pod red. B. Kurcza, Warszawa 2010
- Ritter L., Braun W.D., *European Competition Law. A Practitioner's Guide*. Third Edition, Kluwer Law International, The Hague 2005
- Rodger B., *Case C-42/01 Portugal v. Commission, with adnotations*, *CMLR* 2005, 42(5)
- Rütsch C.-J., Röhling F., *European Commissions's First Waiver of Behavioral/Non-divestiture Commitments in the Absence of a Review Clause*, *Journal of European Competition Law & Practice* 2002, 3(1)
- Sage E.D., *Polityka audiowizualna Unii Europejskiej* [w:] *Polityki Unii Europejskiej: Polityki sektorów infrastrukturalnych. Aspekty prawne*, pod red. A. Jurkowskiej, T. Skoczego, Warszawa 2011
- Schwalbe U., Zimmer D., *Law and Economics in European Merger Control*, Oxford University Press, Oxford 2009
- Sendrowicz M., *Kontrola koncentracji przedsiębiorców w prawie Unii Europejskiej – wybrane zagadnienia* [w:] *Współczesne wyzwania europejskiej przestrzeni prawnej. Księga pamiątkowa dla uczczenia 70. rocznicy urodzin Profesora Eugeniusza Piontka*, Kraków 2005
- Skoczny T., *Opinia o projekcie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, sporządzona dla Kancelarii Sejmu*, Druk sejmowy nr 1110. Biuro Analiz Sejmowych, Warszawa 2006; dostępna pod adresem internetowym: www.sejm.gov.pl, s. 11 i n.
- Skoczny T., *Szczegółowe warunki zgłoszenia zamiaru koncentracji przedsiębiorców*, PPH 2002, Nr 5
- Skoczny T., *Ustawodawstwo antymonopolowe na świecie w latach 1890–1989*, Warszawa 1990
- Skoczny T., *Brytyjskie prawo konkurencji*, Warszawa 1992
- Skoczny T., *'Bertelsmann AG i Sony Corporation of America przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich'* [w:] *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 2004-2009*, Oficyna a Wolters Kluwer company, Warszawa 2010
- Skoczny T., *Instytucjonalne modele wdrażania reguł konkurencji na świecie – wnioski dla Polski*, RPEiS 2011, Nr 2

- Skoczny T., *Consolidation of the Polish Electricity Sector. The Merger Law Perspective*, YARS 2011, 4(4)
- Skoczny T., *Reguły konkurencji w sektorze mediów audiowizualnych we Wspólnocie Europejskiej*, RPEiS 2006, Nr 3
- Stankiewicz R., *Charakter prawny decyzji Prezesa UOKiK zezwalającej na dokonanie koncentracji z art. 18 ust. 1 ustawy antymonopolowej*, Kwartalnik Prawa Publicznego 2006, Nr 3
- Stankiewicz R., *Nadzór administracyjny jako forma relacji określająca oddziaływanie państwa na procesy koncentracji przedsiębiorców*, Studia Iuridica Nr XLV, 2006.
- Stankiewicz R., *Konsekwencje naruszenia stanu konkurencji na rynku przez przedsiębiorcę dokonującego koncentracji (art. 21 ustawy z 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów)*, Studia Iuridica XLVII/2007
- Stefaniuk M., *Publicznoprawne reguły konkurencji*, Verba, Lublin 2005
- Stehmann O., Aguado J.R., *The Air France-KLM Merger: a First Step Towards the Consolidation of the European Aviation Industry*, ECLR 2005, 26(5)
- Strzyczkowski K., *Kontrola koncentracji przedsiębiorstw w prawie wspólnotowym*, PUG 2006, Nr 4
- Strzyczkowski K., *Prawo gospodarcze publiczne*, wyd. 1, LexisNexis, Warszawa 2005
- Strzyczkowski K., *Nowe prawo konkurencji. Uwagi o projekcie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, PUG 2000, Nr 9
- Syp S., *Postulowane zmiany w prawie kontroli koncentracji – uwagi na tle propozycji Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, iKAR 2012, 2(1)
- Szydło M., *Nowa ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, MoP 2007, Nr 12
- Stehmann O., Aguado J.R., *The Air France-KLM Merger: a First Step Towards the Consolidation of the European Aviation Industry*, ECLR 2005, 26(5)
- Troy Paredes T., *Note, Turning the Failing Firm Defence Into A Success: A Proposal to Revise the Horizontal Merger Guidelines*, (1996) 13 Yale Journal of Regulation.
- Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod red. C. Banasińskiego, E. Piontka, LexisNexis, Warszawa 2009
- Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod red. naukową T. Skocznego, Beck, Warszawa 2009
- Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, pod. red. A. Stawckiego, E. Stawickiego, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2011
- Valois Turk M. de, *The EC's Revised Remedies Notice – The Trustee's Perspective*, ECLR 2009, 30(7)
- Warler M., *Failing Company Defence, Sanierungsfusion und Rescue Merger*, Nomos, Baden-Baden 2008
- Weber F.M., *Sanierungsfusionen in der Konzeption von SIEC- und Marktbeherrschungstest unter der Fusionskontrollverordnung*, Nomos, Baden-Baden 2006
- Weitbrecht A., *Mergers in economic crises – EU merger control 2008/2009*, ECLR 2010, 31(7)
- Weitbrecht A., *Horizontals revisited – EU merger control 2010*, ECLR 2011, 32(3).
- Whish R., *Competition Law*. Sixth Edition, Oxford University Press, Oxford 2009

- Wierzbowski M., Karasiewicz K., Stankiewicz R., *Kontrola koncentracji przedsiębiorców*, *Studia Prawa Prywatnego* 2012, z. 2(25)
- Witosz A., *Decyzja o podziale spółki a ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, PPH 2004, Nr 10
- Wolski D., *Wybrane zagadnienia z zakresu wydawania i realizacji decyzji udzielających warunkowej zgody na dokonanie koncentracji przedsiębiorców*, *iKAR* 2012, 2(1).
- Zabłocka A., *Ocena antykonkurencyjnych efektów fuzji i przejęć w UE na przykładzie przejęcia BHV przez Unicredito Italiano*, http://mikroekonomia.net/system/publication_files/329/original/24.pdf?1314952664
- Zipser A., *Die Fusionskontrolle nach dem neuen polnischen Kartellgesetz*, WuW 2002, Nr 1
- Zmiany w polityce konkurencji na przestrzeni ostatnich dwóch dekad*, pod red. M. Krasnodębskiej-Tomkiel, UOKiK, Warszawa 2010
- Żużewicz I. [w:] *Acquis communautaire. Konkurencja*, pod. red. Z. Brodeckiego, Warszawa 2004

Dotychczasowe publikacje Programu Wydawniczego CARS

(www.cars.wz.uw.edu.pl/ksiazki.html)

Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies, 2011, Vol. 5(6)

E.D. Sage, *European Audiovisual Sector: Where business meets society's needs*, Warszawa 2011

M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*, Warszawa 2011

Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies, 2011, Vol. 4(5)

S. Piątek, *Sieci szerokopasmowe w polityce telekomunikacyjnej*, Warszawa 2011

Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies, 2011, Vol. 4(4)

Usługi portów lotniczych w Unii Europejskiej i Polsce II – wybrane zagadnienia. Praca zbiorowa pod red. F. Czernickiego, T. Skoczego, Warszawa 2011

Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies, 2010, Vol. 3(3)

Usługi portów lotniczych w Unii Europejskiej i w Polsce a prawo konkurencji i regulacje lotniskowe. Praca zbiorowa pod red. F. Czernickiego, T. Skoczego, Warszawa 2010

M. Bernatt, *Spoleczna odpowiedzialność biznesu. Wymiar konstytucyjny i międzynarodowy*, Warszawa 2009

Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies, 2009, Vol. 2(2)

Sprawa Microsoft – stadium, przypadku. Prawo konkurencji na rynkach nowych technologii, pod red. D. Miąsika, T. Skoczego, M. Surdek, Warszawa 2008

Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce, pod red. A. Jurkowskiej, T. Skoczego, Warszawa 2008

Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies, 2008, Vol. 1(1)

S. Piątek, *Regulacja rynków telekomunikacyjnych*, Warszawa 2007



Tadeusz Skoczny

Dr hab., prof. Wydziału Zarządzania UW. Kierownik Samodzielnego Zakładu Europejskiego Prawa Gospodarczego (*Jean Monnet Chair on European Economic Law*) oraz Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych WZ UW. Specjalizuje się w europejskim i polskim prawie ochrony konkurencji. Jest autorem i redaktorem kilkunastu publikacji, w tym redaktorem naukowym Komentarza do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (Beck 2009) oraz redaktorem naczelnym *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies* i internetowego *Kwartalnika Antymonopolowego i Regulacyjnego*.

Z recenzji wydawniczych:

W recenzowanej monografii zwraca uwagę przede wszystkim leżąca u jej podstaw oryginalna koncepcja naukowa zgód szczególnych (wyjątkowych, nadzwyczajnych i warunkowych) oraz poznawczo i orzecznictwo ugruntowana weryfikacja dwóch hipotez badawczych – dominującego znaczenia zgód szczególnych w ogóle, a zgody warunkowej – w szczególności. [...] Na podkreślenie zasługuje także bogate instrumentarium badawcze, w tym kontekst porównawczy monografii, szeroko wykraczający poza tradycyjne prezentowanie tylko wybranych przykładów rozwiązań stosowanych w niektórych porządkach prawnych. [...]. Głównym obszarem i punktem odniesienia rozważań Autora pozostaje jednak prawo polskie i dorobek jego stosowania. [...] Z pełnym przekonaniem rekomenduję opublikowanie recenzowanej monografii jako pozycji o wysokiej wartości poznawczej oraz praktycznej.

Stanisław Piątek
Wydział Zarządzania UW

Recenzowana monografia jest poświęcona praktycznie najważniejszemu elementowi prewencyjnej kontroli koncentracji – materialno- i formalnoprawnym podstawom udzielania zgód szczególnych na dokonanie koncentracji, które, jak Autor słusznie twierdzi, powinny mieć pierwszeństwo przed wydaniem zakazów dokonania koncentracji, nawet jeśli *prima facie* zostanie stwierdzony ich antykonkurencyjny charakter. [...] W moim głębokim przekonaniu monografia w pełni zasługuje na opublikowanie ze względu na swoje walory naukowe i praktyczne. Należy ją polecić ekonomistom i prawnikom zajmującym się ochroną konkurencji, w tym bezpośrednim uczestnikom procesów stosowania reguł kontroli koncentracji – sędziom, pracownikom administracji oraz kancelarii prawnych i firm konsultingowych.

Cezary Banasiński
Wydział Prawa i Administracji UW