

*Marek Szydło**

Kontrola operacji koncentracyjnych w prawie wspólnotowym. Wybrane zagadnienia prawne

1. Geneza i znaczenie przepisów o kontroli koncentracji we wspólnotowym porządku prawnym

Przepisy prawne regulujące zakres i formy kontroli przez władze publiczne operacji koncentracyjnych w gospodarce są nie bez racji uznawane za jeden z najistotniejszych elementów systemu publiczno-prawnej ochrony mechanizmu konkurencji. Konieczność istnienia tego rodzaju przepisów – które w swoim założeniu mają być gwarancją tego, że poszczególne rynki pozostaną otwarte oraz że panujące na nich warunki konkurencji nie ulegną pogorszeniu¹ – wydaje się dzisiaj poza wszelką dyskusją, zważywszy chociażby na fakt, że nadmierna koncentracja w gospodarce wywołuje szereg niekorzystnych następstw dla struktury poszczególnych rynków oraz dla interesów ich uczestników. Brak zatem tego rodzaju przepisów byłby dla państwa (władz publicznych) bardzo niekorzystny,² zaś wyrażane w latach 70. przypuszczenia, że w przyszłości przepisy antykoncentracyjne staną się zbyteczne,³ wyraźnie się nie potwierdziły.

Pewne zdziwienie może budzić fakt, że w ramach Wspólnoty Europejskiej – której przecież jednym z podstawowych celów jest stworzenie systemu niezakłóconej konkurencji na Wspólnym Rynku (art. 3, ust. 1, lit. g TWE) – przez kilka pierwszych dziesięcioleci w ogóle nie istniały odrębne przepisy prawne dotyczące zjawiska antykonkuren-

* Dr **Marek Szydło** – Zakład Prawa Administracyjnego Gospodarczego Uniwersytetu Wrocławskiego.

¹ Por.: V.Emmerich, *Kartellrecht*, München 2001, s.251.

² D.G.Goyder, *EC Competition Law*, Oxford 2003, s.335.

³ Por.: F.Rittner, *Wirtschaftsrecht mit Wettbewerbs- und Kartellrecht*, Heidelberg-Karlsruhe 1979, s.441.

cyjnej koncentracji.⁴ Jakiegokolwiek by jednak były tego powody, brak wzmiankowanych przepisów nie oznaczał bynajmniej, że operacje koncentracyjne pozostawały *in toto* poza obszarem zainteresowania oraz kontroli ze strony prawa wspólnotowego. Tak z całą pewnością nie było, jako że organy wspólnotowe (a zwłaszcza Komisja oraz Europejski Trybunał Sprawiedliwości) próbowały w tym celu wykorzystywać reguły konkurencji zawarte w art. 81 i 82 TWE (które to przepisy chronią – co szczególnie warto w omawianym tutaj kontekście podkreślić – nie tylko konkurencję aktualną, ale również konkurencję potencjalną).⁵ I tak, w sprawie *Continental Can* Trybunał stwierdził, że w sytuacji, gdy przedsiębiorstwo posiadające pozycję dominującą na rynku nabywa (lub przejmuje) swojego konkurenta, tak, że dochodzi do znaczącego skrepowania konkurencji na tymże rynku (oraz do uniemożliwienia tam normalnego rozwoju konkurencji), to wówczas można mówić o – zakazanym przez art. 82 TWE – nadużyciu przez wspomniane przedsiębiorstwo pozycji dominującej.⁶ Z kolei w sprawie *Philip Morris ETS* uznał, iż nabycie przez jedno przedsiębiorstwo określonego (nawet mniejszościowego) udziału kapitałowego w drugim (konkurencyjnym) przedsiębiorstwie może służyć temu pierwszemu podmiotowi jako instrument wpływania na działalność swojego konkurenta i to wpływania powodującego ograniczenie lub zniekształcenie konkurencji na tym rynku, na którym oba podmioty wspólnie działają. Wpływ taki wystąpi zwłaszcza wówczas, gdy przedsiębiorstwo nabywające udział kapitałowy zapewni sobie kontrolę nad swoim konkurentem lub też, gdy umowa w sprawie nabycia udziałów (akcji) tego drugiego podmiotu będzie przewidywała współpracę pomiędzy obydwoma przedsiębiorstwami w zakresie ustalania strategii działania na rynku. W takim przypadku wspomniana umowa w sprawie nabycia udziału kapitałowego będzie mogła być uznana za przejaw –

⁴ Precyzyjnie rzecz ujmując, przepisów takich nie było w Traktacie Rzymskim (ustanawiającym EWG) oraz w ustawodawstwie wtórnym. Natomiast przepis umożliwiający prewencyjną kontrolę koncentracji znajdował się w – już nieobowiązującym – Traktacie o utworzeniu Europejskiej Wspólnoty Węgla i Stali (zob. art. 66 TEWWiS).

⁵ Orzeczenia ETS w sprawach: 45/85 *Verband der Sachversicherer* przeciwko Komisji, *Zbiór Orzeczeń 1987*, s.405; 85/76 *Hoffmann-La Roche i Co AG* przeciwko Komisji, *Zbiór Orzeczeń 1979*, s.461.

⁶ Orzeczenie ETS w sprawie 6/72 *Europemballage Corporation i Continental Can Company Inc.* przeciwko Komisji, *Zbiór Orzeczeń 1973*, s.215; zob. też decyzję Komisji w sprawie *Warner-Lambert/Gillette*, O. J., L 116/21/1993.

zakazanego przez art. 81, ust. 1 TWE – porozumienia ograniczającego konkurencję.⁷

Od razu jednak trzeba zauważyć, że zwalczanie operacji koncentracyjnych (w tym też operacji polegających – tak jak w powyższych przykładach – na nabywaniu lub przejmowaniu konkurentów lub też na uzyskiwaniu wpływu na nich) jedynie za pomocą art. 81 i 82 TWE byłoby dalece niewystarczające i nie gwarantowałyby skutecznej ochrony mechanizmu konkurencji. Art. 81 TWE zakazuje bowiem zawierania antykonkurencyjnych porozumień pomiędzy samodzielnymi (w sensie prawnym i organizacyjnym) przedsiębiorstwami i trudno sobie wyobrazić, aby mógł on być w takiej właśnie postaci stosowany wobec wszystkich rodzajów koncentracji (np. w stosunku do fuzji czy inkorporacji).⁸ Z kolei art. 82 TWE jest o tyle ułomnym instrumentem zwalczania antykonkurencyjnych operacji koncentracyjnych, że pozwała kwestionować jedynie te z nich, w których uczestniczy przedsiębiorstwo już posiadające pozycję dominującą na rynku. Jeżeli natomiast żadne z uczestniczących w danej koncentracji przedsiębiorstw nie posiada takiej pozycji i zostaje ona stworzona dopiero w wyniku dokonania koncentracji, wówczas taka sytuacja nie mieści się w hipotezie normy zawartej w art. 82 TWE (przesłanką zastosowania art. 82 TWE jest bowiem wcześniejsze istnienie na rynku pozycji dominującej). Ponadto wspomniany przepis TWE może być stosowany jedynie *ex post*, a więc już po dokonaniu antykonkurencyjnej koncentracji. Nie można go natomiast stosować w celu prewencyjnego (*ex ante*) zapobieżenia niepożądanym zachowaniom przedsiębiorstw.⁹

W związku z powyższym organy wspólnotowe podjęły próbę ustanowienia odrębnej regulacji prawnej, mającej w swoim założeniu umożliwić Komisji Europejskiej prewencyjną kontrolę operacji koncentracyjnych o znaczeniu (wymiarze) wspólnotowym. Pierwsze propozycje

⁷ Orzeczenie ETS w sprawie 142/84 i 156/84 British American Tobacco Co. i R.J.Reynolds Industries Inc. przeciwko Komisji, *Zbiór Orzeczeń 1987*, s.4487.

⁸ Por.: U.Immenga, A.Fuchs, *Art. 85 EWG-Vertrag als Grenze für Unternehmensbeteiligungen?*, „Neue Juristische Wochenschrift”, no. 48/1998, s.3052 i nast.; V.Korah, P.Lasok, *Philip Morris and its Aftermath – Merger Control?*, „Common Market Law Review”, vol. 25/1988, s.333 i nast.

⁹ R.Bieber, *Wettbewerbspolitik* w: B.Beutler, R.Bieber, J.Pipkorn, J.Streil, *Die Europäische Gemeinschaft – Rechtsordnung und Politik*, Baden-Baden 1987, s.348; D.Wyatt, A.Dashwood, *The substantive law of the EEC*, London 1980, s.318; R.Whish, *Competition Law*, London 2003, s.796; I.-M.Schulte, *Die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen nach Art. 86 EWG-V*, Köln 1975.

w tym zakresie zostały sformułowane już w latach 70. XX wieku,¹⁰ natomiast stosowny akt prawny, tj. rozporządzenie Rady 4064/89 w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw,¹¹ został ostatecznie przyjęty dopiero 21 grudnia 1989 r. i to po bardzo żmudnych negocjacjach pomiędzy państwami członkowskimi.¹² Rozporządzenie 4064/89 przyjęło zasadę wyłącznej kompetencji Komisji w sprawach koncentracji o wymiarze wspólnotowym, przy równoczesnym pozostawieniu krajowym organom ochrony konkurencji możliwości rozpatrywania – na podstawie przepisów prawa krajowego – koncentracji nie mających takiego charakteru.¹³ Trzeba obiektywnie przyznać, że wspomniane rozporządzenie (szczególnie po zmianach wprowadzonych w nim w 1997 r.)¹⁴ było dosyć udaną konstrukcją legislacyjną i dobrze przysłużyło się sprawie ochrony konkurencji na Wspólnym Rynku.¹⁵

Jednakże ta ogólnie pozytywna ocena rozporządzenia 4064/89 nie mogła przesłonić faktu, że z czasem akt ten zaczął wymagać pewnych modyfikacji, zwłaszcza w takich kwestiach, jak kryteria oceny koncentracji, zasady postępowania przed Komisją Europejską oraz podział kompetencji jurysdykcyjnych pomiędzy Komisję a krajowe organy ochrony konkurencji. Zmiany w wymienionych kwestiach zostały wymuszone przez cały szereg czynników, wśród których warto wymienić postępującą globalizację w gospodarce światowej, narastające tendencje koncentracyjne w przemyśle, ustanowienie strefy euro oraz spodziewane rozszerzenie Unii Europejskiej o dziesięciu nowych członków.¹⁶ Konieczność dokonania wspomnianych zmian stała się

¹⁰ Zob. propozycję Komisji w sprawie rozporządzenia dotyczącego kontroli koncentracji, O. J., C 92/1/1973, zob. też: F.van Kraay, *Towards a regulation on the control of mergers. Pre-history of the draft Regulation*, „European Law Review”, vol. 2/1977, s.54 i nast.; D.G.Goyder, *EC Competition Law*, op.cit., s.337-338; D.Wyatt, A.Dashwood, *The substantive law of the EEC*, op.cit., s.318-319.

¹¹ O. J., L 395/1/1989 ze zm.

¹² Zob.: D.G.Goyder, *EC Competition Law*, op.cit., s.339-340.

¹³ Zob.: L.Brittan, *The Law and Policy of Merger Control in the EEC*, „European Law Review”, vol. 15/1990, s.351-352.

¹⁴ Rozporządzenie Rady 1310/97 zmieniające rozporządzenie 4064/89 w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw, O. J., L 180/1/1997, zob. też: M.P.Broberg, *The EC Commission's Green Paper on the Review of the Merger Regulation*, „European Competition Law Review”, vol. 17/1996, s.289 i nast.

¹⁵ W okresie obowiązywania rozporządzenia 4064/89, a więc od 21 września 1990 r. do 1 maja 2004 r., Komisja rozpatrzyła na jego podstawie ponad 2300 zgłoszeń dotyczących koncentracji, zob.: R.Whish, *Competition Law*, op.cit., s.859 i nast.

¹⁶ I.Zużewicz, *Kontrola koncentracji przedsiębiorstw w: Konkurencja*, red. Z.Brodecki, Warszawa 2004, s.305; zob. też *Zieloną Księgę Komisji* w sprawie zmiany rozporządzenia Rady nr 4064/89, Bruksela 11.12.2001, COM (2001) 745.

szczególnie mocno widoczna w 2002 r., kiedy to Sąd Pierwszej Instancji uchylił kilka decyzji Komisji zakazujących przedsiębiorstwu przeprowadzenia koncentracji.¹⁷ Te orzeczenia SPI wykazały, że Wspólnota potrzebuje regulacji prawnej, która – z jednej strony – umożliwiałaby Komisji dokonywanie pogłębionej ekonomicznie oceny poszczególnych koncentracji, zaś z drugiej – pozwalałaby też koncentrującym się przedsiębiorstwom urzeczywistniać ich prawo do obrony w postępowaniach przed Komisją.

W grudniu 2002 r. Komisja przedstawiła propozycję nowego rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji pomiędzy przedsiębiorstwami,¹⁸ nad którą to propozycją toczyły się w następnym okresie intensywne prace. Trzeba przy tym dodać, że organy wspólnotowe zamierzały zakończyć te prace na tyle szybko, aby nowy akt prawny mógł zacząć obowiązywać od 1 maja 2004 r., a więc od momentu planowanego wejścia w życie przygotowywanej już od kilku lat głębokiej reformy wspólnotowego prawa konkurencji.¹⁹ Ostatecznie nowe rozporządzenie zostało przyjęte 20 stycznia 2004 r. i – jako rozporządzenie nr 139/2004/WE²⁰ – obowiązuje od 1 maja 2004 r.

¹⁷ Orzeczenia SPI w sprawach: T-342/99 Airtours przeciwko Komisji, *Zbiór Orzeczeń 2002*, s.II-2585; T-5/02 Tetra Laval przeciwko Komisji, *Zbiór Orzeczeń 2002*, s.II-4381; T-310/01 Schneider Electric przeciwko Komisji, *Zbiór Orzeczeń 2002*, s.II-4077; T-77/02 Schneider Electric przeciwko Komisji, *Zbiór Orzeczeń 2002*, s.II-4201; T-80/02 Tetra Laval przeciwko Komisji, *Zbiór Orzeczeń 2002*, s.II-4519; zob. też: B.Majewska-Jurczyk, *Nowa regulacja łączy przedsiębiorstw w Unii Europejskiej*, „Prawo Unii Europejskiej”, nr 10/2004, s.27-28.

¹⁸ Zob. propozycję z 11 grudnia 2002 r., O. J., C 20/4/1997/2003; zob. też: D.G.Goyder, *EC Competition Law*, op.cit., s.395 i nast.

¹⁹ Na ten temat tej reformy zob. *Białą Księgę Komisji Europejskiej* z 28 kwietnia 1999 r. w sprawie zmiany zasad dotyczących stosowania art. 81 i 82 TWE, O. J., C 132/1999, s.1 i nast.; zob. też: A.Klimisch, B.Krueger, *Decentralised application of E.C. competition law: current practice and future prospects*, „European Law Review”, vol. 24/1999, s.463 i nast.; R.Wesseling, *The draft-regulation modernising the competition rules: the Commission is married to one idea*, „European Law Review”, vol. 26/2001, s.357 i nast.; C.D.Ehlermann, *The modernization of EC antitrust policy: a legal and cultural revolution*, „Common Market Law Review”, vol. 37/2000, s.537 i nast.; I.B.Nestoruk, *Reforma europejskiego prawa konkurencji (Biała Księga Komisji z 28 IV 1999)*, „Państwo i Prawo”, z. 5/2001, s.53 i nast.; T.Skoczny, *Doskonalenie i modernizacja stosowania wspólnotowych reguł konkurencji*, „Studia Europejskie”, nr 1/2001, s.49 i nast.

²⁰ O. J., L 24/1/2004.

2. Pojęcie koncentracji gospodarczej. Operacje koncentracyjne poddane kontroli antymonopolowej na podstawie rozporządzenia 139/2004/WE

Koncentracja gospodarcza jest jedną z podstawowych strategii konkurencji (strategii konkurowania) realizowanych przez przedsiębiorstwa w gospodarce rynkowej.²¹ Prowadzi ona do akumulacji (zwiększania się) siły rynkowej uczestniczących w tym procesie przedsiębiorstw, przy czym akumulacja ta nie jest rezultatem wzrostu wewnętrznego w ramach wspomnianych przedsiębiorstw, lecz następuje w efekcie działań strukturalnych o charakterze zewnętrznym.²² Te będące przejawem współdziałania przedsiębiorstw (choć niekiedy jest to tzw. współdziałanie jednostronne)²³ działania zewnętrzne skutkują powstaniem pomiędzy przedsiębiorstwami trwałych powiązań strukturalnych,²⁴ często przybierających postać pełnej integracji organizacyjnej. Jeżeli zaś w danym przypadku koncentracja nie prowadzi do całkowitego zespolenia organizacyjnego przedsiębiorstw, to i tak powiązania, które ona tworzy są równoznaczne z centralizacją (skupieniem) w ręku określonego przedsiębiorstwa (przedsiębiorstw) uprawnień decyzyjnych²⁵ lub też z powstaniem (wykreowaniem) zupełnie nowego podmiotu gospodarczego (czyli nowego centrum decyzyjnego).

Trzeba wszakże w tym miejscu przyznać, że bardzo trudno jest ująć istotę koncentracji w ramy jakiejś jednej precyzyjnej formuły (definicji). Dlatego też poszczególne ustawodawstwa antymonopolowe nie definiują zazwyczaj samego pojęcia „koncentracji” (definicja taka bowiem siłą rzeczy musiałaby mieć stosunkowo ogólny charakter), lecz poprzestają co najwyżej na enumeratywnym wyliczeniu konkretnych

²¹ Por.: M.E.Porter, *Strategia konkurencji. Metody analizy sektorów i konkurentów*, Warszawa 1992, s.50; E.Cyrson, *Strategia konkurencji oraz przewaga konkurencyjna przedsiębiorstwa w: Kompendium wiedzy o gospodarce*, red. E.Cyrson, Warszawa-Poznań 1997, s.387.

²² F.Rittner, *Wirtschaftsrecht mit Wettbewerbs- und Kartellrecht*, op.cit., s.440.

²³ Por.: J.Olszewski, *Nadzór nad koncentracją przedsiębiorców jako forma prewencyjnej ochrony konkurencji*, Rzeszów 2004, s.73 i nast.

²⁴ E.Modzelewska-Wąchal, *Ochrona konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002, s.134-135.

²⁵ Por.: A.K.Jażdżewski, *Koncentracja gospodarcza jako forma współdziałania gospodarczego – uwagi teoretyczne*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”, z. 2/2000, s.95 i nast.; W.Szpringer, *Łączenie przedsiębiorstw a regulacja antymonopolowa*, Warszawa 1993, s.58.

stanów faktycznych koncentracji, czyli rodzajów operacji koncentracyjnych, które podlegają w danym systemie prawnym nadzorowi administracyjnemu.²⁶ Rozwiązanie takie należy uznać za bardzo praktyczne, jako że, po pierwsze, pozwala ono uniknąć toczenia (trudno rozstrzygalnych) sporów o pojęcia, po drugie zaś, gwarantuje przedsiębiorstwom pewność prawną. Dzięki takiej stylizacji przepisów przedsiębiorstwa mają bowiem pełną świadomość tego, kiedy ich działania (operacje) rynkowe powinny zostać zgłoszone (notyfikowane) organowi antymonopolowemu. Z powyższych względów wspomniane rozwiązanie zostało również zastosowane w rozporządzeniu 139/2004/WE. Poszczególne stany faktyczne koncentracji zostały tam wyspecyfikowane w art. 3.

Pierwszym stanem faktycznym koncentracji jest operacja polegająca na łączeniu się dwóch lub więcej samodzielnych przedsiębiorstw²⁷ lub części przedsiębiorstw (art. 3, ust. 1, lit. a). Łączenie się (*merger*) jest najdalej idącą (najbardziej ścisłą) formą koncentracji, jako że prowadzi do całkowitej (pełnej) prawnego-organizacyjnej integracji kon-

²⁶ Por.: F.Rittner, *Einführung in das Wettbewerbs- und Kartellrecht*, Heidelberg 1985, s.364 i nast.; V.Emmerich, *Kartellrecht*, op.cit., s.264 i nast.; R.Janusz, M.Sachajko, T.Skoczny, *Nowa ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, „Kwartalnik Prawa Publicznego”, nr 3/2001, s.190; J.Olszewski, *Nadzór nad koncentracją przedsiębiorców jako forma prewencyjnej ochrony konkurencji*, op.cit., s.84 i nast.

²⁷ Samo pojęcie przedsiębiorstwa (*undertaking*) nie zostało zdefiniowane ani w przepisach rozporządzenia 139/2004/WE, ani też w przepisach TWE. W orzecznictwie ETS przyjęto natomiast, że na potrzeby prawa konkurencji przedsiębiorstwem jest każda jednostka (*entity*) zaangażowana w działalność gospodarczą, bez względu na jej status prawny oraz sposób finansowania, zob. orzeczenia ETS w sprawach: C-41/90 Klaus Höfner i Fritz Elser przeciwko Macrotron GmbH, *Zbiór Orzeczeń 1991*, s. I-1979; C-244/94 Fédération Française des Sociétés d'Assurance przeciwko Ministère de l'Agriculture et de la Pêche, *Zbiór Orzeczeń 1995*, s.I-4013; C-55/96 Job Centre Coop, *Zbiór Orzeczeń 1997*, s.I-7119; C-67/96 Albany International przeciwko Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, *Zbiór Orzeczeń 1999*, s.I-5751; C-219/97 Maatschappij Drijvende Bokken przeciwko Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven, *Zbiór Orzeczeń 1999*, s.I-6121; zob. też: R.Lane, *EC Competition Law*, Pearson Education Limited 2000, s.33 i nast.; G.Marenco, *Public Sector and Community Law*, „Common Market Law Review”, vol. 20/1983, s.499-500; W.P.J.Wils, *The undertaking as subject of E.C. competition law and the imputation of infringements to natural or legal persons*, „European Law Review”, vol. 25/2000, s.99 i nast.; S.Dudzik, *Pomoc państwa dla przedsiębiorstw publicznych w prawie Wspólnoty Europejskiej*, Zakamycze 2002, s.135 i nast.; z kolei działalnością gospodarczą jest każdy rodzaj aktywności ekonomicznej polegającej na oferowaniu dóbr lub usług na rynku, zob. orzeczenie ETS w sprawie 118/85 Komisja przeciwko Włochom, *Zbiór Orzeczeń 1987*, s.2599.

centrujących się przedsiębiorstw w ramach jednego podmiotu (przedsiębiorstwa). Łączenia przedsiębiorstw występują na rynku w dwóch podstawowych wariantach, a mianowicie jako fuzje (łącznie się przedsiębiorstwa ulegają rozwiązaniu, zaś w ich miejsce powstaje nowe przedsiębiorstwo, przejmujące majątek koncentrujących się przedsiębiorstw) oraz inkorporacje (określone przedsiębiorstwo przejmuje majątek i aktywa innego przedsiębiorstwa, po czym ten drugi podmiot ulega rozwiązaniu).²⁸ Trzeba przy tym pamiętać, że łączenia nie są zbyt często spotykaną formą koncentracji, jako że dominującą rolę zazwyczaj odgrywać inne jej przejawy.²⁹

Drugim stanem faktycznym koncentracji są tzw. akwizycje.³⁰ Polegają one na nabyciu – przez jedną lub więcej osób już kontrolujących co najmniej jedno przedsiębiorstwo lub przez jedno lub więcej przedsiębiorstw, poprzez zakup papierów wartościowych lub aktywów, w drodze umowy lub w jakikolwiek inny sposób – bezpośredniej lub pośredniej kontroli nad całym lub częścią jednego albo więcej przedsiębiorstw (art. 3, ust. 1, lit. b). Istotą akwizycji jest zatem przejęcie kontroli nad określonym przedsiębiorstwem (kontroli wyłącznej – *sole control* lub też kontroli wspólnej – *joint control*).³¹ Ustawodawca precyzuje przy tym, że podstawę tej kontroli stanowią prawa, umowy lub jakiegokolwiek inne środki, które oddzielnie bądź wspólnie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności faktycznych lub prawnych, da-

²⁸ Por.: I.Weiss, *Łączenie spółek kapitałowych*, „Przegląd Prawa Handlowego”, nr 9/1993, s.2; A.Witosz, *Łączenie się i podział spółek w kodeksie spółek handlowych*, Bydgoszcz-Katowice 2002, s.28 i nast.; M.Borkowski, *Łączenie się spółek akcyjnych*, Warszawa 2001, s.1 i nast.; A.Szumański w: S.Sołtysiński, A.Szajkowski, A.Szumański, J.Szwaja, *Kodeks spółek handlowych. Tom IV. Komentarz do artykułów 459-633*, Warszawa 2004, s.169 i nast.

²⁹ W.Szpringer, *Regulacje struktur rynkowych*, „Prawo Spółek”, nr 10/1997, s.52.

³⁰ Zob. szerzej: A.Weisner, *Verteidigungsmaßnahmen gegen unfreundliche Übernahmeversuche in den USA, Deutschland und nach europäischem Recht*, Hamburg 1999, s.4 i nast.; W.Szpringer, *Koncepcja „przyjaznych” i „wrogich” fuzji kapitałowych w prawie spółek i prawie rynku kapitałowego*, „Przegląd Prawa Handlowego”, nr 7/1993, s.13 i nast.; C.Podsiadlik, *Wrogie przejęcie spółki*, Warszawa 2003, s.21 i nast.; R.Sasiak, *Fuzje i przejęcia spółek publicznych*, Zakamycze 2000, s.23 i nast.; I.Knurowska, *Ochrona przed wrogim przejęciem spółki akcyjnej*, Kraków 2000, s.22 i nast.; A.Helin, K.Zorde, *Fuzje i przejęcia przedsiębiorstw*, Warszawa 1998, s.1 i nast.; E.Modzelewska-Wąchal, *Ochrona konkurencji i konsumentów*, op.cit., s.59 i nast.

³¹ Por.: P.Craig, G.de Búrca, *EU Law. Text, Cases and Materials*, Oxford 1998, s.984; M.Siragusa, R.Subiotto, *The EEC Merger Control Regulation: The Commission's Evolving Case Law*, „Common Market Law Review”, vol. 28/1991, s.879 i nast.; D.G.Goyder, *EC Competition Law*, op.cit., s.346 i nast.

ją możliwość wywierania decydującego wpływu na przedsiębiorstwo, w szczególności przez: 1) własność lub prawo użytkowania całego lub części aktywów przedsiębiorstwa lub też przez 2) prawa lub umowy przyznające decydujący wpływ na skład, głosowanie lub decyzje organów przedsiębiorstwa (art. 3, ust. 2).

Przedsiębiorstwo, nad którym została przejęta kontrola staje się w sposób kapitałowy, majątkowy lub funkcjonalny zależne od przedsiębiorstwa przejmującego (dominanta) i wchodzi w skład jego grupy kapitałowej. Ten ostatni podmiot zapewnia sobie dzięki temu możliwość decydującego wpływania na losy przedsiębiorstwa przejętego i to zarówno w kontekście wszelkich zapadających tam decyzji operacyjnych (związanych z bieżącą działalnością), jak też decyzji strategicznych (dotyczących bytu i dalszego istnienia przedsiębiorstwa przejętego). Trzeba wszakże zauważyć, że to, czy nad przedsiębiorstwem została przejęta – przez inny podmiot – kontrola (a więc czy doszło do koncentracji) zależy od bardzo wielu okoliczności związanych z treścią wzajemnych relacji pomiędzy zainteresowanymi przedsiębiorstwami. Niekiedy nawet nabycie mniejszościowego pakietu akcji (udziałów) może zapewnić danemu podmiotowi kontrolę nad innym przedsiębiorstwem, o ile pozostałe akcje (udziały) są w znacznym stopniu rozproszone.³² Stąd też stwierdzenie, że w danym przypadku rzeczywiście doszło do przejęcia kontroli wymaga zazwyczaj bardzo uważnej i pogłębionej analizy, tak ze strony organu antymonopolowego, jak też ze strony samych przedsiębiorstw.

Trzecim wreszcie stanem faktycznym koncentracji jest utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa (*joint venture*, *Gemeinschaftsunternehmen*), pełniącego w sposób trwały wszystkie funkcje samodzielnego podmiotu gospodarczego (art. 3, ust. 4). Generalnie rzecz biorąc, utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa jest przejawem (następstwem) współpracy podejmowanej przez inne przedsiębiorstwa (przedsiębiorstwa macierzyste), które chcąc sformalizować sposób ich wzajemnego współdziałania zawierają w tym celu pomiędzy sobą stosowną umowę. W umowie tej zostają sprecyzowane wszelkie kwestie związane ze wspólnym utworzeniem nowego podmiotu gospodarczego oraz jest określany sposób sprawowania przez przedsiębiorstwa macierzyste wspólnej kontroli nad nowym przedsiębiorstwem. Z kolei samo utwo-

³² Zob. decyzję Komisji w sprawie IV/M25 Arjomari-Prioux/Wiggins Teape, „Common Market Law Reports”, no. 4/1991, s.854.

zenie (wykreowanie) wspólnego przedsiębiorstwa następuje w drodze zawarcia odrębnej umowy założycielskiej.³³

Wspólne przedsiębiorstwa dzieli się zazwyczaj na te, które mają charakter kooperacyjny (*cooperative joint ventures*) oraz te, które są wspólnymi przedsiębiorstwami o charakterze koncentracyjnym (*concentrative joint ventures*). Od razu trzeba wszakże zauważyć, że granica pomiędzy obydwoimi rodzajami wspólnych przedsiębiorstw jest raczej płynna³⁴ i dlatego też lepiej jest mówić nie tyle o czystych przedsiębiorstwach kooperacyjnych lub koncentracyjnych, co raczej o wspólnych przedsiębiorstwach o przewadze cech kooperacyjnych lub koncentracyjnych.³⁵ Niekiedy zresztą trudno jest jednoznacznie rozstrzygnąć, jakie właściwie cechy przeważają w danym wspólnym przedsiębiorstwie. W poszczególnych ustawodawstwach na świecie w bardzo różny sposób jest też rozwiązywana kwestia tego, czy w odniesieniu do wspólnych przedsiębiorstw koncentracyjnych (a w każdym razie o przewadze cech koncentracyjnych) można stosować – oprócz (lub nawet zamiast) przepisów o nadzorze nad operacjami koncentracyjnymi – również przepisy o zakazie zawierania antykonkurencyjnych porozumień.³⁶

Na gruncie rozporządzenia 139/2004/WE prewencyjnej kontroli antykoncentracyjnej podlegają tzw. pełnofunkcyjne *joint ventures* (*full-function joint ventures*), czyli wspólne przedsiębiorstwa pełniące w sposób trwały wszystkie funkcje samodzielnego podmiotu gospodarczego (art. 3, ust. 4). Są to takie przedsiębiorstwa, które prowadzą określoną działalność gospodarczą w sposób samodzielny i posiadają

³³ Szerzej na temat wspólnych przedsiębiorstw zob.: J.Nippel, *Minderheitsbeteiligungen bei Gemeinschaftsunternehmen im deutschen und im europäischen Recht*, Berlin 1997, s.43 i nast.; W.Rittershofer, *Wirtschaftslexikon*, München 2000, s.395; S.Włodyka, *Strategiczne umowy przedsiębiorców*, Warszawa 2000, s.245 i nast.; A.Burzyński, *Joint ventures w międzynarodowym obrocie gospodarczym*, „Studia Prawnicze”, z. 1-2/1976, s.123 i nast.; T.Bagdziński, *Analiza joint ventures w prawie antymonopolowym w: Studia z prawa Unii Europejskiej*, red. S.Biernat, Kraków 2000, s.425 i nast.; J.Olszewski, *Nadzór nad koncentracją przedsiębiorców jako forma prewencyjnej ochrony konkurencji*, op.cit., s.90 i nast.; M.Szydło, *Kontrola wspólnych przedsiębiorstw (joint-ventures) w prawie antymonopolowym*, „Prawo Spółek”, nr 12/2002, s.41 i nast.; L.Stecki, *Konsorcjum*, Toruń 1996, s.138-139.

³⁴ J.Nippel, *Minderheitsbeteiligungen ...*, op.cit., s.58.

³⁵ W.Szpringer, *Łączenie przedsiębiorstw ...*, op.cit., s.76.

³⁶ Por.: F.Rittner, *Einführung...*, op.cit., s.373-374; V.Emmerich, *Kartellrecht*, op.cit., s.278 i nast.; S.Gronowski, *Polskie prawo antymonopolowe. Zarys wykładu*, Warszawa 1998, s.189 i nast.; E.Modzelewska-Wąchal, *Ochrona konkurencji...*, op.cit., s.144-145.

równocześnie dostęp do rynku. Powinny one dysponować własnym kierownictwem zajmującym się bieżącą działalnością danego przedsiębiorstwa i być też wyposażone we wszelkie niezbędne zasoby (np. środki finansowe, personel, aktywa materialne i niematerialne) stanowiące rzeczowo-osobową (a przy tym trwałą) podstawę do prowadzenia działalności gospodarczej. Jednocześnie przedsiębiorstwa takie muszą być powołane i przeznaczone do działania w sposób ciągły (trwały), a przynajmniej na długi czas, tak aby doszło do trwałych zmian w strukturze zaangażowanych w daną operację przedsiębiorstw.³⁷ Wszystkie wymienione przykładowo czynniki świadczą o pełnofunkcyjnym charakterze danego wspólnego przedsiębiorstwa.

Równocześnie jednak nie jest wykluczone, że pomiędzy przedsiębiorstwami macierzystymi tworzącymi pełnofunkcyjne wspólne przedsiębiorstwo dojdzie do wzajemnego koordynowania (uzgadniania) zachowań rynkowych. Koordynacja taka będzie tym bardziej prawdopodobna, jeżeli przedsiębiorstwa macierzyste nadal pozostaną na rynku, na którym działa ich przedsiębiorstwo wspólne, względnie też na rynku sąsiednim lub powiązanim. Tego rodzaju porozumienia nie zanegują wszakże pełnofunkcyjnego charakteru danego przedsiębiorstwa wspólnego i będą musiały zostać ocenione w ramach uregulowanej w rozporządzeniu 139/2004/WE procedury kontroli operacji koncentracyjnych (choć materialnoprawnym kryterium tej oceny będzie art. 81, ust. 1 i 3 TWE).³⁸ Takie rozwiązanie jest zgodne ze wspo-

³⁷ Zob. obwieszczenie Komisji w sprawie pojęcia pełnofunkcyjnych *joint ventures* na gruncie rozporządzenia Rady 4064/89/EWG w sprawie kontroli koncentracji pomiędzy przedsiębiorstwami, O. J., C 66/1/1998; zob. też decyzję Komisji w sprawie IV/M/72, *Re the Concentration between Sanofi and Sterling Drug Inc.*, „Common Market Law Reports”, no. 5/1992, s.1.

³⁸ Jest to zatem rozwiązanie odmienne niż istniejące w pierwotnej wersji rozporządzenia Rady 4064/89, które (aż do czasu wprowadzenia w nim zmian w 1997 r.) przewidywało, że nie stanowi koncentracji operacja polegająca na utworzeniu wspólnego przedsiębiorstwa (*joint venture*), jeżeli jej celem lub skutkiem jest koordynacja konkurencyjnych zachowań niezależnych przedsiębiorstw. W rezultacie, aby utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa mogło być uznane – w rozumieniu przepisów rozporządzenia – za koncentrację nie mogło ono wywoływać zjawiska koordynacji konkurencyjnych zachowań pomiędzy przedsiębiorstwami macierzystymi oraz pomiędzy przedsiębiorstwami macierzystymi i przedsiębiorstwem wspólnym (art. 3, ust. 2 rozporządzenia). Rozwiązanie takie było o tyle nietrafne, że – jak już parokrotnie podkreśliłem – wspólne przedsiębiorstwa, w przypadku których nie występuje żadna koordynacja zachowań (np. ze strony przedsiębiorstw macierzystych) należą raczej do rzadkości. Problem polega jedynie na tym, czy takie koordynacyjne zachowania powinny być oceniane w ramach procedury kontroli koncentracji (choć przy posiłkowym stosowaniu art. 81 TWE – takie rozwiązanie obowiązuje obecnie na podstawie rozpo-

mnianą już wyżej prawidłowością, iż czyste typy wspólnych przedsiębiorstw należą raczej do rzadkości i że nawet w przypadku wspólnych przedsiębiorstw o przewadze cech koncentracyjnych dochodzi do zawierania pomiędzy przedsiębiorstwami macierzystymi antykonkurencyjnych porozumień.

3. Podział kompetencji w zakresie kontroli operacji koncentracyjnych pomiędzy Komisję a organy i sądy krajowe

Rozporządzenie 139/2004/WE wprowadza zasadę wyłącznej kompetencji Komisji w zakresie oceniania operacji koncentracyjnych posiadających wymiar wspólnotowy (*community dimension*). Zgodnie z art. 1, ust. 2 rozporządzenia dana koncentracja posiada wymiar wspólnotowy w przypadku, gdy 1) łączny światowy obrót wszystkich zainteresowanych przedsiębiorstw wynosi więcej niż 5 mld euro oraz 2) łączny obrót przypadający na Wspólnotę każdego z co najmniej dwóch zainteresowanych przedsiębiorstw wynosi więcej niż 250 mln euro, chyba że każde z zainteresowanych przedsiębiorstw uzyskuje więcej niż 2/3 swoich łącznych – przypadających na Wspólnotę – obrotów w jednym i tym samym państwie członkowskim.

Z kolei koncentracja, która nie osiąga powyższych progów posiada, mimo to, wymiar wspólnotowy, jeżeli: 1) łączny światowy obrót wszystkich zainteresowanych przedsiębiorstw wynosi więcej niż 2,5 mld euro, 2) w każdym z co najmniej trzech państw członkowskich łączny obrót wszystkich zainteresowanych przedsiębiorstw wynosi więcej niż 100 mln euro, 3) w każdym z co najmniej trzech państw członkowskich uwzględnionych dla celów wskazanych w pkt. 2 łączny obrót każdego z co najmniej dwóch zainteresowanych przedsiębiorstw wynosi więcej

rzędzenia 139/2004/WE), czy też może zachowania te powinny w ogóle wykluczać możliwość kontroli danego wspólnego przedsiębiorstwa w ramach wspomnianej procedury (i powodować poddanie go wyłącznie przepisom o zakazie zawierania antykonkurencyjnych porozumień); na temat poprzedniego rozwiązania zob. szerzej: J.Nippel, *Minderheitsbeteiligungen bei Gemeinschaftsunternehmen im deutschen und im europäischen Recht*, op.cit., s.79 i nast.; W.Kleinmann, *Die Anwendbarkeit der EG – Fusionskontrollverordnung auf Gemeinschaftsunternehmen*, „Recht der internationalen Wirtschaft”, no. 8/1990, s.605 i nast.; J.Kirkbride, T.Xiong, *The European Control of Joint Ventures: An Historic Opportunity or a Mere Continuation of Existing Practice?*, „European Law Review”, vol. 23/1998, s.37 i nast.; W.Sibree, *EEC Merger Control and Joint Ventures*, „European Law Review”, vol. 17/1992, s.91 i nast.; M.Siragusa, R.Subiotto, *The EEC Merger...*, op.cit., s.887 i nast.

niż 25 mln euro oraz 4) łączny obrót przypadający na Wspólnotę każdego z co najmniej dwóch zainteresowanych przedsiębiorstw wynosi więcej niż 100 mln euro, chyba że każde z zainteresowanych przedsiębiorstw uzyskuje więcej niż 2/3 swoich łącznych – przypadających na Wspólnotę – obrotów w jednym i tym samym państwie członkowskim (art. 1, ust. 3).

Do rozpatrywania i oceniania wyspecyfikowanych powyżej operacji koncentracyjnych właściwa jest wyłącznie sama Komisja. Oznacza to, że jeżeli dana koncentracja przekracza określone powyżej progi, powinna zostać zgłoszona Komisji i nie może już być rozpatrywana przez organy krajowe opierające się na własnym prawie³⁹ (jest to tzw. zasada *one-stop merger control*). Poddanie wskazanych – mających wymiar wspólnotowy – operacji koncentracyjnych wyłącznej właściwości jurysdykcyjnej Komisji jest dla zaangażowanych w te operacje przedsiębiorstw bardzo korzystne, gdyż dzięki temu przedsiębiorstwa te unikają wielu negatywnych konsekwencji, jakie nastąpiłyby, gdyby istniała konieczność zgłoszenia danej koncentracji w kilku różnych państwach członkowskich (te niekorzystne następstwa to przede wszystkim wyższe koszty postępowań administracyjnych, dłuższy czas oczekiwania na wydanie rozstrzygnięć oraz niepewność wynikająca z możliwości różnej oceny danej koncentracji w poszczególnych państwach członkowskich).⁴⁰ Trzeba przy tym zauważyć, że dzięki ustanowieniu zasady *one-stop merger control* możliwa jest ocena wpływu wywieranego przez daną koncentrację na konkurencję z punktu widzenia Wspólnoty jako całości.

Niekiedy wszakże może się zdarzyć, że koncentracje o wymiarze wspólnotowym będą oceniane nie przez Komisję, lecz przez organy krajowe, na podstawie krajowego prawa konkurencji. Mianowicie, przed dokonaniem zgłoszenia koncentracji o wymiarze wspólnotowym zaangażowane w nią osoby lub przedsiębiorstwa mogą poinformować

³⁹ Trzeba przy tym podkreślić, że kontroli ze strony Komisji podlegają również takie koncentracje, w których uczestniczą przedsiębiorstwa niemające swojej siedziby na terenie Wspólnoty. Warunkiem jest wszakże, by dana koncentracja wywoływała określone skutki na terytorium państw członkowskich, zob. decyzje Komisji w sprawach: IV/M/24, Mitsubishi Corporation/Union Carbide Corporation, „Common Market Law Reports”, no. 4/1992, s.50; IV/M/69, Kyowa Bank Limited/Saitama Bank Limited, „Common Market Law Reports”, no. 4/1992, s.105; zob. też: P.Torremans, *Extraterritorial Application of E.C. and U.S. Competition Law*, „European Law Review”, vol. 21/1996, s.283 i nast.; V.Emmerich, *Kartellrecht*, op.cit., s.464.

⁴⁰ R.Whish, *Competition ...*, op.cit., s.816; P.Craig, G.de Búrca, *EU Law ...*, op.cit., s.988.

Komisję w uzasadnionym wniosku, iż koncentracja ta może znacząco wpłynąć na konkurencję na rynku państwa członkowskiego, który prezentuje wszystkie cechy odrębnego rynku⁴¹ i z tego względu powinna zostać zbadana (w całości lub w części) przez to państwo członkowskie (jest to tzw. prenotyfikacja). Komisja ma obowiązek niezwłocznie przekazać tenże wniosek wszystkim państwom członkowskim, przy czym państwo członkowskie wskazane we wspomnianym wniosku (przez podmioty dokonujące prenotyfikacji) powinno wyrazić zgodę lub sprzeciw w odniesieniu do przekazania mu sprawy. Jeżeli wskazane państwo wyrazi zgodę na przejęcie sprawy, zaś Komisja uzna, że rzeczywiście istnieje taki odrębny rynek oraz że koncentracja może mieć znaczący wpływ na konkurencję na tym rynku, wówczas może zdecydować o odesłaniu sprawy (w całości lub w części) do właściwych władz wzmiankowanego państwa członkowskiego. W takiej sytuacji dana koncentracja będzie rozpatrywana przez organy krajowe, na gruncie przepisów wewnętrznych tego państwa (art. 4, ust. 4).

Komisja Europejska może również odesłać daną – posiadającą wymiar wspólnotowy – koncentrację do rozpatrzenia przez organ krajowy już po oficjalnym zgłoszeniu (notyfikowaniu) jej przez zaangażowane w nią osoby lub przedsiębiorstwa. Mianowicie, w ciągu 15 dni od daty otrzymania kopii zgłoszenia przez dane państwo członkowskie może ono powiadomić Komisję, że: 1) koncentracja grozi znaczącym zakłóceniem konkurencji na rynku tego państwa członkowskiego, który ma wszelkie cechy odrębnego rynku lub 2) koncentracja może zakłócić konkurencję na rynku tego państwa członkowskiego, który ma

⁴¹ Należałoby uznać, iż rynkiem odrębnym – w rozumieniu omawianego przepisu – jest po prostu w dostatecznym stopniu wyodrębniony (poddający się segmentacji) rynek właściwy, czyli rynek towarów lub usług oferowanych na obszarze, na którym panują dostatecznie homogeniczne (jednorodne) warunki konkurencji i który różni się pod tym względem od obszarów sąsiednich (na których warunki konkurencji są znacząco odmienne), zob. art. 9, ust. 7 w zw. z art. 4, ust. 4 rozporządzenia 139/2004/WE; na temat rynku właściwego zob. też: V.Emmerich, *Kartellrecht*, op.cit., s.168 i nast.; F.Rittner, *Einführung...*, op.cit., s.163 i nast.; R.Whish, *Competition...*, op.cit., s.24 i nast.; R.Lane, *EC Competition...*, op.cit., s.7 i nast.; E.Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie...*, op.cit., s.48 i nast. Taki odrębny rynek właściwy powinien przy tym całkowicie się mieścić (zawierać) w terytorialnych granicach danego państwa członkowskiego, choć równocześnie nie musi on bynajmniej pokrywać się z całym jego terytorium. Równie dobrze może on bowiem obejmować jedynie określoną część terytorium tego państwa; zob. też: J.S.Venit, *The „Merger” Control Regulation: Europe Comes of Age...or Caliban’s Dinner*, „Common Market Law Review”, vol. 27/1990, s.9.

wszelkie cechy odrębnego rynku i nie stanowi równocześnie znaczącej części Wspólnego Rynku.⁴² Jeżeli Komisja zgodzi się z twierdzeniem danego państwa co do wystąpienia okoliczności określonej w pkt. 1, wówczas może odesłać koncentrację do rozpatrzenia przez właściwy organ tego państwa. Jeżeli natomiast Komisja uzna zasadność stanowiska danego państwa co do wystąpienia okoliczności wyspecyfikowanej w pkt. 2, wówczas ma obowiązek przekazania przedmiotowej koncentracji właściwemu organowi krajowemu (art. 9, ust. 1-3). Warto w tym miejscu podkreślić, że możliwość rozpatrywania przez organy krajowe takich koncentracji, które wprawdzie posiadają wymiar wspólnotowy (w rozumieniu art. 1, ust. 2 i 3 rozporządzenia), lecz równocześnie mogą znacząco wpłynąć na konkurencję na odrębnym rynku danego państwa członkowskiego bardzo dobrze wpisuje się w sens traktatowej zasady subsydiarności,⁴³ jako że w tym przypadku określoną koncentrację ma szansę oceniać organ, który jest najlepiej umiejscowiony i znajduje się najbliżej danego problemu.

Rozporządzenie 139/2004/WE przewiduje ponadto dwie takie sytuacje, w których istnieje możliwość rozpatrywania przez Komisję operacji koncentracyjnych niemających wymiaru wspólnotowego (w rozumieniu art. 1, ust. 2 i 3). Po pierwsze, jeszcze przed dokonaniem zgłoszenia danej – niemającej wymiaru wspólnotowego – koncentracji właściwemu organowi krajowemu zaangażowane w nią przedsiębiorstwa mogą powiadomić Komisję (w uzasadnionym wniosku), iż kon-

⁴² Należy przy tym zauważyć, że w swoim orzecznictwie (ukształtowanym na gruncie art. 86 TWE) Trybunał Sprawiedliwości uznawał za znaczącą część Wspólnego Rynku nawet niewielkie – w sensie terytorialnym – rynki geograficzne, np. rynki obejmujące obszar jednego portu lub jednej gminy; zob. orzeczenia ETS w sprawach: C-179/90 *Merci Convenzionali Porto di Genova SpA przeciwko Siderurgia Gabrielli SpA*, *Zbiór Orzeczeń 1991*, s.I-5889; C-266/96 *Corsica Ferries France SA przeciwko Gruppo Antichi Ormeggiatori del Porto di Genova Coop. arl i inni*, *Zbiór Orzeczeń 1998*, s.I-3949; C-323/93 *Société Civile Agricole du Centre d'Insémination de la Crespelle przeciwko Coopérative d'Elevage et d'Insémination Artificielle du Département de la Mayenne*, *Zbiór Orzeczeń 1994*, I-5077.

⁴³ Por.: P.Häberle, *Das Prinzip der Subsidiarität aus der Sicht der vergleichenden Verfassungslehre*, „Archiv des öffentlichen Rechts”, no. 2/1994, s.169 i nast.; A.Toth, *The Principle of Subsidiarity in the Maastricht Treaty*, „Common Market Law Review”, vol. 29/1992, s.1079 i nast.; N.Emiliou, *Subsidiarity: An Effective Barrier Against „the Enterprises of Ambition”*, „European Law Review”, vol. 17/1992, s.383 i nast.; D.Z.Cass, *The word that saves Maastricht? The principle of subsidiarity and the division of powers within the European Community*, „Common Market Law Review”, no. 6/1992, s.1107 i nast.; M.Sendrowicz, *Subsidiarność jako zasada ustrojowa w Unii Europejskiej w: Subsidiarność*, red. D.Milczarek, Warszawa 1998, s.61 i nast.

centracja ta może być poddana badaniu zgodnie z krajowym prawem konkurencji przez co najmniej trzy państwa członkowskie i że w związku z tym powinna ona zostać – w ich przekonaniu – zbadana przez Komisję. Powyższy wniosek jest następnie przesyłany przez Komisję do wszystkich państw członkowskich, przy czym te z nich, które są uprawnione do badania wspomnianej koncentracji zgodnie ze swoim prawem krajowym mogą (w terminie 15 dni) wyrazić swój sprzeciw wobec wniosku uczestniczących w tej koncentracji przedsiębiorstw o odesłanie sprawy do Komisji. W przypadku, gdy żadne z uprawnionych państw członkowskich nie wyrazi wzmiankowanego sprzeciwu, uznaje się, że koncentracja posiada wymiar wspólnotowy i powinna zostać w normalnym trybie zgłoszona Komisji. Żadne z państw członkowskich nie może wówczas stosować wobec tej koncentracji przepisów swojego prawa konkurencji (art. 4, ust. 5).

Po drugie, jedno lub więcej państw członkowskich może złożyć do Komisji wniosek o zbadanie każdej – zgłoszonej już w danym państwie – koncentracji (określonej w art. 3 rozporządzenia), która wprawdzie nie ma wymiaru wspólnotowego (w rozumieniu art. 1, ust. 2 i 3), ale wywiera wpływ na handel pomiędzy państwami członkowskimi⁴⁴ i zagraża w sposób znaczący konkurencji na terytorium państwa członkowskiego lub państw członkowskich składających wniosek. Jeżeli Komisja stwierdzi, że okoliczności podnoszone we wniosku danego państwa (lub państw) znajdują potwierdzenie w rzeczywistości, wówczas może podjąć decyzję o zbadaniu takiej koncentracji. We wspomnianej sytuacji występujące z wnioskiem państwo (państwa) członkowskie nie może już stosować wobec tej koncentracji przepisów

⁴⁴ Przesłanka „wpływu na handel pomiędzy państwami członkowskimi” znajduje się również w art. 81 TWE. W orzecznictwie ETS przyjęto, iż wpływ taki występuje wówczas, gdy dane działanie może – bezpośrednio lub pośrednio, rzeczywiście lub potencjalnie – oddziaływać na wolność wymiany towarów lub usług pomiędzy państwami członkowskimi, tak, że mogłoby to przeszkodzić w urzeczywistnieniu Jednolitego Rynku; zob. orzeczenia ETS w sprawach: 56 i 58/64 Consten i Grundig przeciwko Komisji, *Zbiór Orzeczeń 1966*, s.429; 56/65 Société Technique Minière, *Zbiór Orzeczeń 1966*, s.337; 23/67 Brasseries de Haecht, *Zbiór Orzeczeń 1967*, s.525; 89/85 Ahlström Osakeyhtiö i inni przeciwko Komisji, *Zbiór Orzeczeń 1993*, s.I-1307; C-234/89 Stergios Delimitis przeciwko Henninger Bräu AG, *Zbiór Orzeczeń 1991*, s.I-935; zob. też: G.Triantafyllakis, *Die Abgrenzung zwischen Kooperation und Kartell im deutschen und EG-Recht*, Frankfurt am Main-Bern-New York 1985, s.145 i nast.; R.Wesseling, *Subsidiarity in Community Antitrust Law: Setting the Right Agenda*, „European Law Review”, vol. 22/1997, s.41 i nast.; D.G.Goyder, *EC Competition Law*, op.cit., s.83 i nast.; P.Craig, G.de Búrca, *EU Law...*, op.cit., s.914-915; I.Zużewicz, *Zakaz porozumień antykonkurencyjnych w: Konkurencja*, op.cit., s.152 i nast.

prawa krajowego (art. 22, ust. 1-3). Państwo to nie może również – po przekazaniu sprawy Komisji – kontrolować dalszego przebiegu postępowania w tej sprawie, w tym też nie może określać, w jakim zakresie Komisja powinna prowadzić w tej sprawie dochodzenie.⁴⁵

Należałoby jeszcze dodać, że opisane powyżej rozwiązania prawne, pozwalające Komisji przejmować do rozpatrywania koncentracje niemające wymiaru wspólnotowego w rozumieniu art. 1, ust. 2 i 3 rozporządzenia, nie naruszają w żadnym razie zasady subsydiarności, jako że chodzi w tym przypadku o koncentracje, które mają naprawdę duże znaczenie z punktu widzenia Wspólnoty jako całości. Ponadto takie przejście sprawy przez Komisję następuje zawsze za zgodą pierwotnie właściwego organu krajowego. Jest to zatem sytuacja odmienna niż ta, o której jest mowa w art. 11, ust. 6 rozporządzenia 1/2003/WE.⁴⁶ W tym ostatnim bowiem przypadku Komisja może przejąć do prowadzenia we własnym zakresie daną, rozpatrywaną przez organ krajowy, sprawę (dotyczącą praktyki określonej w art. 81 lub 82 TWE) nawet wbrew woli (i opinii) tego organu.⁴⁷

Trzeba w tym miejscu podkreślić, że z uwagi na obowiązywanie rozporządzenia 139/2004/WE (a poprzednio rozporządzenia 4064/89) Komisja nie może już oceniać operacji koncentracyjnych na podstawie art. 81 lub 82 TWE. To wykluczenie możliwości stosowania tych artykułów (a także przepisów rozporządzenia 1/2003/WE) względem koncentracji dotyczy przy tym zarówno koncentracji posiadających wymiar wspólnotowy, jak też nie posiadających takiego charakteru.⁴⁸

⁴⁵ Orzeczenie SPI w sprawie T-221/95 Endemol przeciwko Komisji, *Zbiór Orzeczeń 1999*, s.II-1299.

⁴⁶ Rozporządzenie Rady z 16 grudnia 2002 r. w sprawie reguł stosowania art. 81 i 82 TWE, O. J., L 1/1/2003.

⁴⁷ To ostatnie rozwiązanie może być o tyle krytykowane, że wprowadza określony stan niepewności prawnej. Nie bardzo bowiem wiadomo, w jakich konkretnie przypadkach Komisja będzie przejmować poszczególne sprawy do prowadzenia we własnym zakresie, zob. też: J.Gröning, *Die dezentrale Anwendung des EG-Kartellrechts gemäß dem Vorschlag der Kommission zur Ersetzung der VO 17/62*, „Wettbewerb in Recht und Praxis”, no. 2/2001, s.84; S.Dudzik, *Wpływ członkostwa Polski w Unii Europejskiej na administrację rządową na przykładzie kooperacyjnego modelu stosowania wspólnotowego prawa konkurencji w: Przystąpienie Polski do Unii Europejskiej. Traktat Akcesyjny i jego skutki*, red. S.Biernat, S.Dudzik, M.Niedzwiedz, Zakamycze 2003, s.248 i nast.

⁴⁸ Por. art. 21, ust. 1 rozporządzenia 139/2004/WE; zob. też: W.Feldmann, *Die Europäische Fusionskontrolle – Ein Überblick für die Praxis*, „Wettbewerb in Recht und Praxis”, 1990, s.578; R.Whish, *Competition...*, op.cit., s.816; R.Lane, *EC Competition...*, op.cit., s.273.

Natomiast oba wymienione przepisy Traktatu – jako bezpośrednio skuteczne i przyznające w związku z tym poszczególnym jednostkom określone uprawnienia⁴⁹ – nadal mogą być stosowane wobec koncentracji przez sądy krajowe.⁵⁰ Do wyobrażenia jest zatem sytuacja, w której np. określone przedsiębiorstwo będące przedmiotem (obiektem) wrogiego przejęcia przez inne – posiadające pozycję dominującą – przedsiębiorstwo wystąpi z wnioskiem do sądu krajowego o uznanie takiej transakcji za nieważną, jako będącą przejawem zakazanego przez art. 82 TWE nadużycia pozycji dominującej. Wydaje się przy tym, że sądy krajowe mogą stosować art. 81 i 82 TWE wobec wszystkich rodzajów koncentracji, bez względu na ich rozmiar.⁵¹

Kontrowersyjna jest natomiast kwestia, czy art. 81 i 82 TWE (jako zawarte w prawie pierwotnym) mogłyby być stosowane względem operacji koncentracyjnych przez krajowe organy ochrony konkurencji.⁵² Wydaje się, iż – przynajmniej teoretycznie – istnieje taka możliwość, z tym wszakże zastrzeżeniem, że dotyczyłoby to jedynie koncentracji niemających wymiaru wspólnotowego. Ponadto organy krajowe nie mogłyby wówczas stosować określonych w rozporządzeniu 1/2003 proceduralnych zasad współpracy pomiędzy nimi a Komisją Europejską (wspomniano już bowiem o tym, że przepisów rozporządzenia 1/2003 w ogóle nie stosuje się wobec koncentracji – art. 21, ust. 1 rozporządzenia 139/2004/WE).

4. Kryteria oceny operacji koncentracyjnych na gruncie rozporządzenia 139/2004/WE

W każdym ustawodawstwie antymonopolowym kwestią niezwykle istotną są kryteria oceny operacji koncentracyjnych, czyli – inaczej mówiąc – czynniki (elementy), jakie powinny być brane pod uwagę

⁴⁹ Art. 82 TWE został uznany za bezpośrednio skuteczny w orzeczeniu ETS w sprawie 66/86 Ahmed Saeed Flugreisen i Silver Line Reisebüro GmbH przeciwko Zentrale Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V., *Zbiór Orzeczeń 1989*, s.803; natomiast art. 81 TWE stał się w całości (łącznie z ust. 3) bezpośrednio skutecznym od 1 maja 2004 r., wraz z wejściem w życie rozporządzenia 1/2003/WE (kwestia bezpośredniej skuteczności art. 81 TWE wyglądała przy tym inaczej do dnia 1 maja 2004 r. – zob. orzeczenie ETS w sprawie 209-213/84 Ministère Public przeciwko Asjes, *Zbiór Orzeczeń 1986*, s.1425).

⁵⁰ Por.: P.Craig, G.de Búrca, *EU Law...*, op.cit., s.1000; J.S.Venit, *The „Merger” Control...*, op.cit., s.10; R.Whish, *Competition...*, op.cit., s.817; R.Lane, *EC Competition...*, op.cit., s.274.

⁵¹ J.Steiner, L.Woods, *Textbook on EC Law*, London 2000, s.263.

⁵² R.Streinz, *Europarecht*, Heidelberg 1996, s.279.

przez organy antymonopolowe przy wydawaniu rozstrzygnięć w sprawach koncentracji. W toku prac nad nowym rozporządzeniem zagadnienie kryteriów ewaluacji koncentracji było przy tym kwestią niezwykle sporną i budziło sporo kontrowersji. Ostatecznie kryteria zawarte w rozporządzeniu 139/2004/WE w znaczący sposób różnią się od tych kryteriów, które były zamieszczone w rozporządzeniu poprzednio obowiązującym.

Zgodnie z art. 2, ust. 2 rozporządzenia 4064/89, koncentracja, która nie prowadziła do utworzenia lub umocnienia pozycji dominującej i nie powodowała w rezultacie istotnego ograniczenia skutecznej konkurencji na Wspólnym Rynku lub jego znacznej części była uznawana za zgodną ze Wspólnym Rynkiem. Komisja miała wówczas obowiązek wyrazić zgodę na taką koncentrację (art. 8, ust. 2). Z kolei koncentracja, która stwarzała lub umacniała pozycję dominującą, w wyniku czego dochodziło do istotnego ograniczenia skutecznej konkurencji na Wspólnym Rynku lub jego znacznej części była uznawana za niezgodną ze Wspólnym Rynkiem (art. 2, ust. 3). Wobec zamiaru dokonania przez przedsiębiorstwa takiej koncentracji Komisja miała obowiązek zająć stanowisko negatywne (tj. odmawiające zgody – art. 8, ust. 3).

Z powyższego wynika, że aby Komisja mogła – na gruncie rozporządzenia 4064/89 – zakazać dokonania danej koncentracji musiały być spełnione dwa warunki. Po pierwsze, musiało dojść do utworzenia lub umocnienia pozycji dominującej, a po drugie – do istotnego ograniczenia skutecznej konkurencji (był to tzw. test dwuetapowy). Z kolei, jeżeli dana koncentracja nie prowadziła do powstania (umocnienia) pozycji dominującej, wówczas była uznawana za zgodną ze Wspólnym Rynkiem, bez konieczności dalszego badania jej rezultatów w zakresie skutecznej konkurencji.⁵³ Takie rozwiązanie zaczęło być wszakże z czasem poddawane krytyce, jako nie w pełni pozwalające zapobiegać wszelkim antykonkurencyjnym koncentracjom. Ten brak możliwości zapobieżenia (zakazania) dotyczył zwłaszcza takich koncentracji, w wyniku których na rynku pozostawało kilku oligopolistów, z których żaden nie posiadał indywidualnie pozycji dominującej i nie wchodził też w żadne koordynacyjne relacje z pozostałymi oligopolistami (tzw. *non-*

⁵³ Zob. szerzej: V.Emmerich, *Kartellrecht*, op.cit., s.463 i nast.; T.A.Downes, D.S.MacDougall, *Significantly Impeding Effective Competition: Substantive Appraisal under the Merger Regulation*, „European Law Review”, vol. 19/1994, s.286 i nast.; R.Lane, *EC Competition...*, op.cit., s.264 i nast.; P.Craig, G.de Búrca, *EU Law...*, op.cit., s.989 i nast.; R.Whish, *Competition...*, op.cit., s.833 i nast.; D.G.Goyder, *EC Competition...*, op.cit., s.351 i nast.; J.S.Venit, *The „Merger” Control...*, op.cit., s.19 i nast.; M.Siragusa, R.Subiotto, *The EEC Merger ...*, op.cit., s.915 i nast.

collusive oligopoly). Pomimo że taki – powstały w wyniku koncentracji – oligopol mógł prowadzić do bardzo istotnego ograniczenia konkurencji na danym rynku, to jednak z formalnego punktu widzenia Komisja nie miała prawnych możliwości przeciwstawienia się koncentracji prowadzącej do jego powstania.⁵⁴ W związku z tym w toku prac nad nowym rozporządzeniem zaproponowano rezygnację z testu (kryterium) „powstania (umocnienia) pozycji dominującej” na rzecz testu (kryterium) „istotnego ograniczenia konkurencji”.⁵⁵ Ostatecznie propozycja ta została przez ustawodawcę wspólnotowego zaakceptowana.

Zgodnie z art. 2, ust. 2 rozporządzenia 139/2004/WE, koncentracja, która nie ogranicza znacząco skutecznej konkurencji na Wspólnym Rynku lub jego znacznej części, w szczególności poprzez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej, jest uznawana za zgodną z nim. W takim przypadku Komisja jest zobligowana do wydania decyzji uznającej daną koncentrację za zgodną ze Wspólnym Rynkiem (art. 8, ust. 1).⁵⁶ Z kolei koncentracja, która ogranicza znacząco skuteczną konkurencję na Wspólnym Rynku lub jego znacznej części, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej, jest uznawana za niezgodną z nim (art. 2, ust. 3). Wówczas Komisja musi wydać formalną decyzję o uznaniu danej koncentracji za niezgodną ze Wspólnym Rynkiem (art. 8, ust. 3).

⁵⁴ Zob. orzeczenie SPI w sprawie T-342/99 *Airtours* przeciwko Komisji, *Zbiór Orzeczeń 2002*, s.II-2585; zob. też: R.Whish, *Competition...*, op.cit., s.878; D.G.Goyder, *EC Competition...*, op.cit., s.369.

⁵⁵ Zob. szerzej: R.Whish, *Substantial lessening of competition/creation or strengthening of dominance*, 28 September 2002,

(<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/conference-speeches.html>); J.Vickers, *How to reform the EC merger test?*, 8 November 2002, (<http://www.of.gov.uk>); J.Fingelton, *Does Collective Dominance Provide Suitable Housing for All Anti-competitive Oligopolistic Mergers*, *Fordham Corporate Law Institute* 2002, s.181 i nast.; U.Böge, I.Muller, *From the Market Dominance Test to the SLC Test: Are there any reasons for a change?*, „*European Competition Law Review*”, vol. 23/2002, s.495

i nast.; U.Böge, *Analytical Framework of Merger Review*, 28 September 2002, (<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/conferencespeeches.html>); J.Levy, *Dominance vs SLC: A Subtle Distinction*, 8 November 2002, (<http://www.ibanet.org>).

⁵⁶ Należy przy tym dodać, że decyzja uznająca koncentrację za zgodną ze Wspólnym Rynkiem obejmuje również ograniczenia bezpośrednio związane z daną koncentracją i niezbędne dla jej dokonania (art. 8, ust. 1, zd. 2), zob. też: F.Sinclair, *Ancillary Restraints under the Merger Regulation: The Commission's Approach Cast into Doubt by the Court of First Instance*, „*European Competition Law Review*”, vol. 24/2003, s.315 i nast.; R.Whish, *Competition...*, op.cit., s.849-850.

Z powyższego wynika, że po wejściu w życie rozporządzenia 139/2004/WE sposób dokonywania oceny operacji koncentracyjnych bardzo istotnie się zmienił. Obecnie cały wysiłek Komisji w omawianym zakresie powinien się skupiać na dokonaniu prognostycznej oceny, czy dana koncentracja doprowadzi czy też nie doprowadzi do znaczącego ograniczenia skutecznej konkurencji na Wspólnym Rynku. W takim układzie kluczową kwestią staje się odpowiedź na pytanie, co to właściwie znaczy, że dana operacja koncentracyjna prowadzi do znaczącego ograniczenia konkurencji i jakie czynniki (elementy) świadczą o tym, iż dana koncentracja wywołuje taki właśnie skutek.

Można – jak się wydaje – zaryzykować twierdzenie, że dane działania rynkowe (w omawianym przypadku działaniem tym będzie dokonanie określonej operacji koncentracyjnej) prowadzi do ograniczenia konkurencji, jeżeli jest sprzeczne z celami prawa antymonopolowego przyjętymi w danym systemie prawnym.⁵⁷ Jeżeli zatem określona koncentracja wywoła skutek, który będzie pozostawał w sprzeczności z celami wspólnotowego prawa konkurencji, to wówczas uprawnione będzie stwierdzenie, iż koncentracja ta ogranicza konkurencję.

Nie ulega wątpliwości, że zasadniczym celem wspólnotowego prawa konkurencji jest dążenie do zagwarantowania efektywności gospodarowania, przy czym chodzi tu o zapewnienie efektywności zarówno gospodarce wspólnotowej jako całości, jak też poszczególnym jej uczestnikom (przedsiębiorstwom). Mówiąc zaś bardziej precyzyjnie, wspólnotowe prawo konkurencji zmierza do osiągnięcia stanu efektywności alokacyjnej (jest to stan optymalnej alokacji zasobów w gospodarce), efektywności produkcyjnej (chodzi o zwiększanie wielkości produkcji przy równoczesnym obniżaniu kosztów) oraz efektywności dynamicznej (wyrażającej się poprzez postęp techniczny, czyli wprowadzanie na rynek nowych bądź ulepszonych produktów i technologii). Nie mniej istotnym celem prawa antymonopolowego Wspólnoty Europejskiej jest ochrona konsumentów przed zagrażającymi im – a dokonywanymi przez przedsiębiorstwa – praktykami eksploatacyjnymi, których istotą jest ekonomiczne wyzyskiwanie (drenaż) konsumentów (czyli transfer dobrobytu z kieszeni konsumentów na rzecz producentów). Nie można wreszcie zapominać o tak istotnym celu wspólnotowego prawa konkurencji, jakim jest chęć pełnego urzeczywistnienia Wspólnego Rynku (swobodnego przepływu towarów, osób,

⁵⁷ D.Miąsik, *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym*, Zakamycze 2004, s.194.

usług i kapitału), czyli jego ochrona przed szkodzącymi mu działaniami poszczególnych przedsiębiorstw.⁵⁸ Bez żadnej wątpliwości również rozporządzenie 139/2004/WE realizuje wymienione powyżej cele, o czym świadczy chociażby art. 2, ust. 1 tego rozporządzenia.⁵⁹ Z treści powołanego przepisu można wywnioskować, iż rozporządzenie (wraz

z mechanizmem prewencyjnego zapobiegania określonym koncentracjom) ustanowiono po to, by zachować i rozwijać skuteczną konkurencję na Wspólnym Rynku (łącznie z zachowaniem prawidłowej struktury na poszczególnych rynkach) oraz by zagwarantować postęp techniczny i gospodarczy a także ochronę interesów konsumentów.

To, czy dana operacja koncentracyjna przyczynia się do realizacji wskazanych powyżej celów (i w rezultacie nie ogranicza znacząco skutecznej konkurencji oraz jest zgodna ze Wspólnym Rynkiem) czy też – wręcz przeciwnie – w istotny sposób sprzeciwia się pełnemu urzeczywistnianiu tychże celów (a więc ogranicza znacząco konkurencję) może być stwierdzone dopiero po przeprowadzeniu precyzyjnej i pogłębionej ekonomicznie⁶⁰ analizy konkretnej koncentracji oraz warunków

⁵⁸ Por.: W.Sauter, *Competition policy w: The European Union. Economics and Policies*, ed. Ali M.El-Agraa, London 2001, s.187; V.Emmerich, *Kartellrecht*, op.cit., s.369 i nast.; R.Lane, *EC Competition...*, op.cit., s.26 i nast.; R.Whish, *Competition...*, op.cit., s.17 i nast.; D.G.Goyder, *EC Competition Law*, op.cit., s.8-9; J.Steiner, L.Woods, *Textbook...*, op.cit., s.209 i nast.; P.Craig, G.de Búrca, *EU Law...*, op.cit., s.891-892; C.D.Ehlermann, *The Contribution of EC Competition Policy to the Single Market*, „Common Market Law Review”, vol. 29/1992, s.257 i nast.; równocześnie jest kwestią kontrowersyjną, czy wspólnotowe prawo konkurencji realizuje także (lub powinno realizować) cele o charakterze niekonkurencyjnym, jak np. zwiększanie ekonomicznej i społecznej spójności Wspólnoty, zob. np.: J.H.Quellmalz, *Die Justiziabilität des Art. 81 Abs. 3 EG und die nichtwettbewerblichen Ziele des EG-Vertrages*, „Wettbewerb in Recht und Praxis” 2004, s.463 i nast.

⁵⁹ W myśl art. 2, ust. 1 rozporządzenia, dokonując oceny koncentracji Komisja powinna w szczególności uwzględniać: a) potrzebę zachowania i rozwoju skutecznej konkurencji na Wspólnym Rynku, z punktu widzenia, między innymi, struktury wszystkich rynków oraz rzeczywistej lub potencjalnej konkurencji ze strony przedsiębiorstw zlokalizowanych we Wspólnocie lub poza nią; b) pozycję rynkową zainteresowanych przedsiębiorstw oraz ich siłę ekonomiczną i finansową, możliwości dostępne dla dostawców i użytkowników, ich dostęp do zaopatrzenia lub rynków, wszelkie prawne lub inne bariery wejścia na rynek, trendy podaży i popytu w stosunku do właściwych dóbr i usług, interesy konsumentów pośrednich i końcowych oraz rozwój postępu technicznego i gospodarczego, pod warunkiem, że dokonuje się on z korzyścią dla konsumentów i nie stanowi przeszkody dla konkurencji.

⁶⁰ Por.: A.Jurkowska, *Economic Approach jako jeden z głównych kierunków modernizacji wspólnotowego prawa konkurencji na przykładzie nowych regulacji w dzie-*

rynkowych, w jakich jest ona przeprowadzana. Dokonując tej analizy trzeba przy tym pamiętać, że rodzaj negatywnych skutków dla mechanizmu skutecznej konkurencji oraz sposób przejawiania się tychże skutków jest inny, w zależności od tego, czy chodzi o koncentracje horyzontalne (przeprowadzane pomiędzy konkurentami), wertykalne (przeprowadzane pomiędzy przedsiębiorstwami działającymi na różnych szczeblach obrotu), czy też koncentracje konglomeratowe (a więc takie, w których uczestniczą przedsiębiorstwa działające na różnych rynkach produktowych).⁶¹ Stąd też badając wpływ poszczególnych rodzajów koncentracji na konkurencję należy brać pod uwagę bardzo różne – zależne właśnie od rodzaju koncentracji – czynniki.⁶²

Należy tutaj mocno podkreślić, że dla stwierdzenia tego, czy dana koncentracja znacząco ogranicza skuteczną konkurencję bynajmniej nie ma przesądzającego (rozstrzygającego) znaczenia sam tylko fakt uzyskania (umocnienia) przez koncentrujące się przedsiębiorstwa pozycji dominującej na rynku.⁶³ Wprowadzenie stwierdzenia tego faktu w trakcie dokonywania oceny koncentracji jest dla Komisji bardzo ważną wskazówką (że doszło do ograniczenia konkurencji),⁶⁴ tym niemniej – o czym nie można zapominać – zidentyfikowanie pozycji dominującej na rynku jest zaledwie jednym z elementów całej tej (rozbudowanej) oceny (ewaluacji) i nie może być rozpatrywane w ode-

dzinie porozumień kooperacyjnych w: Prawo gospodarcze Wspólnoty Europejskiej na progu XXI wieku, red. C.Mik, Toruń 2002, s.179 i nast.

⁶¹ Por.: V.Emmerich, *Kartellrecht*, op.cit., s.293 i nast.; R.Whish, *Competition...*, op.cit., s.780-781; P.Craig, G.de Búrca, *EU Law...*, op.cit., s.979-980; F.Rittner, *Einführung...*, op.cit., s.358; W.Szpringer, *Łączenie przedsiębiorstw...*, op.cit., s.89 i nast.

⁶² Zob. np. obwieszczenie Komisji w sprawie oceny koncentracji horyzontalnych, O.J., C 31/5/2004.

⁶³ Pozycję dominującą na rynku posiada przedsiębiorstwo, które jest w stanie działać niezależnie od swoich konkurentów i kontrahentów oraz może zapobiegać skutecznej konkurencji na danym rynku – zob. orzeczenia ETS w sprawach: 85/76 Hoffmann-La Roche i Co AG przeciwko Komisji, *Zbiór Orzeczeń 1979*, s.461; 27/76 United Brands Company i United Brands Continental B.V. przeciwko Komisji, *Zbiór Orzeczeń 1978*, s.207; 6/72 Europemballage Corporation i Continental Can Company Inc. przeciwko Komisji, *Zbiór Orzeczeń 1973*, s.215; zob. też: C.W.Baden Fuller, *Article 86 EEC: Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position*, „European Law Review”, vol. 4/1979, s.423 i nast.; V.Korah, *Concept of a dominant position within the meaning of article 86*, „Common Market Law Review”, vol. 17/1980, s.395 i nast.

⁶⁴ Powstanie pozycji dominującej na rynku będzie mogło być uznane za przejaw znaczącego ograniczenia konkurencji na tymże rynku zwłaszcza wówczas, gdy zaistnieje bardzo poważne ryzyko nadużywania przez dane przedsiębiorstwo – ze szkodą dla konkurentów i konsumentów – tej uzyskanej przez siebie pozycji.

rwaniu od innych elementów analizy. W szczególności może się zdarzyć, iż pomimo stwierdzenia, że w wyniku koncentracji powstanie

pozycja dominująca Komisja nie uzna, by mogło w danym przypadku dojść do znaczącego ograniczenia skutecznej konkurencji. Będzie tak zwłaszcza wówczas, gdy dana koncentracja – pomimo wykreowania pozycji dominującej – wywoła wzrost efektywności (np. pojawi się możliwość wprowadzenia na rynek nowych produktów i technologii, dojdzie do znaczącego obniżenia kosztów produkcji pewnych dóbr, zwiększy się zakres dostępnego konsumentom wyboru itp.). Trzeba bowiem pamiętać, że wzrost efektywności gospodarowania (alokacyjnej, produkcyjnej i dynamicznej) oraz wzrost dobrobytu konsumentów (*consumer's welfare*) są pierwszoplanowymi celami wspólnotowego prawa konkurencji i w rezultacie każde działanie (w tym też działanie koncentracyjne) przyczyniające się do osiągnięcia tychże celów w oczywisty sposób nie będzie mogło być uznane za ograniczające skuteczną konkurencję. Powyższe prowadzi do wniosku, że w przypadku każdej koncentracji należy dokonać oceny i wyważenia (bilansu) jej anty- i prokonkurencyjnych skutków. Trzeba dokładnie sprawdzić, czy pomimo wołania pewnych antykonkurencyjnych skutków (np. w postaci umocnienia się pozycji dominującej) dana koncentracja nie prowadzi równocześnie do rezultatów pozytywnych dla konkurencji (takich jak wzrost efektywności). Jeżeli ów bilans dla konkurencji jest pozytywny, to wówczas należy – rzecz jasna – przyjąć, iż dana koncentracja „nie ogranicza znacząco skutecznej konkurencji na Wspólnym Rynku” i jako taka jest zgodna ze Wspólnym Rynkiem (art. 2, ust. 2 rozporządzenia).⁶⁵

⁶⁵ Trzeba w tym miejscu przypomnieć, że pod rządami poprzednio obowiązującego rozporządzenia 4064/89 było kwestią niezwykle kontrowersyjną, czy Komisja – dokonując oceny konkretnej koncentracji – może uwzględniać argument koncentrujących się przedsiębiorstw w postaci wzrostu efektywności (*efficiency, efficiencies defence*). Przeważało wówczas stanowisko, że rozporządzenie to – w przeciwieństwie np. do przepisów amerykańskiego prawa antytrustowego – nie pozwalało na uwzględnianie przesłanki efektywności. Faktem jest przy tym, że w okresie obowiązywania wspomnianego rozporządzenia Komisja nie wydała ani jednej decyzji, w której by uznała, że dana koncentracja – pomimo że prowadzi do powstania lub umocnienia pozycji dominującej – jest zgodna ze Wspólnym Rynkiem, gdyż wywołuje efekt w postaci wzrostu efektywności – zob.: F.Immenga, M.Stopper, *Impulsgeber Baby Food Merger – Die Berücksichtigung des Effizienzgedankens im US-amerikanischen und europäischen Fusionskontrollrecht*, „Recht der internationalen Wirtschaft”, 2001, s.512 i nast.; D.G.Goyder, *EC Competition...*, op.cit., s.363; R.Whish, *Competition...*, op.cit., s.843 i nast.; P.Craig, G.de Búrca, *EU Law...*, op.cit., s.996 i nast.; pod rządami obec-

Dotychczas była mowa o sytuacji, w której dana koncentracja powoduje powstanie (umocnienie) pozycji dominującej, lecz mimo to (z uwagi na przesłankę efektywności) jest uznawana za zgodną ze Wspólnym Rynkiem. Możliwe jest jednak także zaistnienie sytuacji dokładnie odwrotnej, tj. takiej, w której koncentracja nie doprowadza do powstania (umocnienia) pozycji dominującej, a mimo to „*ogranicza znacząco skuteczną konkurencję na Wspólnym Rynku*” i zostaje uznana przez Komisję za niezgodną ze Wspólnym Rynkiem (art. 2, ust. 3 rozporządzenia). Będzie tak chociażby wówczas, gdy w wyniku koncentracji powstanie na danym rynku wąski oligopol, a więc struktura rynkowa charakteryzująca się występowaniem jedynie kilku przedsiębiorstw. Wówczas może dojść do zaniku (wyeliminowania) wszelkiej presji konkurencyjnej, jaką większa liczba przedsiębiorstw wywierała na siebie przed dokonaniem koncentracji. Nawet, jeżeli członkowie takiego oligopolu nie będą wzajemnie koordynować swoich zachowań i porozumiewać się ze sobą (tzw. *non-collusive oligopoly*), to i tak skutkiem tego może być np. ograniczenie produkcji i wzrost cen dla konsumentów. Nie ulega wątpliwości, że taka sytuacja będzie wyczerpywać znamiona „znaczącego ograniczenia skutecznej konkurencji” i to bez względu na to, że żaden z członków oligopolu nie będzie indywidualnie posiadał pozycji dominującej oraz że pozycji takiej nie będą również posiadali wspólnie wszyscy członkowie tego monopolu (w orzecznictwie organów antymonopolowych przeważa bowiem stanowisko, że dla stwierdzenia występowania tzw. wspólnej lub kolektywnej pozycji dominującej wymagane jest zaistnienie chociażby cichej koordynacji wzajemnych zachowań pomiędzy członkami oligopolu).⁶⁶

nego rozporządzenia (139/2004/WE) nie ulega już żadnej wątpliwości, że przesłanka efektywności musi być brana pod uwagę. Trudno bowiem wyobrazić sobie możliwość dokonania rzetelnej oceny, czy dana koncentracja „*znacząco ogranicza skuteczną konkurencję*” bez wzięcia pod uwagę korzyści (lub też negatywnych następstw) wynikających z tej koncentracji dla efektywności. Skuteczna konkurencja wyraża się przecież m. in. we wzroście efektywności i dlatego też działania koncentracyjne zwiększające tę efektywność nie ograniczają konkurencji; zob. też pkt 29 preambuły do rozporządzenia 139/2004/WE.

⁶⁶ Por. decyzję Komisji w sprawie IV/M190 Nestlé/Perrier, O. J., L 356/1992, orzeczenie SPI w sprawie T-342/99 Airtours przeciwko Komisji, *Zbiór Orzeczeń 2002*, s.II-2585; zob. też: A.Winckler, M.Hansen, *Collective Dominance under the EC Merger Control Regulation*, „Common Market Law Review”, vol. 30/1993, s.787 i nast.; J.S.Venit, *Two steps forward and no steps back: economic analysis and oligopolistic dominance after Kali&Salz*, „Common Market Law Review”, vol. 35/1998, s.1101

i nast.; G.Monti, *The scope of collective dominance under articles 82 EC*, „Common

Przykład pokazuje, że zawarte w nowym rozporządzeniu kryteria ewaluacji koncentracyjnych zamiarów przedsiębiorców – pozwalające blokować nawet takie operacje koncentracyjne, w wyniku których nie dochodzi do powstania pozycji dominującej (również kolektywnej pozycji dominującej) – są bardzo odpowiednie, gdyż umożliwiają Komisji dokonywanie pogłębionej ekonomicznie analizy poszczególnych sytuacji rynkowych.

Market Law Review', vol. 38/2001, s.131 i nast.; D.G.Goyder, *EC Competition...*, op.cit., s.364 i nast.; B.Majewska-Jurczyk, *Dominacja w polityce konkurencji Unii Europejskiej*, Wrocław 1998, s.118 i nast.