

Tadeusz Skoczny

## Ochrona „uprawnionych interesów” państw członkowskich UE w unijnym prawie kontroli koncentracji

### I. Wprowadzenie

**1. Konkurencja nie jest jedyną wartością**, na której opierają się współczesne systemy społeczno-gospodarcze oraz prawne państw i organizacji między- lub ponadnarodowych. **Ochrona konkurencji nie jest jedynym** chronionym lub zapewnianym przez prawo **publicznym interesem**. Dotyczy to w całej rozciągłości także **ochrony konkurencji przed nadmierną koncentracją**.

**2.** Jednym z podstawowych problemów, przed którymi stoją prawodawcy oraz organy wdrażające ustanowione przez nich reguły ochrony konkurencji, jest zatem **zdefiniowanie interesów publicznych**, które – w określonych okolicznościach – muszą być również chronione, a niekiedy nawet **przyznanie ich ochronie pierwszeństwa** przed ochroną konkurencji. Mogą to czynić różnymi **metodami**, z których dwie są dosyć powszechne i z reguły stosowane łącznie. **Według pierwszej metody, ustawodawca definiuje interesy publiczne**, które muszą być chronione w określonych (szczególnych) obszarach gospodarki, w szczególności w tzw. sektorach regulowanych. **Operacje (transakcje) koncentracyjne** zamierzone i dokonywane w tych sektorach (obszarach) **podlegają ocenie na podstawie testu interesu publicznego**, służącego ochronie wartości leżących u podstaw porządku prawnego tego sektora (obszaru). Istotą **drugiej metody** jest **formułowanie wyjątków od reguł kontroli koncentracji**, określonych w samej ustawie o ochronie konkurencji lub – dzisiaj już rzadko – w specjalnej ustawie o kontroli koncentracji. **Wyjątki** takie mogą polegać

---

\* Prof. dr hab. **Tadeusz Skoczny** – Wydział Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, dyrektor Centrum Europejskiego UW w latach 1995–1999.

i bardzo często polegają na ustanowieniu specjalnych testów oceny koncentracji, których spełnienie może być podstawą albo odstąpienia – przez organ ochrony konkurencji – od zakazu koncentracji antykonkurencyjnej, albo wydania – przez organ ochrony konkurencji lub inny organ władzy publicznej – zgody nadzwyczajnej na dokonanie takiej koncentracji.<sup>1</sup>

3. Tego rodzaju sytuacja występuje przede wszystkim w krajowych porządkach prawnych, w tym w polskim. Także jednak w porządku prawnym kontroli koncentracji Unii Europejskiej istnieją instytucje prawne, które umożliwiają uwzględnienie innych niż ochrona konkurencji interesów publicznych. Komisja Europejska, mająca wyłączną kompetencję do oceny koncentracji o wymiarze unijnym, nie ma wprawdzie prawa odstąpienia od zakazu antykonkurencyjnej koncentracji na podstawie innego niż ochrona konkurencji interesu publicznego, musi jednak z jednej strony uwzględniać cele innych polityk UE w swej ocenie koncentracji o wymiarze unijnym dokonywanej na podstawie testu konkurencji SIEC (Significant Impediment of Effective Competition), z drugiej strony – umożliwić państwom członkowskim ochronę ich niektórych krajowych interesów publicznych (*public interests*). Tę – analizowaną w niniejszym artykule – możliwość tworzy instytucja prawna ochrony „uprawnionych interesów”<sup>2</sup> (*legitimate interests*) państw członkowskich, przewidziana zarówno w art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89,<sup>3</sup> jak i w art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004.<sup>4</sup> Instytucja ta wyznacza granice interwencji państw członkowskich w toczące się przed Komisją postępowania w sprawie koncentracji o wymiarze unijnym, a tym samym określa relacje między prawem kontroli konkurencji UE a publicznym prawem gospodarczym państw członkowskich.

4. Celem tego artykułu jest analiza normatywnego kształtu instytucji prawnej ochrony „uprawnionych interesów” państw członkowskich (II) oraz decyzyjnego i orzeczniczego dorobku jej stosowania (III) w zakresie różnych takich interesów (IV), a także uwarunkowań kompetencyjnych

<sup>1</sup> Na temat instytucji prawnej zgody nadzwyczajnej na dokonanie antykonkurencyjnej koncentracji zob. szerzej: T. Skoczny, *Zgody szczególne w prawie kontroli koncentracji*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego (w druku).

<sup>2</sup> W literaturze polskiej nazywa się je także „uzasadnionymi interesami” państw członkowskich. Por.: S. Dudzik, *Współpraca Komisji Europejskiej z organami ochrony konkurencji w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorstw*, Warszawa 2010, s. 128 i nast.

<sup>3</sup> Rozporządzenie Rady (EWG) nr 4064/89 z 21.12.1989 r. w sprawie kontroli koncentracji połączeń przedsiębiorstw, O.J., L 257/13, 1990.

<sup>4</sup> Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z 20.01.2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, O.J., L 24/1, 24.01.2004.

i proceduralnych ich uwzględnienia w ocenie koncentracji w świetle prawa kontroli koncentracji UE (V). Analiza ta pozwoli na wyciągnięcie wniosków użytecznych dla rekonstrukcji polskiej instytucji odstąpienia od zakazu antykonkurencyjnej koncentracji, przewidzianej w art. 20 ust. 2 uokik z 2007 r.<sup>5</sup> (VI).

## II. Normatywny kształt instytucji prawnej ochrony „uprawnionych interesów” państw członkowskich na gruncie prawa kontroli koncentracji UE

5. Analizowane przepisy poprzedniego **art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89** i obecnego **art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004** określają **normatywne granice dopuszczalności wyjątku od zasady wyłączności kompetencyjnej Komisji** w sprawach transgranicznych koncentracji o wymiarze unijnym na **trzy sposoby**. Po pierwsze, dopuszczają podejmowanie przez państwa członkowskie odpowiednich środków wobec tych koncentracji, ale tylko w celu ochrony innych niż ochrona konkurencji „uprawnionych interesów”. Po drugie, enumeratywnie wskazują na trzy rodzaje „uprawnionych interesów” państw członkowskich, ale też umożliwiają w pewnych okolicznościach ochronę „innych interesów uprawnionych”. Po trzecie, definiują podstawowe przesłanki dopuszczalności ochrony tych interesów. Ograniczonemu charakterowi tego wyjątku Komisja dała wyraz w nocie interpretacyjnej do rozp. 4064/89, przyjętej zaraz po jego wydaniu.<sup>6</sup>

6. Normatywną istotę prezentowanej instytucji prawnej wyraża przede wszystkim przepis art. 21 ust. 4 akapit pierwszy rozp. 139/2004.<sup>7</sup> Przepis ten, uznawany przez Komisję od początku za swoistą klauzulę generalną (*general clause*),<sup>8</sup> ma **trzy istotne elementy**. Pierwszy ogranicza zakres tego uprawnienia do **przyczyn innych, niż te, które bierze pod uwagę rozporządzenie w sprawie kontroli koncentracji**. Ponieważ rozp. 4064/89 i rozp. 139/2004 biorą pod uwagę wyłącznie interes publiczny w ochronie skutecznej konkurencji, przepis ten **pozwała państwom człon-**

---

<sup>5</sup> Ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, DzU nr 50/2007, poz. 331 z późn. zm.

<sup>6</sup> 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*, Fifth Edition. Appendices, Sweet & Maxwell, 2001, s. 333–337. Cyt. niżej jako: Notes on Council Regulation (EEC) 4064/89.

<sup>7</sup> Identyczny przepis zawierał art. 21 ust. 3 akapit pierwszy rozp. 4064/89.

<sup>8</sup> Zob.: Notes on Council Regulation (EEC) 4064/89, s. 24.

kowskim UE **chronić ich „uprawnione interesy” tylko w drodze interwencji** w postępowania w sprawie koncentracji o wymiarze unijnym, **opartej na przesłankach niezwiązanych z konkurencją** (*non-competition interests*). Znalazło to potwierdzenie m.in. w sprawie koncentracji Unicredito/BHV, do której Polska nie chciała dopuścić, m.in. z uwagi na skutki dla konkurencji na polskich rynkach bankowości detalicznej.<sup>9</sup>

7. Dla zapobieżenia nadużywaniu tego przepisu, w nocie interpretacyjnej do rozp. 4064/89 Komisja stwierdziła, że klauzula ta nie tworzy nowych praw dla państw członkowskich, lecz tylko sankcjonuje uznanie przez prawo UE posiadanych już przez nie uprawnień do interwencji w pewne aspekty koncentracji, dokonywanych na terytoriach podlegających ich jurysdykcji, na podstawach innych niż te, które są przedmiotem regulacji wspomnianego rozporządzenia.<sup>10</sup> Stosowanie tej klauzuli potwierdza tylko możliwość wydawania przez państwa członkowskie na tych podstawach decyzji, które albo zakazują dokonania koncentracji, albo je akceptują. W szczególności klauzula ta nie uprawnia państwa członkowskiego do wyrażenia zgody na dokonanie koncentracji, którego Komisja zakazała na podstawie rozporządzenia o kontroli koncentracji.<sup>11</sup> Przed wszystkim jednak państwa członkowskie nie mogą uzasadniać ochroną własnych „uprawnionych interesów” swoich decyzji na bazie względów, które Komisja musi brać pod uwagę przy dokonywaniu oceny koncentracji w skali europejskiej (*concentrations on European scale*). Komisja podkreśliła, że musi ona – w zgodzie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości w sprawach regul konkurencji – dokonywać oceny zgodności koncentracji w ogólnym kontekście osiągania fundamentalnych celów traktatu wymienionych w art. 2 d. TWE [dzisiaj: art. 3 TUE] oraz potrzeby wzmocnienia spójności gospodarczej i społecznej Wspólnoty (dzisiaj: Unii), o której mowa w art. 130a d. TWE (dzisiaj: art. 174 i d. TFUE).<sup>12</sup>

8. W świetle późniejszego orzecznictwa można też stwierdzić, że drugi element tego przepisu – przypisanie tego uprawnienia **państwom członkowskim** (*Member States*) – 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 ów organ został powołany do życia na skutek nałożenia na państwo członkowskie obo-

<sup>9</sup> Zob.: Dec. KE z 18.10.2005 r. w sprawie COMP/M.3894 – *Unicredito/HVB*.

<sup>10</sup> Zob.: Notes on Council Regulation (EEC) 4064/89, s. 24–25.

<sup>11</sup> *Ibidem*, s. 24.

<sup>12</sup> *Ibidem*, s. 25.

wiązku jego utworzenia w drodze dyrektywy regulacyjnej,<sup>13</sup> i niezależnie od tego, czy organ taki ma prawo wystąpić do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniem prejudycjalnym.<sup>14</sup> **Właściwymi środkami** (*appropriate measures*) natomiast mogą być wszelkie działania tych organów, które prowadzą zarówno do całkowitego zablokowania danej koncentracji, jak i do nałożenia na strony danej transakcji takich warunków, które utrudnią jej dokonanie; w swych decyzjach stwierdzających naruszenie art. 21 rozp. 139/2004 Komisja podkreśla jednolicie, że w celu ochrony ich „uprawnionych interesów” państwa członkowskie mogą podejmować środki, które „zakazują, poddają warunkom lub w jakikolwiek inny sposób utrudniają takie transakcje”.<sup>15</sup> 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”.<sup>16</sup>

9. 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 ówcześni członkowie Unii uznawali potrzebę umożliwienia im interwencji w postępowania w sprawach koncentracji transgranicznych, ale nie było między nimi zgody, jak długa powinna być lista „uprawnionych interesów”, które uzasadniałyby taką interwencję. W rezultacie kompromisu stworzona została bardzo krótka lista<sup>17</sup> „interesów uprawnionych” *explicite*; zagwarantowano jednak także

<sup>13</sup> Zob. np.: pkt 35–36 dec. Komisji 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 oraz Factorame* (Zb. Orz. 1996, s. I-1029), s. 33 i 34.

<sup>14</sup> Zob.: wyroki ETS w sprawach: 106/77 *Simmentahl* (ECR 1978, s. 629), pkt 17–21; 103/88 *Fratelli Constanzo v Comune di Milano* (ECR 1989, s. 1839), pkt 32; C-198/01 *Consorzio Industrii Fiammiferi* (ECR 2003, s. I-8050).

<sup>15</sup> Zob.: pkt 22 dec. KE z 26.09.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 – *E.ON/Endesa*; pkt 24 dec. KE z 20.12.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 – *E.ON/Endesa*; pkt 22 dec. KE z 5.12.2007 r. w sprawie COMP/M.4685 – *Enel/Acciona/Endesa*.

<sup>16</sup> Zob.: pkt 52 *in fine* dec. KE z 20.12.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 – *E.ON/Endesa*. Zob. także: pkt 43 dec. KE z 5.12.2007 r. w sprawie COMP/M.4685 – *Enel/Acciona/Endesa*.

<sup>17</sup> Jak się wskazuje w literaturze (C.J. Cook, C.S. Kerse, *E.C. Merger Control*, London 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”.

pewną elastyczność (*flexibility*) tego rozwiązania<sup>18</sup> przez danie państwom członkowskim prawa do wystąpienia do Komisji o uznanie innego interesu publicznego za „interes uprawniony”, umożliwiający blokowanie zgody na koncentrację, do 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 krajowego.<sup>19</sup>

**10.** Zarówno art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89, jak i art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004<sup>20</sup> wyróżniły **dwie grupy „interesów uprawnionych”**: 1) **grupę „interesów uprawnionych” *explicite***, zwanych też „interesami uznanymi” (*recognised interests*)<sup>21</sup> lub „wymienionymi i zdefiniowanymi” (*listed and defined*),<sup>22</sup> oraz 2) **grupę „innych interesów uprawnionych”** (*other legitimate interests*), zwanych też „interesami bezimiennymi” (*innominate interests*).<sup>23</sup> Zgodnie z art. 21 ust. 4 akapit drugi rozp. 139/2004,<sup>24</sup> krajowymi „interesami uprawnionymi” są tylko trzy zdefiniowane w tym przepisie wprost interesy: bezpieczeństwo publiczne (*public security*), pluralizm mediów (*pluralism of the media*) oraz reguły ostrożnościowe (*prudential rules*). Rozporządzenie (art. 21 ust. 4 akapit trzeci)<sup>25</sup> stanowi jednak dalej, że każdy inny rodzaj interesu publicznego (*public interest*) może być chroniony na podstawie wyłączenia zawartego w art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004 (a) tylko pod warunkiem, że został on zgłoszony Komisji, zanim podjęto służące jego realizacji środki, i (b) tylko wtedy, gdy Komisja – w drodze decyzji wydanej w ciągu 25 dni roboczych po zgłoszeniu – stwierdziła jego zgodność z generalnymi zasadami i innymi przepisami prawa UE. W ten sposób oba rozporządzenia tworzą **dwie 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 Komisji do przeciwdziałania ich nadużywaniu.

<sup>18</sup> M. Furse, *The Law of Merger Control in the EC and the UK*, Oregon 2007, s. 61.

<sup>19</sup> Por. np.: następujące przepisy d. TWE: art. 30, 46, 54 i 85 (dzisiaj: art. 36, 52, 61, 105 TFUE) oraz liczne przepisy prawa wtórnego.

<sup>20</sup> W rozp. 4064/89 były to przepisy art. 21 ust. 3.

<sup>21</sup> Zob.: pkt 23 dec. KE z 26.09.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 – *E.ON/Endesa*; pkt 25 dec. KE z 20.12.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 – *E.ON/Endesa*; pkt 23 dec. KE z 5.12.2007 r. w sprawie COMP/M.4685 – *Enel/Acciona/Endesa*.

<sup>22</sup> Zob.: G.M. Borges, *The legitimate Interests of Member States in the EC Merger Law*, „European Public Law” 9(3)/2003, s. 346, 350.

<sup>23</sup> *Ibidem*, s. 352.

<sup>24</sup> Identyczny przepis zawierał art. 21 ust. 3 akapit drugi rozp. 4064/89.

<sup>25</sup> Identyczny przepis zawierał art. 21 ust. 3 akapit trzeci rozp. 4064/89.

11. Wyeliminowaniu możliwości podważenia zasady wyłączności kompetencyjnej Komisji w sprawach koncentracji o wymiarze unijnym za pomocą odpowiednich środków służą jednak przede wszystkim **przesłanki ograniczające zakres tego wyłączenia**. Zarówno art. 21 ust. 3 akapit pierwszy rozp. 4064/89, jak i art. 21 ust. 4 akapit pierwszy rozp. 139/2004 stwierdzają *explicite*, że środki krajowe, mające służyć ochronie „uprawnionych interesów” obu ww. grup, mogą być stosowane tylko wtedy, gdy są zgodne z „ogólnymi zasadami” (*general principles*) i „innymi przepisami prawa wspólnotowego” (*other provisions of Community law*).<sup>26</sup> Jak łatwo zauważyć, przesłanki te zostały sformułowane na tyle ogólnie, że od początku było oczywiste, iż będą musiały zostać zinterpretowane w praktyce decyzyjnej i w orzecznictwie. Wydaje się, że proces ten wciąż nie jest zakończony.

12. Gdy chodzi o **zasady ogólne**, z którymi środki krajowe służące ochronie interesów publicznych, czyli zakazy lub ograniczenia nakładane na zamierzone koncentracje, muszą być zgodne, w nocie interpretacyjnej do rozp. 4064/89 Komisja uznała najpierw, że nie mogą one stanowić „*ani formy arbitralnej dyskryminacji, ani nadmiernego [disguised] ograniczenia handlu między państwami członkowskimi*”,<sup>27</sup> 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]*”.<sup>28</sup>

13. Warto zauważyć, że w swojej praktyce decyzyjnej Komisja formułuje przesłanki dopuszczalności ochrony interesów niezwiązanych z konkurencją nieco inaczej, ale też nie całkiem jednolicie. We wszystkich decyzjach wydanych na podstawie art. 21 rozp. 139/2004 stwierdza mianowicie najpierw, że państwa członkowskie mogą podejmować środki ochrony tych interesów tylko wtedy, gdy „*środki te są konieczne i proporcjonalne dla*

<sup>26</sup> Por. także: motyw 19 rozp. 139/2004.

<sup>27</sup> Notes on Council Regulation (EEC) 4064/89, s. 25. Zwraca uwagę, że są to przesłanki identyczne z tymi, które zawężają wyłączenie spod zakazu ograniczeń w swobodnym przepływie towarów (art. 30 ust. 2 TWE; dzisiaj: art. 36 ust. 2 TFUE).

<sup>28</sup> 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 wybrać środki najmniej restryktywne.

ochrony interesów zgodnych z zasadami ogólnymi i innymi przepisami prawa wspólnotowego”;<sup>29</sup> zaraz potem jednak wskazuje, że środki te muszą pozostawać w zgodzie z „zasadami proporcjonalności i niedyskryminacji”.<sup>30</sup> W decyzjach tych przeprowadza każdorazowo właśnie testy „proporcjonalności” i „niedyskryminacji”. W przypadku reżimu „innych interesów publicznych” Komisja stwierdza w swych decyzjach, że po otrzymaniu powiadomienia o zamiarze podjęcia krajowych środków ochronnych zdecyduje ona „czy środki takie są konieczne i proporcjonalne dla ochrony interesów zgodnych z prawem wspólnotowym”<sup>31</sup> oraz „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”,<sup>32</sup> 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”.<sup>33</sup>

14. Stosunkowo rzadko natomiast Komisja odwołuje się do innych zasad ogólnych prawa UE, a zwłaszcza zasady pierwszeństwa prawa unijnego nad krajowym oraz zasady bezpośredniego stosowania 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, a w świetle orzecznictwa hiszpańskiego Trybunału Konstytucyjnego tamtejsze organy administracyjne są zobowiązane działać na podstawie lokalnego prawa, nawet jeśli jest ono sprzeczne z prawem UE, a tak właśnie było w przypadku dekretu królewskiego 4/2006, który Komisja uznała za sprzeczny z art. 56 i 43 TWE (dzisiaj: art. 63 i 49 TFUE) i przeciwko któremu wszczęła postępowanie na podstawie art. 226 TWE (dzisiaj: art. 258 TFUE). Komisja nie mogła zatem nie uznać, że „takie założenie jest sprzeczne z zasadami pierwszeństwa i bezpośredniego stosowania

<sup>29</sup> Zob.: pkt 22 dec. KE z 26.09.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 – *E.ON/Endesa*; pkt 24 dec. KE z 20.12.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 – *E.ON/Endesa*; pkt 22 dec. KE z 5.12.2007 r. w sprawie COMP/M.4685 – *Enel/Acciona/Endesa*.

<sup>30</sup> Zob.: pkt 23 dec. KE z 26.09.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 – *E.ON/Endesa*; pkt 25 dec. KE z 20.12.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 – *E.ON/Endesa*; pkt 23 dec. KE z 5.12.2007 r. w sprawie COMP/M.4685 – *Enel/Acciona/Endesa*.

<sup>31</sup> Zob.: pkt 24 dec. Komisji z 26.09.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 – *E.ON/Endesa*; pkt 24 dec. Komisji z 5.12.2007 r. w sprawie COMP/M.4685 – *Enel/Acciona/Endesa*.

<sup>32</sup> Zob.: pkt 24 dec. Komisji z 26.09.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 – *E.ON/Endesa*.

<sup>33</sup> Zob.: pkt 26 dec. Komisji z 20.12.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 – *E.ON/Endesa*; pkt 24 dec. Komisji z 5.12.2007 r. w sprawie COMP/M.4685 – *Enel/Acciona/Endesa*.



prawa wspólnotowego”.<sup>34</sup> Znajduje to swoje pełne potwierdzenie w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości.<sup>35</sup> Tym samym Komisja uznała, że sam fakt, iż 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 hiszpańskiego 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”.<sup>36</sup>

**15.** Gdy chodzi o **inne przepisy prawa wspólnotowego** (dzisiaj: prawa UE), z którymi środki te muszą być zgodne, w grę wchodzi przede wszystkim: zasada niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową (art. 12 TWE; dzisiaj: art. 18 TFUE) i zbudowane na niej, ale rozumiane dzisiaj szerzej, swobody przepływu (*free movements*) konstruuje rynek wewnętrzny.<sup>37</sup> Naruszenie „swobód przepływu” jest najczęstszym przypadkiem naruszenia przez stosowane lub zamierzone środki krajowe służące ochronie „innych przepisów prawa wspólnotowego”. Naruszenie swobody przepływu kapitału (*free movement of capital*) oznacza często równoczesne naruszenie swobody przedsiębiorczości (*right of establishment*). Komisja podkreśla niejednokrotnie, 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”.<sup>38</sup> Komisja 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”.<sup>39</sup> Sprzeczności z przepisami prawa UE, w tym swo-

<sup>34</sup> Zob.: pkt 57 dec. KE z 20.12.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 – *E.ON/Endesa*. Zob. także: pkt 49 dec. KE z 26.09.2006 r. sprawie COMP/M.4197 – *E.ON/Endesa*.

<sup>35</sup> Zob. wyroki ETS w sprawach: 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 *Conorzio Industrii 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.

<sup>36</sup> Zob.: pkt 57 dec. KE z 20.12.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 – *E.ON/Endesa*.

<sup>37</sup> Por.: dec. 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 swobodę przedsiębiorczości.

<sup>38</sup> Zob.: pkt 58 dec. KE z 20.12.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 – *E.ON/Endesa*.

<sup>39</sup> Zob. wyr. 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.

bodami konstruującymi rynek wewnętrzny, nie eliminuje zaakceptowanie przez przedsiębiorstwo przejmujące kontrolę (np. E.ON) nad spółką z innego państwa członkowskiego (np. Endesa) nałożonych nań warunków.<sup>40</sup>

### III. Dorobek decyzyjny i orzeczniczy – charakterystyka ogólna

16. Liczba postępowań w sprawach koncentracji, w których podjęte przez Komisję 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. Komisja klasyfikuje łącznie **osiem** spraw koncentracji jako sprawy rozstrzygnięte na podstawie art. 21 rozporządzenia o kontroli koncentracji przedsiębiorstw,<sup>41</sup> w tym na podstawie art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 – **pięć** (po jednej z lat 1995, 1997, 1999, 2000 i 2002), a na podstawie art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004 – **trzy** (dwie z 2006 r. i jedną z 2007 r.).<sup>42</sup> Klasyfikacja ta nie jest jednak wiarygodna. 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 roku 1997 i 2002. Nie odzwierciedla ona także faktycznej **skali rozważań odnoszących się do „uprawnionych interesów”** państw członkowskich UE, prowadzonych w postępowaniach w sprawach koncentracji. Faktycznie bowiem rozważania takie miały miejsce w ok. **15 postępowaniach**.<sup>43</sup>

17. Rozważania te prowadziły do różnego rodzaju działań Komisji, państw członkowskich i/lub uczestników koncentracji. Z tego względu działania te można podzielić na **trzy grupy**. Do pierwszej należą sprawy, w których Komisja wydała **decyzje stwierdzające naruszenie** przez państwo członkowskie przepisów art. 21 rozporządzenia w sprawie koncentracji, a niekiedy także występowała przeciwko państwu członkowskiemu (Portugali i Hiszpanii) na podstawie art. 226 TWE (dzisiaj: art. 258 TFUE). Na podstawie art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 Komisja interweniowała w ten spo-

---

<sup>40</sup> Zob.: pkt 59 dec. KE z 20.12.2006 r. w sprawie COM/M.4197 – *E.ON/Endesa*.

<sup>41</sup> Zob.: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>.

<sup>42</sup> R. Whish (*Competition Law*, Oxford 2009, s. 840) uważa za znamienne, że aż trzy z tych ośmiu zastosowań obrony klauzulą „interesu uprawnionego” miały miejsce w latach 2006–2007.

<sup>43</sup> Ich szczegółowej analizie, niemożliwej w tym artykule, dokonuję w: *Zgody szczególnie w prawie kontroli koncentracji*, op.cit.; zob. także: S. Dudzik, *Współpraca Komisji Europejskiej z organami ochrony konkurencji...*, op.cit., 131 i nast.

sób w sprawach koncentracji *BSCH/A. Champalimaud*<sup>44</sup> oraz *Cecil/Holderbank/Cimpor*;<sup>45</sup> tylko w jednym przypadku państwo członkowskie zaskarżyło taką decyzję do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.<sup>46</sup>

Na gruncie art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004 interwencja taka miała miejsce w sprawach *E.ON/Endesa* (dwukrotnie)<sup>47</sup> oraz *Enel/Acciona/Endesa*.<sup>48</sup> Do grupy drugiej należą postępowania w sprawach koncentracji *Lyonnaise des Eaux/Nurthumbrian Water*<sup>49</sup> i *EdF/London Electricity*,<sup>50</sup> w których Komisja wydała „formalne” **decyzje** na podstawie art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89, **niestwierdzające naruszenia** tego przepisu, lub sprawy, które nie kończyły się wydaniem formalnej decyzji; we wszystkich tych sprawach Komisja zaakceptowała prawo państw członkowskich do zastosowania środków ochrony ich „uprawnionych interesów”. Grupę trzecią stanowią postępowania w sprawach koncentracji, które zakończyły się zgodą na dokonanie owych koncentracji, wydaną na podstawie art. 6 ust. 1 lit. b) rozp. 4064/89 (*IBM France/CGI*,<sup>51</sup> *Newspaper publishing*<sup>52</sup> oraz *Sun Alliance/Royal Insurance*<sup>53</sup>) lub rozp. 139/2004 (*UniCredito/HVB*,<sup>54</sup> *Alterbetis/Autostrade*<sup>55</sup> oraz *NewsCorp/BSkyB*<sup>56</sup>); w niektórych z tych postępowań trwały zażarte spory między państwami członkowskimi a Komisją, przejawiające się w nakładaniu na państwa członkowskie określonych nakazów (np. wycofania podjętych środków) lub kierowaniu sprawy do Trybunału Sprawiedliwości albo zaskarżaniu decyzji Komisji

<sup>44</sup> Zob.: dec. KE z 20.07.1999 r. w sprawie IV/M.1616 – *BSCH/A. Champalimaud*.

<sup>45</sup> Zob.: dec. KE z 22.11.2000 r. w sprawie COMP/M.2054 – *Cecil/Holderbank/Cimpor*.

<sup>46</sup> Zob.: wyr. ETS w sprawie C-42/01 – *Portugalia v. Komisja* (Zb. Orz. 2004, s. I-6079). Zob. też: T. Mäkela, *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” no. 1/2005, s. 19 I d.; B. Rodger, *Case C-42/01 Portugal v. Commission, with adnotations*, „Common Market Law Review” no. 42(5)/2005, s. 1525–1527.

<sup>47</sup> Zob.: decyzje KE z 9.06.2006 r. i 20.12.2006 r. w sprawie No COMP/M.4197 – *E.ON/Endesa*.

<sup>48</sup> Zob.: dec. KE z 5.12.2007 r. w sprawie COMP/M.4685 – *Enel/Acciona/Endesa*.

<sup>49</sup> Zob.: dec. KE z 29.03.1995 r. w sprawie *Lyonnaise des Eaux/Nurthumbrian Water*, zwanej też sprawą *Water Industry Act UK*.

<sup>50</sup> Zob.: dec. KE z 27.01.1999 r. w sprawie IV/M.1346 – *EdF/London Electricity*.

<sup>51</sup> Zob.: dec. KE z 19.05.1993 r. w sprawie IV/M.332 – *IBM France/CGI*.

<sup>52</sup> Zob.: dec. Komisji z 14.04.1994 r. w sprawie IV/M.423 – *Newspaper Publishing*.

<sup>53</sup> Zob.: dec. KE z 18.06.1996 r. w sprawie IV/M.759 – *Sun Alliance/Royal Insurance*.

<sup>54</sup> Zob.: dec. KE z 18.10.2005 r. w sprawie COMP/M.3894 – *Unicredito/HVB*.

<sup>55</sup> Zob.: dec. KE z 22.09.2006 r. w sprawie COMP/M.4249 – *Aberis/Autostrade*. Postępowanie sądowe w tej sprawie zostało zamknięte postanowieniem sądu z 2.09.2010 r. w sprawie T-58/09 *Schemaventotto v. Commission* (Dz.Urz. UE 2010 C 288/78).<sup>56</sup> Zob.: dec. KE z 21.12.2010 r. w sprawie COMP/M.5932 – *NewsCorp/BskyB*.

do Trybunału Sprawiedliwości przez państwa członkowskie, niekiedy wycofywanym.<sup>57</sup>

18. Jak widać, ilościowy dorobek decyzyjny Komisji, odnoszący się do interwencji państw członkowskich w postępowania w sprawach koncentracji w celu ochrony ich „uprawnionych interesów”, jest raczej skromny. Z niewielkiej liczby 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 praktyczne.<sup>58</sup> Z dwoma wyjątkami, państwa członkowskie przekonały Komisję o legalności ich interwencji na bazie „uprawnionych interesów”. Tylko w sprawach koncentracji *BSCH/Champalimaud* oraz *Cecil/Holderbank/Cimpor*<sup>59</sup> Portugalii nie udało się formalnie zablokować tych koncentracji lub uzależnić zgody na ich dokonanie od spełnienia określonych warunków lub dodatkowych zobowiązań, w sytuacji, gdy Komisja 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 niż zgłoszony kształcie; Komisja odniosła więc tylko połowicze zwycięstwo.<sup>60</sup> Także pod rządami art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004 liczba interwencji państw członkowskich w postępowania w sprawach transgranicznych koncentracji o wymiarze unijnym nie była duża. Tylko w jednym przypadku (sprawa *NewsCorp/BSkyB*) państwo członkowskie (znowu Wielka Brytania) skutecznie uzasadniło dopuszczalność ochrony swych „uprawnionych interesów” w sektorze mediów. Inne „stare” (np. Hiszpania i Włochy) i „nowe” (np. Polska) kraje unijne podejmowały próby obrony przed zgodą Komisji 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 Komisji zawierająca zgodę na do-

<sup>57</sup> Zob.: wyr. ETS w sprawie C-196/07 *Komisja v. Hiszpania* (Zb. Orz. 2008, s. I-41); wyr. ETS w sprawie C-207/07 *Komisja v. Hiszpania* (Zb. Orz. 2008, s. I-111); skarga Polski na dec. KE z 18.10.2005 r. (sprawa T-41/06) została wycofana w 2008 r.

<sup>58</sup> Por.: L. Ritter, W.D. Braun, *European Competition Law: a Practitioner's Guide*, The Hague 2005, s. 532.

<sup>59</sup> Zob.: dec. 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.

<sup>60</sup> Zob.: S. Mohamed, *National interests limiting E.U. cross-border bank mergers*, „European Competition Law Review” 21(5)/2000, s. 256.

konanie koncentracji Unicredito/BHV, aczkolwiek Unicredito zgodził się ostatecznie na sprzedaż 200 z 438 oddziałów banku PBK niezależnemu nabywcy i zachowanie niezależność przez PBK, na czym zależało rządowi polskiemu.<sup>61</sup> Również w sprawie *Albertis/Autostrade* Komisja 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 autostradowych.<sup>62</sup> Mimo twardego i z reguły skutecznego oporu Komisji wobec nadużywania instytucji prawnej „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 firmę zagraniczną kontroli nad przedsiębiorstwami krajowymi działającymi w sektorach strategicznych (np. wydobywania surowców lub przesyłu energii) lub w środkach masowego przekazu (dla zapewnienia wolności słowa).

## IV. „Interesy uprawnione uznane” i inne

### 4.1. Bezpieczeństwo publiczne

**19. Bezpieczeństwo publiczne** (*public security*) należy do trzech „uprawnionych interesów” państw członkowskich, traktowanych w art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 i art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004 jako tzw. interesy uznane (*recognised interests*).<sup>63</sup> **Zakres dopuszczalności** interwencji w interesie „bezpieczeństwa publicznego” **zależy** w pierwszym rzędzie **od rozumienia tego interesu**. Ponieważ samo rozporządzenie go nie definiuje, można przyjąć, że jego interpretacja przez kraje unijne mogła być od początku stosunkowo najbardziej otwarta. Komisja, bojąc się szerokiej interpretacji tego pojęcia przez państwa członkowskie, 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 298 TWE; obecnie art. 346) dotyczącymi obrony narodowej,<sup>64</sup> które umożliwiają państwu członkowskiemu interwencję w postępowanie w sprawie koncentracji o wymiarze unijnym, która mogłaby być sprzeczna z istotnymi

---

<sup>61</sup> A. Zabłocka, *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](http://mikroekonomia.net/system/publication_files/329/original/24.pdf?1314952664).

<sup>62</sup> Zob.: Commission Press Release IP/07/1119, Brussels, 18.07.2007.

<sup>63</sup> Zob.: pkt 25 dec. Komisji z 20.12.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 – *E.ON/Endesa*.

<sup>64</sup> Zob. także: pierwsze zdanie motywu 19 rozp. 139/2004.

interesami jego bezpieczeństwa (*essential interests of its security*) w obszarze „produkcji i handlu bronią, amunicją i materiałem wojennym” (*arms, munitions and war material*). Przepis art. 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).<sup>65</sup>

**20.** Bezpieczeństwo publiczne jako „interes uprawniony” w rozumieniu art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 mogło więc być od początku interpretowane szerzej niż tylko jako obrona narodowa w rozumieniu ścisłym (*in the strict sense*). W świetle noty interpretacyjnej do rozp. 4064/898 Komisji jest oczywiste, że **obrona narodowa** (*national defence*), rozumiana jako bezpieczeństwo zewnętrzne, **mieści się niewątpliwie w kategorii bezpieczeństwa publicznego**,<sup>66</sup> chociaż jej nie wyczerpuje. Z wąskim rozumieniem „bezpieczeństwa publicznego” (jako obrony narodowej) mieliśmy do czynienia w sprawie koncentracji **IBM France/CGI**.<sup>67</sup> W wyniku tej koncentracji IBM przejął kontrolę nad francuską spółką publiczną CGI produkującą *software*. Rząd poinformował Komisję, że podjął odpowiednie środki wobec dwóch spółek zależnych CGI, które realizowały kontrakty dla francuskiego Ministerstwa Obrony, w celu ochrony francuskich „interesów uprawnionych” w sferze bezpieczeństwa publicznego.<sup>68</sup> Aspekty bezpieczeństwa publicznego<sup>69</sup> były rozważane jeszcze w sprawach koncentracji sektora zbrojeniowego.<sup>70</sup>

**21.** Jak wynika z noty interpretacyjnej do rozp. 4064/89, Komisja od początku dopuszczała dużo **szersze rozumienie** tej przesłanki, bazując na wykładni systemowej Trybunału Sprawiedliwości. W nocie tej stwierdziła m.in. wprost, że za „uprawniony interes” państwa członkowskiego można

<sup>65</sup> Zob.: Notes on Council Regulation (EEC) 4064/89, s. 24.

<sup>66</sup> Por.: C.J. Cook, C.S. Kerse, *E.C. Merger Control*, op.cit., s. 238–239.

<sup>67</sup> Dec. Komisji z 19.05.1993 r. w sprawie IV/M.332 – *IBM France/CGI*.

<sup>68</sup> Zob.: XXII Report on Competition Policy 1993, European Commission 1994, pkt 321, s. 197. Zob. także: C.J. Cook i C.S. Kerse, *EC Merger Control*, op.cit., s. 239; Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, eds. P. Roth, V. Rose, Oxford, 2008, s. 688; E.N. Varrona, A.F. Galarza, J.F. Crespo, J.B. Alonso, *Merger Control in the European Union. Law, Economics and Practice*, Oxford 2005, s. 413–415.

<sup>69</sup> M. Furse, *The Law of Merger Control...*, op.cit., s. 59.

<sup>70</sup> Zob. sprawy: *Thompson CSF/Racal Electronics plc* (2000) (DTI Press Release P/2000/401, 12.6.2000); *BAE Systems/Astrim/EADS* (DTI Press Release P/2002/732, 22.11.2002); dec. KE z 30.10.2002 r. w sprawie COMP/M.2938 – *SNPE/MBDA/JV*. Różne wątki bezpieczeństwa publicznego były rozważane na gruncie zarówno art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89, jak i art. 296 i 298 TWE (obecnie art. 346 i 348 TFUE) także w decyzjach KE: z 23.09.1996 r. w sprawie IV/M.820 – *British Aerospace/Lagardère*; z 29.08.1998 r. w sprawie IV/M.1258 – *GEC/Marconi/Alenia*; z 30.07.1997 r. w sprawie IV/M.877 – *Boeing/Mc Donnell Douglas* (O.J., L 336/16, 1997).

uznać także „bezpieczeństwo dostaw towarów i usług traktowanych jako żywotne lub istotne [vital or essential] dla ochrony zdrowia ludności danego kraju”.<sup>71</sup> W takim rozumieniu bezpieczeństwa publicznego mogłyby mieścić się np. dostawy energii wody (co zostało potwierdzone w sprawie *Lyonnaise des Eaux/Northumbrian Water*<sup>72</sup>) czy energii elektrycznej (ten interes publiczny rozważano m.in. w sprawie *London Electricity/EdF*<sup>73</sup>), ale także np. usługi transportowe (choć brak przykładowego przypadku).

**22.** Także w piśmiennictwie podkreślano, że rozumienie pojęcia „bezpieczeństwa publicznego” należy interpretować w świetle systemowej wykładni przepisów traktatowych, odnoszących się do różnych możliwych przejawów bezpieczeństwa i porządku publicznego czy ich zagrożeń. W grę wchodzi tu przede wszystkim przepisy ustanawiające wyłączenia spod reguł swobodnego przepływu towarów (art. 30 TWE<sup>74</sup>; obecnie art. 36 TFUE), który za względuy usprawiedliwiające ograniczenie tej swobody uznaje m.in. „moralność publiczną, porządek publiczny i bezpieczeństwo publiczne” oraz swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług (art. 46 ust. 1 TWE [obecnie art. 52 ust. 1 TFUE] i art. 54 TWE [obecnie art. 61 TFUE]), które to przepisy dopuszczają ograniczenie tych swobód ze względu na „porządek publiczny, bezpieczeństwo publiczne lub zdrowie publiczne”, ale także przepisy art. 224 TEWG (później 298 TWE; obecnie art. 347 TFUE), które przewidują konsultacje państw członkowskich w sytuacji, gdy konieczne jest podjęcie 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”.

**23.** 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 (*security*) w rozumieniu **zewnętrznego bezpieczeństwa wojskowego** (*external military security*), o którym mowa w obecnym art. 296 ust. 1 lit. b) TFUE (d. art. 258 TWE); pojęcia te mogą się częściowo pokrywać, ale nie są synonimami.<sup>75</sup> Po drugie, bezpieczeństwo publiczne w rozumieniu art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004 nie może też być utożsamione z **bezpieczeństwem**

<sup>71</sup> Zob.: Notes on Council Regulation (EEC) 4064/89, s. 25.

<sup>72</sup> Bezpieczeństwo dostaw wody rozważano jednak jako „inny interes uprawniony” w dec. KE z 29.03.1995 r. w sprawie M.567 *Lyonnaise des Eaux/Nurthumbrian Water*.

<sup>73</sup> Zob.: dec. KE w sprawie M.1346 *London Electricity/EdF* (1999).

<sup>74</sup> Zob.: wyr. ETS w sprawie 72/83 *Campus Oil* (Zb. Orz. 1984, s. 2727), pkt 34 i nast.

<sup>75</sup> Zob.: C.J. Cook i C.S. Kerse, *EC Merger Control*, op.cit., s. 238–239.

**wewnętrznym** (*internal security*), rozumianym jako zachowanie prawa i porządku w kraju, któremu – w rozumieniu art. 347 TFUE (d. art. 297 TWE) – mogą zagrażać „poważne zaburzenia wewnętrzne”; może je jednak obejmować.<sup>76</sup> Po trzecie, nie ma żadnych powodów, żeby nie uznać, że (zewnątrzne i wewnętrzne) bezpieczeństwo publiczne – jako uznany „interes uprawniony” – obejmuje także wartości spełniające przesłankę wyłączenia spod reguł swobodnego przepływu towarów (art. 36 TFUE), przedsiębiorczości (art. 46 TFUE) i usług (art. 61 TFUE). Skoro zatem ETS uznał np. w sprawie *Campus Oil*, że **bezpieczeństwo publiczne**, stanowiące względem usprawiedliwiający ograniczenie swobody przepływu towarów, **może obejmować także bezpieczeństwo dostaw** produktów lub usług, które mają fundamentalne znaczenie dla istnienia lub zachowania państwa członkowskiego,<sup>77</sup> to nie ma powodu, żeby nie mogło się ono mieścić w definicji bezpieczeństwa publicznego jako „uprawnionego interesu” państwa członkowskiego. Twierdzenie to nie stoi w sprzeczności z poglądem, że gdyby sądy unijne musiały wprost odnieść się do tej przesłanki i zakresu wyjątku od zasady wyłączności kompetencji Komisji w sprawach koncentracji, to zapewne interpretowałyby ją wąsko, zgodnie ze swoim restrykcyjnym podejściem do wszelkich wyłączeń czy wyjątków w prawie UE;<sup>78</sup> słusznie podkreśla się w literaturze, że art. 21 ust. 4 TFUE ma charakter węższy, ponieważ ogranicza się do postępowań w sprawach koncentracji oraz jest uzależnione od spełnienia zawartych w tym przepisie przesłanek ograniczających.<sup>79</sup>

**24.** Wreszcie, jak już podkreślano, 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. Zgodnie z uznanym orzecznictwem, wymogi bezpieczeństwa publicznego, jako podstawa derogacji spod fundamentalnych swobód przepływów, muszą być interpretowane wąsko (*strictly*), a zatem ich zakres nie może być określany jednostronnie przez państwa członkowskie bez kontroli instytucji unijnych.<sup>80</sup>

<sup>76</sup> Zob.: opinia adwokata generalnego Slynna w sprawie 72/83 *Campus Oil* (Zb. Orz. 1984, s. 2727, 2764).

<sup>77</sup> Zob.: wyrok ETS w sprawie 72/83 *Campus Oil* (Zb. Orz. 1984, s. 2727), pkt 34 i nast.

<sup>78</sup> Np. w sprawie C-265/95 *Commission v. France* (Zb. Orz. 1997, s. I-6959). Zob. także: C.J. Cook i C.S. Kerse, *EC Merger Control*, op.cit., s. 239. Tak również S. Dudzik, *Współpraca Komisji Europejskiej z organami ochrony konkurencji...*, op.cit., s. 134.

<sup>79</sup> Zob.: M. Furse, *The Law of Merger Control...*, op.cit., s. 59.

<sup>80</sup> Zob.: pkt 61 dec. Komisji z 20.12.2006 r. w sprawie No COMP/M.4197 – *E.ON/Endesa*.



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 a fundamental interest of society*).<sup>81</sup>

25. W przypadku sektora energetycznego Trybunał wielokrotnie uznał, że **środki konieczne dla zapewnienia minimalnego poziomu dostaw energii na wypadek kryzysu** mogą być objęte pojęciem bezpieczeństwa publicznego<sup>82</sup> i dopuszczone (gdy są proporcjonalne i niedyskryminacyjne) jako mniej ograniczające swobody gospodarcze niż zastrzeżenie własności publicznej przedsiębiorstw.<sup>83</sup> Mają również swoją legitymację w unijnych dyrektywach energetycznych, uprawniających do nakładania zobowiązań publicznych (*public service obligations*) i tworzących wspólne ramy polityki krajowych w celu i w zakresie zapewniania bezpieczeństwa publicznego w sektorze energetycznym.

26. Nie wiemy jednak do końca, czy taka interpretacja znajdzie potwierdzenie na gruncie art. 21 ust. 4139/2004. W dwóch ważnych postępowaniach w sprawach transgranicznych koncentracji o wymiarze unijnym, które dokonywały się w sektorze elektroenergetycznym, Komisja nie uznała bowiem, że interwencje rządu hiszpańskiego były oparte na „uprawnionym interesie” w zakresie bezpieczeństwa publicznego i spełniały wymogi proporcjonalności i niedyskryminacji. W obu decyzjach w sprawie *E.ON/Endesa*<sup>84</sup> i w decyzji w sprawie *Enel/Acciona/Endesa*<sup>85</sup> Komisja 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 hiszpański rząd. Trudno zatem ocenić, które z nakładanych na uczestników koncentracji warunków mogłyby zostać dopuszczone, gdyby były proporcjonalne i niedyskryminacyjne.

<sup>81</sup> Ibidem; zob. także: wyroki ETS w sprawach: C-503/99 *Komisja v. Belgia* (Zb. Orz. 2002, s. I-4809), pkt 47; C-483/99 *Komisja v. Francja* (Zb. Orz. 2002, s. 4781), pkt 48; C-463/00 *Komisja v. Hiszpania* (ECR 2003, s. I-4581), pkt 72.

<sup>82</sup> Zob.: wyroki ETS w sprawach: C-503/99 *Komisja v. Belgia* (Zb. Orz. 2002, s. I-4809), pkt 46 i 48; C-463/00 *Komisja v. Hiszpania* (ECR 2003, s. I-4581), pkt 34 i nast.

<sup>83</sup> Zob.: wyr. ETS w sprawie C-503/99 *Komisja v. Belgia* (Zb. Orz. 2002, s. I-4809), pkt 49.

<sup>84</sup> Zob.: decyzje KE z 26.09.2006 r. i 20.12.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 – *E.ON/Endesa*.

<sup>85</sup> Zob.: dec. KE z 5.12.2007 r. w sprawie COMP/M.4685 – *Enel/Acciona/Endesa*. Zob. także: XXXVII Report on Competition Policy, European Commission 2008, pkt 11, s. 12

## 4.2. Pluralizm mediów

27. Drugim z trzech „uprawnionych interesów”, które państwa członkowskie mogą chronić za pomocą odpowiednich środków w przypadku transgranicznych koncentracji o wymiarze unijnym, był od początku (art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89) i jest obecnie (art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004) **pluralizm mediów** (*plurality of the media*). Już w 1989 r. Rada uznała zatem, że wprowadzenie 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, która jednoznacznie stwierdza, że „[p]rawo państw członkowskich do ochrony »pluralizmu mediów« uznaje za ich interes [concern] »uprawniony« zachowanie zróżnicowanych źródeł informacji dla zapewnienia różnorodności opinii i wielości poglądów”.<sup>86</sup> 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 członkowskich.<sup>87</sup> Sformułowany przed dziesięcioma laty pogląd, że problemy z oceną odpowiednich środków podejmowanych przez państwa członkowskie w celu zapewnienia pluralizmu mediów będą się nasilać w dobie oligopolizacji rynków medialnych i ekonomizacji standardów ochrony konkurencji,<sup>88</sup> pozostaje wciąż, a nawet jeszcze bardziej niż dotąd, aktualny.<sup>89</sup>

29. W praktyce przepis art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 znalazł zastosowanie **tylko raz**.<sup>90</sup> W 1994 r. Komisja oceniała zamiar koncentracji polegającej na przejęciu przez konsorcjum międzynarodowe kontroli nad brytyjską spółką Newspaper Publishing, m.in. wydającą gazetę „The Independent” (sprawa **Newspaper Publishing**). Komisja wyraziła zgodę na jej dokonanie,<sup>91</sup> uznając jednocześnie, że zgodnie z art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 do kompetencji władz brytyjskich należała ocena „prawidłowości prezentacji

<sup>86</sup> Zob.: Notes on Council Regulation (EEC) 4064/89, s. 25.

<sup>87</sup> Zob.: M. Furse, *The Law of Merger Control...*, op.cit., s. 59.

<sup>88</sup> Por.: C.J. Cook i C.S. Kerse, *EC Merger Control*, op.cit., s. 240.

<sup>89</sup> Zob. szerzej: E.D. Sage, *Polityka audiowizualna Unii Europejskiej w: Polityki Unii Europejskiej: Polityki sektorów infrastrukturalnych. Aspekty prawne*, red. A. Jurkowska, T. Skoczny, Warszawa 2011, s. 216 i nast.

<sup>90</sup> Kontekst konieczności zapewnienia „pluralizmu w mediach” wystąpił także w decyzjach KE: z 9.11.1994 r. w sprawie IV/M.469 – *MSG Media Service* (O.J., L 3641, 1994); z 26.06.1997 r. w sprawie IV/M.890 – *Blokker/Toys ,R’ Us* (O.J., L 316/1, 1998); z 27.05.1998 r. w sprawie IV/M.993 – *Bertelsmann/Kirch/Première* (O.J. L 53/1, 1999).

<sup>91</sup> Zob.: dec. KE z 14.04.1994 r. w sprawie IV/M.423 – *Newspaper Publishing (PI/EE/Mirror/Newspaper publishing)*.

wiadomości oraz realizacji swobody wypowiedzi”; w związku z tym to właśnie brytyjski sekretarz stanu musiał wydać formalną zgodę na dokonanie tej koncentracji na podstawie obowiązujących wówczas przepisów o kontroli koncentracji mediów, zawartych w brytyjskiej ustawie o uczciwym handlu (Fair Trading Act 1973). Ponieważ władze brytyjskie dokonały oceny tej koncentracji według kryteriów pozakonkurencyjnych (*non-competition factors*), zgodnie z ww. oczekiwaniami Komisji, nie podejmowała ona żadnych innych kroków tej sprawie.

**30.** 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 – w sprawie **NewsCorp/BSkyB**. Komisja uznała zgłoszoną koncentrację za zgodną z rynkiem wewnętrznym, bazując na przesłankach testu konkurencji,<sup>92</sup> uznając prawo do dokonania oceny tej koncentracji przez władze brytyjskie według testu pluralizmu; obie te oceny są bowiem niezależne od siebie. Zgodnie z art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004, władze brytyjskie poddały zgłoszoną koncentrację ocenie na podstawie brytyjskiego prawa kontroli koncentracji medialnych. Zgodnie z tym prawem sekretarz stanu ds. biznesu, innowacji i kwalifikacji (sekretarz stanu) może ingerować w koncentracje spółek prasowych i/lub radiowo-telewizyjnych ze względu na interes publiczny, w drodze wydania tzw. postanowienia o interwencji europejskiej; sekretarz stanu wydał takie postanowienie w omawianej sprawie.<sup>93</sup> Zgodnie z art. 58 Ustawy o przedsiębiorstwie (*Enterprise Act*) postanowienie to nałożyło na władze brytyjskie obowiązek zbadania, czy zaproponowana transakcja działa lub może działać wbrew interesowi publicznemu wyrażającemu się w wystarczającym pluralizmie osób sprawujących kontrolę nad przedsiębiorstwami medialnymi.

Inaczej niż w przypadku kontroli koncentracji na podstawie testu konkurencji, ocena koncentracji pod względem zachowania pluralizmu mediów odzwierciedla kluczową rolę, jaką media pełnią w demokracji, i obejmuje rozważania w szerszym kontekście, czy ilość, znaczenie i różnorodność osób sprawujących kontrolę jest wystarczająca. Ocena interesu publicznego w mediach radiowo-telewizyjnych i mediów wykorzystujących różne środki przekazu (*broadcasting and cross media public interest considerations*) obejmuje:

---

<sup>92</sup> Zob.: dec. KE z 21.12.2010 r. w sprawie COMP/M.5932 – *NewsCorp/BskyB*.

<sup>93</sup> European Intervention Notice given pursuant to section 67 of Enterprise Act 2002 – anticipated acquisition of British Sky Broadcasting plc by News Corporation. Jest ono dostępne na: <http://www.bis.gov.uk/assets/biscore/business-law/docs/b/bsky-intervention-notice-nov-2010.pdf>.

- 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 nastawiony na szeroką różnorodność gustów i interesów,
- c) potrzebę zapewnienia, żeby osoby władające przedsiębiorstwami medialnymi i kontrolujące je dawały rzeczywistą gwarancję osiągnięcia celów jakościowych określonych w art. 319 Ustawy o łączności z 2003 r. (np. bezstronności wiadomości, smaku i przyzwoitości).<sup>94</sup>

### 4.3. Reguły ostrożnościowe

**31.** Reguły ostrożnościowe (*prudential rules*) zostały uznane w art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 i w art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004 za trzeci *ex lege* „uprawniony interes” państw członkowskich UE. W nocie interpretacyjnej do rozp. 4064/89 Komisja wyraźnie stwierdziła, że reguły te odnoszą się „w szczególności do usług finansowych”, że ich stosowanie „jest normalnie powierzone podmiotom nadzorującym banki, firmy maklerskie i towarzystwa ubezpieczeniowe” i że mają gwarantować „przykładowo dobrą reputację osób fizycznych [zarządzających tymi instytucjami], przejrzystość dokonywanych przez nie transakcji, wypłacalność instytucji finansowych”.<sup>95</sup> W świetle tej interpretacji było od początku jasne, że władze krajowe mogą np. zapobiec przejęciu banku przez firmę, która nie spełnia wymogów wypłacalności kapitałowej.<sup>96</sup> Już wtedy Komisja podkreśliła także, że te „szczególne reguły ostrożnościowe są też przedmiotem wysiłków nacelowanych na minimalny poziom harmonizacji, podejmowanych dla zapewnienia jednolitych reguł gry w całej Wspólnocie”.<sup>97</sup>

**32.** Pierwszym przypadkiem skorzystania z możliwości stworzonej w art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 była sprawa koncentracji **Sun Alliance/Royal Insurance**, polegającej na całkowitym połączenia dwóch brytyj-

<sup>94</sup> Ibidem. Zob.: Ofcom guidance for the public interest for media mergers, pkt 17.

<sup>95</sup> Zob.: Notes on Council Regulation (EEC) 4064/89, s.25. Zob. też: dec. KE z 23.07.1999 r. w sprawie IV/M.1616 BSCH/A. *Champalimaud*.

<sup>96</sup> Por.: G.Monti, *European Community Law of Competition*, Cambridge University Press, Cambridge 2007, s. 689.

<sup>97</sup> Zob.: Notes on Council Regulation (EEC) 4064/89, s. 25.

skich – acz działających globalnie – przedsiębiorstw ubezpieczeniowych. Komisja wyraziła zgodę na dokonanie tej koncentracji.<sup>98</sup> W swej decyzji stwierdziła także wprost, że – niezależnie od jej oceny zamierzonej koncentracji na bazie testu konkurencji – władze brytyjskie mają prawo poddać tę koncentrację badaniu na podstawie krajowego ustawodawstwa ubezpieczeniowego, służącego ochronie interesów ubezpieczonych,<sup>99</sup> w zakresie stopnia spełniania wymogów stawianych zarządzającym towarzystwami ubezpieczeniowymi. W świetle tego ustawodawstwa wszelkie zmiany w rozkładzie kontroli w sektorze ubezpieczeń wymagają zgody i podlegają nadzorowi organów nadzoru ubezpieczeniowego (Departamentu Handlu i Przemysłu) w interesie ubezpieczonych. W sytuacji, gdy taka zmiana ma nastąpić, wspomniany organ 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*). Przeprowadzając testy, władze brytyjskie powinny jednak pozostawać w stałym kontakcie z Komisją Europejską.<sup>100</sup>

**33.** 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 zakres i znaczenie regulacji unijnej. Komisja twardo sprzeciwia się stosowaniu tego przepisu do chronienia przez państwa członkowskie własnych interesów konkurencyjnych (pozycji rynkowej ich instytucji finansowych).<sup>101</sup> Pierwszym przejawem tego stanowiska była decyzja w sprawie *BSCH/A. Champalimand*, w której Komisja skutecznie oparła się próbie zablokowania przez rząd portugalski przejęcia przez hiszpański bank (BSCH) kontroli nad portugalskim przedsiębiorcą działającym w sektorze bankowym i ubezpieczeniowym (A. Champalimand), mimo że portugalski minister finansów dwukrotnie powoływał się na reguły ostrożnościowe

---

<sup>98</sup> Zob.: dec. KE z 18.06.1996 r. w sprawie IV/M.759 – *Sun Alliance/Royal Insurance*. Zob. także: XXVI Report on Competition Policy 1996, European Commission 1997, pkt 156, s. 67. Zob. także: C.J. Cook i C.S. Kerse, *EC Merger Control*, op.cit., s. 242.

<sup>99</sup> Zob. także: C.J. Cook i C.S. Kerse, *EC Merger Control*, op.cit., s. 240; M. Furse, *The Law of Merger Control...*, op.cit., s. 60.

<sup>100</sup> Zob.: dec. KE z 18.06.1996 r. w sprawie IV/M.759 – *Sun Alliance/Royal Insurance*, pkt 17. Zob. także: E.N. Varrona, A.F. Galarza, J.F. Crespo, J.B. Alonso, *Merger Control in the European Union*, op.cit., s. 414.

<sup>101</sup> Zob. także: S. Mohamed, *National Interests Limiting EU Cross-Border Bank Mergers*, op.cit., s. 248; J. Dermince, *Bank mergers in Europe. The Public Policy Issues*, „Journal of Common Market Studies” 38(3)/2000, s. 409.

wymienione *explicite* w art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89.<sup>102</sup> Komisja uznała, że wcale nie „ostrożnościowe” zastrzeżenia wobec jednego z uczestników koncentracji, lecz zamiar niedopuszczenia do przejścia przez hiszpańską grupę bankową kontroli nad portugalskim towarzystwem ubezpieczeniowym stanowił rzeczywisty – niegodny z prawem wspólnotowym – cel działań rządu.<sup>103</sup> Inaczej mówiąc, Komisja uznała, że środki zastosowane przez Portugalię nie podlegały wyłączeniu *ex lege* w świetle art. 21 ust. 4 akapit drugi rozp. 139/2004. Ponadto zdaniem Komisji zastosowane przez Portugalię środki nie spełniały wymogów zgodności z zasadami ogólnymi i innymi przepisami prawa UE.

**34.** Najnowszym przejawem twardego stanowiska Komisji w zakresie korzystania z reguł ostrożnościowych jako „interesów uprawnionych” państwa członkowskiego była sprawa koncentracji Unicredito/Bayerische Hypo- und Vereinsbank (*Unicredito/BHV*), obejmującej m.in. połączenie polskich banków PKO S.A. i BPH S.A. Komisja wydała zgodę na dokonanie tej transgranicznej koncentracji o wymiarze unijnym.<sup>104</sup> Polski minister skarbu zażądał jednak od włoskiego Unicredito Italiano sprzedaży nabytych w wyniku tej koncentracji akcji BPH, z tego powodu, że nabywając wcześniej inny polski bank (PKO S.A.), naruszył zawartą w umowie prywatyzacyjnej klauzulę niekonkurowania (*non-competition clause*), której celem była – zdaniem polskiego rządu – „ochrona konkurencji na polskich rynkach usług finansowych i bankowych”.<sup>105</sup> Zdaniem Komisji uzasadnienie to naruszyło art. 21 rozp. 139/2004 zarówno co do tego, że ocena transgranicznych koncentracji o wymiarze unijnym ze względu na warunki konkurencji należy do wyłącznej kompetencji Komisji, jak i co do tego, że polskie władze nie wskazały żadnych akceptowalnych „interesów uprawnionych”, w tym nie powołały się na reguły ostrożnościowe.<sup>106</sup>

<sup>102</sup> Por.: dec. KE z 20.07.1999 r. w sprawie IV/M.1616 *BSCH/A. Champalimaud*. Zob. szerzej: XXIX Report of Competition Policy. European Commission, Brussel 2000, pkt 194–196.

<sup>103</sup> Por. także: S. Mohamed, *National Interests Limiting EU Cross-border Mergers*, op.cit., s. 248.

<sup>104</sup> Zob.: Commission Press Release IP/05/1299, 18.10.2005.

<sup>105</sup> Zob.: EC Commission Press Release IP/06/277, 8.3.2006. Zob. także: M. Furse, *The Law of Merger Control...*, op.cit., s. 60.

<sup>106</sup> Zob.: Commission Press Release IP/06/277, Brussels, 8.03.2006. Zob. także: Commission Press Release IP/06/276, Brussels, 8.03.2006. Stanowisko takie zostało wielokrotnie wyrażone również w literaturze, zob.: G. Monti, *European Community Law of Competition*, op.cit., s. 305; *Competition Policy and Merger Analysis w: Deregulated and Newly Competitive Industries*, ed. P.C. Carstensen, S.B. Farmer, Edward Elgar Publ. Ltd. 2008, s. 199–201.

#### 4.4. „Inne interesy uprawnione”

35. Przepisy 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**”. Ani z obu 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 bardzo rzadkiej praktyki stosowana tych przepisów niektórzy autorzy zdają się wyciągać wnioski, że w grę mogą wchodzić tylko interesy publiczne, związane z regulacją sektorową, których nie można zrealizować w drodze regulacji działalności przedsiębiorstw powstałych w wyniku koncentracji.<sup>107</sup> 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. – spraw *Lyonnaise/Northumbrian Water* oraz *EdF/London Electricity*.

36. Zdaniem Wielkiej Brytanii i Komisji interesem takim jest **zapewnienie dostaw wody**. W sprawie *Lyonnaise/Northumbrian Water*<sup>108</sup> Komisja zaakceptowała bowiem prawo władz brytyjskich do regulowania działalności spółek zaopatrzenia w wodę, a w konsekwencji do równoległego – do oceny Komisji – zbadania<sup>109</sup> zamierzonego wrogiego przejęcia przez Lyonnaise des Eaux (Francja) kontroli nad brytyjskim dostawcą wody Nurthumbrian Water,<sup>110</sup> w świetle interesu publicznego polegającego na zapewnieniu dostaw wody na warunkach korzystnych dla konsumentów. Transakcja ta mogła utrudnić regulatorowi sektorowemu (OFWAT) skuteczną regulację w ten sposób, że uniemożliwiłaby mu dokonywanie porównawczych kalkulacji kosztów i cen dostawy wody. Na skutek tej transakcji potrzebna do tego ilość prywatnych (niezależnych) dostawców wody byłaby niewystarczająca. W konsekwencji, gdyby taka koncentracja miała wymiar wspólnotowy, KE nie mogłaby wyrazić na nią zgody, nawet wtedy, gdyby nie prowadziła ona do ograniczenia konkurencji, gdyż np. umożliwiłaby redukcję kosztów. Wkrótce po decyzji Komisji OFWAT skierował

<sup>107</sup> Zob.: M. Furse, *The Law of Merger Control...*, op.cit., s. 61.

<sup>108</sup> Zob.: dec. KE z 29.03.1995 r. w sprawie IV/M.567 – *Lyonnaise/Northumbrian Water*.

<sup>109</sup> Zob. szerzej: XXV Report on Competition Policy 1995, European Commission 1996, pkt 145, s. 66–67. Zob. także: C.J. Cook i C.S. Kerse, *EC Merger Control*, op.cit., s. 242; E.N. Varrona, A.F. Galarza, J.F. Crespo, J.B. Alonso, *Merger Control in the European Union*, op.cit., s. 414–415; A. Jones, B. Surfin, *EC Competition Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford 2008, s. 986.

<sup>110</sup> Por. szerzej: Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, s. 690.

sprawę do Komisji Monopoli i Fuzji Monopoli i Fuzji (Monopolies and Mergers Commission), która uznała ją za sprzeczną z interesem publicznym, chyba że zostaną osiągnięte istotne redukcje cen dla konsumentów.<sup>111</sup> W wyniku negocjacji między OFWAT a Lyonnaise des Eaux ustanowiono specjalny system kontroli cen.<sup>112</sup> Koncentracja ta została też zgłoszona Komisji i uzyskała jej zgodę. Ostatecznie dopuszczono ją decyzją brytyjskiego sekretarza stanu.

**37.** Prymat regulacyjnego interesu publicznego znalazł swoje potwierdzenie także w sprawie *EdF/London Electricity*,<sup>113</sup> w której Komisja 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 (OFEL) zadań organu regulacyjnego elektroenergetyki nie wymagało interwencji w postępowanie w sprawie koncentracji. Regulacja ta mogła bowiem być prowadzona także w otoczeniu prokoncentracyjnym.

**38.** Z praktyki decyzyjnej Komisji można czasem wywieść, jakiego rodzaju interesy publiczne nie mogą zostać uznane za „inne interesy uprawnione”. W obu próbach rządu portugalskiego skorzystania z art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 Komisja stwierdziła m.in. brak zgłoszenia jej „innych interesów uprawnionych”. Nie uznała za środki służące ochronie „innych uprawnionych interesów” następujących warunków nałożonych przez hiszpańskiego regulatora energetycznego (NEC) na strony koncentracji *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 należące do Endesa elektrownie pewnej ilości węgla krajowego, (5) obowiązku zachowania w strukturze grupy Endesa wyspowych i niekontynentalnych aktywów systemu elektroenergetycznego.<sup>114</sup>

**39.** Odpowiedź na pytanie, jakie „inne interesy uprawnione” Komisja byłaby skłonna zaakceptować, nie jest więc łatwa. Na gruncie cech wyróżniających „interes uprawnione” nie ulega jednak wątpliwości, że takim innym interesem publicznym **nie może być**:

<sup>111</sup> 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, [http://www.competition-commission.org.uk/rep/pub\\_reports/1995/fulltext/368c1.pdf](http://www.competition-commission.org.uk/rep/pub_reports/1995/fulltext/368c1.pdf) [dostęp 7.10.2011].

<sup>112</sup> XXV Report on Competition Policy 1995, European Commission 1996, pkt 145, s. 66–67. Zob. także: R. Whish, *Competition Law*, op.cit., s. 840–841.

<sup>113</sup> Zob.: dec. KE z 19.01.1999 r. w sprawie *EdF/London Electricity*.

<sup>114</sup> Zob. także: Commission Press Release IP/07/1858, 5.12.2007.



- a) „interes dotyczący konkurencji”, jako że w tym zakresie Komisja ma wyłączność ich oceny;<sup>115</sup> znalazło to swoje potwierdzenie w sprawie *Unicredito/BHV*, gdzie wyraźnie stwierdzono, że musi to być „*interes inny niż te, które są brane pod uwagę w rozporządzeniu*”. Oznacza to, 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 Komisja musi je też uwzględniać w ramach testu konkurencji (SIEC);<sup>116</sup>
- b) interes, który nie jest interesem publicznym; państwo członkowskie nie może więc oczekiwać, że Komisja uzna za „interes uprawniony” potrzebę utrzymania przez aktualny zarząd kontroli nad przedsiębiorstwem;<sup>117</sup>
- c) interes sprzeczny z zasadami ogólnymi oraz innymi przepisami prawa UE, co nie wymaga raczej stwierdzenia (*hardly needs stating*),<sup>118</sup> bo wynika wprost z przepisów art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 i art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004.

## **V. Uwarunkowania kompetencyjne i proceduralne uwzględniania „uprawnionych interesów” państw członkowskich w postępowaniach w sprawach koncentracji**

**40.** Przepisy art. 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”, o których mowa w tych przepisach. W obu przypadkach państwo członkowskie jest uprawnione do skorzystania z ochrony tych interesów w drodze zablokowania koncentracji transgranicznej, na którą Komisja wyraziła lub wyrazi zgodę, lub uzależnienia dokonania takiej koncentracji od spełnienia określonych warunków; działania te podejmowane są na szczeblu państwa członkowskiego. W obu przypadkach Komisja musi zaakceptować interwencję pub-

---

<sup>115</sup> Zob.: M. Furse, *The Law of Merger Control...*, op.cit., s. 61.

<sup>116</sup> Zob.: C.J. Cook i C.S. Kerse, *EC Merger Control*, op.cit., s. 241.

<sup>117</sup> Ibidem.

<sup>118</sup> Ibidem, s. 242.

liczną państwa członkowskiego, o ile spełnione są przesłanki określone w przepisach. Komisja ma też prawo kontroli, czy państwo członkowskie przestrzega tych przesłanek. Jeżeli tego nie czyni, jego interwencja jest nieskuteczna (zgoda Komisji na dokonanie danej koncentracji pozostaje w mocy), a Komisja może wystąpić przeciw państwu członkowskiemu do Trybunału Sprawiedliwości z powodu naruszenia 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]). Te reguły kompetencyjne nie są jednak zawsze akceptowane przez państwa członkowskie. Dotyczy to zarówno reżimu ochrony jednego z trzech interesów uznanych *explicite* za „interesy uprawnione”, jak i reżimu ochrony tzw. innych interesów uprawnionych, które formalnoprawnym warunkiem jest poddanie zamierzonych środków prewencyjnej kontroli Komisji.

**41. W reżimie stworzonym dla trzech interesów uznanych** państwa członkowskie mają prawo podjąć środki krajowe bez występowania do Komisji o ich ocenę czy wydania przez nią wcześniejszej zgody.<sup>119</sup> Opartą na tych „uprawnionych interesach” interwencję państwa członkowskiego Komisja musi zaakceptować. Ma ona jednak (ale też tylko) prawo zbadania, czy zastosowane przez państwo członkowskie środki rzeczywiście (*genuinely*) służą realizacji któregoś z trzech nazwanych „interesów uprawnionych”,<sup>120</sup> tj. ochronie „*bezpieczeństwa publicznego, pluralizmu 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. Komisja może także skorzystać z przysługującego jej prawa wystąpienia przeciwko państwu członkowskiemu do Trybunału Sprawiedliwości na podstawie art. 258 TFUE (d. 226 TWE).

**42. W reżimie ochrony interesów uznanych (*recognised interests*)**, w którym państwo członkowskie nie ma formalnego obowiązku informowania Komisji o zamiarze podjęcia środków krajowych, a zatem nie musi uzyskać przed ich podjęciem zgody Komisji,<sup>121</sup> zakres kontroli dopuszczalności interwencji państwa członkowskiego opartej na którymkolwiek z tych interesów nie jest wielki. Kontrola taka nie jest jednak także wykluczona. Dla

<sup>119</sup> Znajduje to wyraźne potwierdzenie w praktyce decyzyjnej Komisji na podstawie art. 21 rozp. 139/2004. Zob. np.: pkt 23 dec. KE z 26.09.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 – *E.ON/Endesa*; pkt 25 dec. KE z 20.12.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 – *E.ON/Endesa*; pkt 23 dec. KE z 5.12.2007 r. w sprawie COMP/M.4685 – *Enel/Acciona/Endesa*.

<sup>120</sup> Zob.: pkt 23 dec. KE z 26.09.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 – *E.ON/Endesa*; pkt 25 dec. KE z 20.12.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 – *E.ON/Endesa*; pkt 23 dec. KE z 5.12.2007 r. w sprawie COMP/M.4685 – *Enel/Acciona/Endesa*.

<sup>121</sup> Zob.: pkt 23 dec. Komisji z 26.09.2006 r. sprawie COMP/M.4197 – *E.ON/Endesa*.

zapewnienia *effet utile* art. 21 ust. 3 rozp. 139/2004 w zw. z art. 4 ust. 3 TUE (d. art. 10 TWE) – zobowiązanie lojalnej współpracy – Komisja 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”.<sup>122</sup> Jeżeli wątpliwości takie mają miejsce, stanowi to samo w sobie naruszenie obowiązków zgłoszenia i wstrzymania się od podjęcia takich środków (*communication and stand-still obligations*), o których mowa w art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 lub art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004.<sup>123</sup> Naruszenie przez państwo członkowskie obowiązków zgłoszenia i powstrzymania się od podjęcia środków krajowych, także w przypadku powołania się na interesy uznane,<sup>124</sup> „nie pozbawia jednakże Komisji prawa oceny” tych środków w zakresie zgodności z prawem UE, w szczególności, czy są „konieczne i proporcjonalne dla ochrony interesu kompatybilnego z prawem wspólnotowym” i czy „nie stanowią naruszenia zasad ogólnych i innych przepisów prawa wspólnotowego”.<sup>125</sup> Uprawnienie to zostało w pełni potwierdzone przez Trybunał Sprawiedliwości.<sup>126</sup>

43. Drugi z ww. reżimów (stworzony dla „innych uprawnionych interesów” publicznych, niezwiązanych z konkurencją [*non-competition interests*]) bazuje na obowiązku uprzedniego powiadomienia (*communication*) Komisji przez państwo członkowskie o środkach mających je chronić oraz na zakazie podejmowania zamierzonych środków ochronnych, dopóki Komisja nie udzieli na to zgody (*standstill clause*). Rozstrzygające znaczenie ma zatem odpowiedź na pytanie, czy środek krajowy,

<sup>122</sup> Zob.: pkt 25 dec. Komisji z 5.12.2007 r. w sprawie COMP/M.4685 – *Enel/Acciona/Endesa*; pkt 25 dec. Komisji z 26.09.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 – *E.ON/Endesa*; pkt 27 dec. Komisji z 20.12.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 – *E.ON/Endesa*. Takie samo stanowisko Komisja zajmowała także na gruncie art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89; zob: dec. Komisji z 20.07.1999 r. w sprawie M.1616 – *BSCH/Champalimaud* (interim measures), pkt 65–67. Zob. również: S. Dudzik, *Współpraca Komisji Europejskiej z organami ochrony konkurencji...*, op.cit., s. 145.

<sup>123</sup> Zob.: pkt 53 dec. KE z 20.12.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 – *E.ON/Endesa*; pkt 23 dec. KE z 5.12.2007 r. w sprawie COMP/M.4685 – *Enel/Acciona/Endesa*.

<sup>124</sup> Tak było np. wyraźnie w sprawie COMP/M.4685 – *Enel/Acciona/Endesa* (zob.: pkt 38).

<sup>125</sup> Zob.: pkt 56 dec. KE z 20.12.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 – *E.ON/Endesa*; pkt 37 dec. KE z 5.12.2007 r. w sprawie COMP/M.4685 – *Enel/Acciona/Endesa*.

<sup>126</sup> Zob.: wyr. ETS w sprawie C-42/01 *Portugalia v. Komisja* (Zb. Orz. 2004, s. I-6079).

służący ochronie „innych uprawnionych interesów” państwa członkowskiego, został zgłoszony Komisji, zanim podjęto działania służące jego realizacji. Jest to **warunek sine qua non uznania** przez Komisję **tych interesów za „interesy uprawnione”**. Komisja może jednak także odmówić ich uznania za uprawnione, wydając decyzję stwierdzającą naruszenie art. 21 rozp. 139/2004 i żądającą odstąpienia od nich (ich wycofania). Tak np. w całej swej dotychczasowej praktyce decyzyjnej Komisja 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*).<sup>127</sup>

44. Z powyższych rozważań wynika, że art. 21 ust. 3 rozp. 4064/89 i art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004 przewidują **dwie procedury** działań państw członkowskich i ich akceptacji przez Komisję. Pierwsza dotyczy zastosowania środka krajowego dla ochrony jednego z trzech uznanych „uprawnionych interesów” publicznych i jest zwana w literaturze procedurą działań państw członkowskich (*Member States' action*<sup>128</sup>). Druga, zwana procedurą uznania (*recognition procedure*<sup>129</sup>), odnosi się do uznania przez Komisję za „interes uprawniony” innych interesów publicznych.

45. **Procedura działań państw członkowskich służących ochronie ich interesów uznanych** może się rozpocząć i skończyć 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 uprawnienia.<sup>130</sup> Komisja uznała jednak, że skoro przepisy te mówią o krajowych środkach właściwych, nie mogą to być dowolne środki. Przeciwnie, od państw członkowskich można oczekiwać „*obiektywności i proporcjonalności*” (*objectivity and proportionality*).<sup>131</sup> W praktyce decyzyjnej Komisja wielokrotnie formułowała swoje oczekiwanie, że państwa członkowskie będą informowały ją

<sup>127</sup> Zob.: pkt 54 dec. KE z 20.12.2006 r. w sprawie COMP/M.4197 – *E.ON/Endesa*; pkt 37 dec. KE z 5.12.2007 r. w sprawie COMP/M.4685 – *Enel/Acciona/Endesa*.

<sup>128</sup> Zob.: C.J Cook, C.S. Kerse, *EC Merger Control*, op.cit., s. 243.

<sup>129</sup> Ibidem.

<sup>130</sup> 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. też: C.J Cook, C.S. Kerse, *EC Merger Control*, op.cit., s. 243.

<sup>131</sup> Zob.: C.J Cook, C.S. Kerse, *EC Merger Control*, op.cit., s. 243.

o rozważanych jako „środki właściwe” warunkach, które mają być dołączone do decyzji.<sup>132</sup>

**46. Procedura uznania innych interesów publicznych za „interesy uprawnione”** rozpoczyna się od zgłoszenia do Komisji danego środka ochronnego i powstrzymania się od jego podjęcia do czasu wydania przez Komisję stosownej decyzji. W tym przypadku przepisy wyraźnie określiły termin wydania 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 formalnych. Richard Whish uznał to za dziwne.<sup>133</sup> C.J. Cook i C.S. Kerse uznali więc, 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 wszakże, że „interes uprawniony” będzie wystarczająco jasno zdefiniowany.<sup>134</sup> 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 Fuzji.<sup>135</sup>

## VI. Podsumowanie i wnioski

**47.** Instytucja prawna „uprawnionych interesów” państw członkowskich nie należy do zbyt często stosowanych w postępowaniach w sprawach transgranicznych koncentracji o wymiarze unijnym. Granice dopuszczalności interwencji opartej na art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004 są już jednak stosunkowo dobrze rozpoznane. Polska przekonała się o tym wyraźnie w sprawie koncentracji Unicredito/BHV. Nie ulega wątpliwości, że interwencja taka może być skuteczna przede wszystkim na podstawie „uprawnionych interesów”, uznanych za takie *explicite* – bezpieczeństwa publicznego (w tym bezpieczeństwa dostaw energii), pluralizmu mediów i reguł ostrożnościowych; żeby Komisja musiała ją zaakceptować, nie mogą jednak

---

<sup>132</sup> Zob. np.: dec. Komisji z 14.04.1994 r. w sprawie IV/M.423 – *Newspaper Publishing (PI/EE/Mirror/Newspaper publishing)*.

<sup>133</sup> Zob.: *Competition Law*, London 2003, s. 826.

<sup>134</sup> Zob.: C.J Cook, C.S. Kerse, *EC Merger Control*, op.cit., s. 243.

<sup>135</sup> Ibidem.

istnieć żadne wątpliwości, że interwencja taka służy ochronie tych „uznanych” *explicite* interesów, a nie ochronie gospodarczych interesów państwa (protekcjonizmowi).<sup>136</sup> Warunkiem zgody Komisji na interwencję usprawiedliwioną potrzebą „innych interesów uprawnionych” jest – w sensie materialnym – wyraźne zdefiniowanie tych interesów, w sensie proceduralnym natomiast – powiadomienie Komisji o zamiarze zablokowania transgranicznej koncentracji i powstrzymanie się z realizacją tego zamiaru do czasu wydania przez Komisję decyzji uznającej chronione interesy za „interesy uprawnione”. Praktyka wykazuje, że Komisja może skutecznie zapobiegać nadużywaniu instytucji prawnej „uprawnionych interesów” bezpośrednio (priorytetowo) na podstawie art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004, wspomagając się możliwością wystąpienia przeciwko państwu członkowskiemu do Trybunału Sprawiedliwości w trybie art. 258 TFUE.

**48.** Dla Polski doświadczenia w stosowaniu instytucji prawnej „uprawnionych interesów” państw członkowskich mają znaczenie także w kontekście rozumienia i stosowania art. 20 ust. 2 uokik z 2007 r., umożliwiającego prezesowi UOKiK odstąpienie od zakazu m.in. ze względu na „*pozytywny wpływ [koncentracji] na gospodarkę narodową*”. W zakresie tego przepisu mieszczą się niewątpliwie interesy publiczne uznane przez art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004 za „uprawnione interesy” (bezpieczeństwo publiczne, pluralizm mediów i reguły ostrożnościowe); mogą mieścić się także „inne interesy uprawnione”. Nawet jeśli art. 20 ust. 2 uokik z 2007 r. służy tylko ingerencji publicznej w postępowanie w sprawach koncentracji o wymiarze krajowym (polskim), nic nie stoi na przeszkodzie, aby zakres przesłanki „wpływ na gospodarkę narodową” interpretowany był z wykorzystaniem ww. dorobku decyzyjnego i orzeczniczego w sprawach transgranicznych koncentracji o wymiarze unijnym. Na przykładzie spraw koncentracji w sektorze mediów wiele można skorzystać również z rozwiązań ustawowych i praktyki niektórych państw członkowskich (zwłaszcza Wielkiej Brytanii).

<sup>136</sup> W nowszej literaturze wyraźnie wskazuje się na zagrożenie, jakie korzystanie z instytucji prawnej interesów chronionych na gruncie art. 21 ust. 4 rozp. 139/2004 może rodzić dla wzrostu tendencji protekcjonistycznych w państwach członkowskich UE. Zob. np.: M. Harker, *Cross-border Mergers in the EU: The Commission v. The Member States*, „European Competition Journal” no. 12/2007, s. 503 i nast.; D. Gerard, *Protectionist Threats Against Cross-border Mergers: Unexplored Avenues to Strengthen the Effectiveness of Article 21 EC MR*, „Common Market Law Review” no. 45/2008, s. 987–1025; J. Galloway, *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](http://competitionpolicy.ac.uk/documents/107435/107590/galloway_presentation.pdf).

49. Także rozwiązania instytucjonalne stosowane w państwach członkowskich UE w sprawach, w których antykonkurencyjna koncentracja powinna być dopuszczona ze względu na inny (niezwiązany z konkurencją) interes publiczny („pozytywny wpływ na gospodarkę narodową”), są lepsze niż te przewidziane w prawie kontroli koncentracji UE, gdzie Komisja Europejska rozstrzyga zarówno o zgodności zgłoszonej koncentracji z testem konkurencji (SIEC), jak i o dopuszczalności bezskuteczności jej zgody na dokonanie koncentracji, która naruszałaby chroniony interes państwa członkowskiego. Poza tym, że decyzje Komisji podlegają kontroli sądowej, prawodawca unijny nie stworzył żadnych rozwiązań instytucjonalnych i proceduralnych różnicujących działania Komisji podejmowane na podstawie testu konkurencji oraz bazujące na ocenie stosowania przez państwa członkowskie kryteriów niezwiązanych z konkurencją. Tak jest też w Polsce, gdzie ustawodawca przyznał prezesowi UOKiK kompetencję do wydania zakazu koncentracji „istotnie ograniczającej konkurencję” oraz do „odstąpienia od zakazu” w przypadku uzasadnionym m.in. „pozytywnym wpływem [antykonkurencyjnej koncentracji] na gospodarkę narodową”. W zdecydowanej większości „starych” i „nowych” państw członkowskich UE tę drugą decyzję podejmuje inny organ administracji publicznej, ponoszący polityczną odpowiedzialność za wyważanie różnych interesów publicznych (np. ochrony skutecznej konkurencji i zapewnienia bezpieczeństwa energetycznego kraju).

## Abstract

### Protection of the ‘Legitimate Interests’ of EU Member States Under EU Merger Control Rules

This paper considers primarily the legislative basis (II) and case law developments of the enforcement practice (III) of the legal institution designed to protect the legitimate interests of EU Member States as formulated by Article 21(3) Regulation 4064/89 and Article 21(4) Regulation 139/2004. The analysis covers both known groups of ‘legitimate interests’: (1) interests ‘legitimate’ *explicitite*, also called ‘recognised’ or ‘listed and defined’ interests, namely, ‘public security’, ‘pluralism of the media’ and ‘prudential rules’; as well as (2) ‘other legitimate interests’, also known as ‘innominate interests’ (IV). Covered are also competence and procedural issues surrounding legitimate interests relevant to merger control in light of EU rules of the control of concentrations (V).

In analytical terms, the aim of this paper is to delineate the limits of the Member States' intervention into merger control proceedings taking place before the European Commission that concern concentrations with an EU dimension. In this respect, the relation between EU merger control rules and public economic laws of its individual Member States is considered. On this basis, it is possible to draw conclusions helpful for the reconstruction of the Polish legal institution of an 'exceptional clearance for anticompetitive concentrations' contained in Article 20(2) of the Polish Competition and Consumer Protection Act of 2007 (VI).