

Rozdział I. Wprowadzenie

§ 1. Cel monografii

Celem pracy jest odpowiedź na pytanie czy efektywność ogólnej regulacji koncentracji przedsiębiorstw w unijnym prawie konkurencji uległa zwiększeniu po przeprowadzeniu reformy systemu odesłań spraw z rozporządzenia Rady (WE) 139/2004. Ponadto, praca ma na celu wykazanie możliwości zastosowania metody OSR w procesie stanowienia nowego prawa i nowelizacji istniejącego. Metoda OSR jest bowiem użyteczna w procesie legislacyjnym i powinno się jej poświęcić więcej uwagi w polskiej literaturze naukowej. Przeprowadzone badania mogą, więc służyć wzbogaceniu istniejącego stanu wiedzy o analizę efektywności znowelizowanego systemu odesłań spraw z rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw przy zastosowaniu metody OSR.

§ 2. Rozważania ogólne

Wysoka jakość otoczenia prawnego została uznana za jeden z kluczowych elementów polepszania konkurencyjności unijnej gospodarki w Strategii Lizbońskiej. Obecnie powszechnie podzielany jest pogląd, że uproszczenie i udoskonalenie prawa unijnego ułatwi jego implementację przez państwa członkowskie i zredukuje koszty ponoszone zarówno przez przedsiębiorstwa jak i przez organy administracji. Realizacji tej polityki służy inicjatywa *better regulation*, której głównym założeniem jest polepszenie otoczenia prawnego poprzez przegląd oraz eliminację zbędnych regulacji, uproszczenie procedur, OSR i zmniejszenie obciążeń administracyjnych.

Better regulation oznacza także zmianę procesu tworzenia prawa w ten sposób, by wszystkie instytucje biorące w nim udział kierowały się tymi samymi zasadami, a przygotowywane akty prawne były przejrzyste i zrozumiałe. Ponadto, ma za zadanie propagować zasadę subsydiarności i proporcjonalności, zgodnie z którymi UE powinna podejmować działania tylko wtedy, gdy zachodzi taka konieczność, a związany z tym stopień obciążenia prawnego jest proporcjonal-

ny do zamierzonego celu. W realizacji tej inicjatywy istotną rolę pełni KE i inne instytucje unijne.

Ocena Skutków Regulacji jest jednym z instrumentów reformy regulacji mającej na celu poprawę jakości stanowionego prawa (ang. *better regulation process*). W metodologii OSR dochodzi do integracji prawa i ekonomii, gdyż bada się skutki ekonomiczne i społeczne proponowanych lub istniejących regulacji. Badania takie są charakterystyczne dla dziedziny nauki określanej jako **ekonomiczna analiza prawa** (ang. *law and economics*). Jednym z ważniejszych założeń ekonomicznej analizy prawa jest twierdzenie, że to, co stanowi o istocie prawa, daje się zredukować do faktów o charakterze ekonomicznym. Zgodnie ze standardowym twierdzeniem ekonomicznej analizy prawa, prawo powinno być w sensie ekonomicznym efektywne. To twierdzenie występuje w wersji mocniejszej (jedynym celem prawa powinna być efektywność ekonomiczna) lub w wersji słabszej (jednym z podstawowych celów prawa – obok sprawiedliwości – powinna być efektywność ekonomiczna). Posługując się metodami wykorzystywanymi w analizie ekonomicznej, daje się formułować różne teorie, w których sprawiedliwość może być rozumiana jako wzajemna korzyść czy bezstronność.

Ekonomicznie efektywne jest prawo spełniające wymogi, które stawia analiza ekonomiczna, np. konieczność prowadzenia tzw. rachunku użyteczności, określonego również jako rachunek szczęśliwości. Mianowicie, interes społeczny stanowi wypadkową interesów jednostek, a tym samym zwiększenie zadowolenia poszczególnych jednostek zwiększa szczęśliwość społeczeństwa jako całości. Ekonomiczna analiza prawa umożliwia również przeprowadzenie badania kosztów związanych z zastosowaniem określonych norm czy też całych regulacji prawnych. Jedną z fundamentalnych zasad ekonomicznej analizy prawa jest zasada maksymalizacji dobrobytu.

Ekonomia prawa może oznaczać pewien wyspecjalizowany rodzaj metod, które w pewnych interpretacyjnych kontekstach prawniczych umożliwiają dokonanie ekonomicznie efektywnego rozstrzygnięcia trudnego przypadku. Obiektywna potrzeba ekonomicznej analizy prawa pojawia się w sytuacji, kiedy zaistniał problem określenia stopnia efektywności proponowanego rozstrzygnięcia, gdy należy policzyć i zoptymalizować koszty związane z powstaniem nowych lub nowelizacją istniejących regulacji prawnych lub gdy należy ustalić jak ma zostać dokonana właściwa alokacja pewnych dóbr lub uproszczenie procedur prawnych. W pracy metoda ekonomicznej analizy prawa została zastosowana do oceny czy procedurę alokacji kompetencji (do badania spraw dotyczących koncentracji przedsiębiorstw) pomiędzy KE i KOOK można uznać za właściwą (optymalną) po wejściu w życie rozporządzenia Rady (WE) 139/2004.

Centralnym pojęciem w ekonomicznej analizie prawa jest pojęcie regulacji jako czynności, które opisują rzeczywiste zachowanie lub rzeczywistą moż-

liwość zachowania podmiotów gospodarczych, a nie jedynie potencjalną możliwość wynikającą z norm prawnych. Tworzenie prawa powinno się odbywać na solidnych podstawach, co wymaga szczegółowych uregulowań oraz stałego monitoringu efektywności procesu stanowienia prawa, aby można było dokonać korekty niedoskonałości i błędów procesu. Proces stanowienia prawa powinien uwzględniać udział podmiotów, których tworzone prawo będzie bezpośrednio dotyczyć. W pracy tymi podmiotami są przedsiębiorstwa i organy ochrony konkurencji.

Unia Europejska ustanawia rynek wewnętrzny i „działa na rzecz trwałego rozwoju Europy, którego podstawą jest zrównoważony wzrost gospodarczy oraz stabilność cen, społeczna gospodarka rynkowa o wysokiej konkurencyjności zmierzająca do pełnego zatrudnienia i postępu społecznego oraz wysoki poziom ochrony i poprawy jakości środowiska¹”. Korzystając z wolności gospodarczej i gwarancji własności, przedsiębiorstwa mają prawo dokonywać koncentracji. Dzięki efektom zakresu i skali wiążącym się z koncentracją, przedsiębiorstwa mogą podwyższyć poziom alokacyjnej, produkcyjnej i innowacyjnej efektywności działania, a w konsekwencji zwiększyć swój udział w rynku i władzy rynkowej. Jako że, zdecydowana większość koncentracji dokonywanych na rynku wewnętrznym UE służy właśnie takim celom oraz prowadzi do rozwoju konkurencji na tym rynku i wzrostu konkurencyjności gospodarki europejskiej na rynkach globalnych, unijne prawo kontroli koncentracji jest oparte na zasadzie domniemania zgodności koncentracji z regułami wolnego handlu i skutecznej konkurencji.

Przedsiębiorstwa mogą jednak dokonywać także takich koncentracji, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie lub ograniczenie konkurencji, umożliwiające w konsekwencji manipulowanie wysokością cen i wielkością podaży towarów, ograniczenie konsumentom skali wyboru oferowanych produktów, obniżenie poziomu innowacyjności gospodarki czy jakości określonych produktów. Takie antykonkurencyjne koncentracje pozostają w sprzeczności z działaniami UE mającymi na celu zagwarantowanie „systemu zapewniającego niezakłóconą konkurencję na rynku wewnętrznym” (dawny art. 3 ust. 1 lit. g TWE). Mimo uchylenia tego przepisu przez TL przeciwdziałanie nadmiernej koncentracji przedsiębiorstw stanowi w dalszym ciągu jeden z głównych elementów unijnych reguł konkurencji².

Zamiar dokonania koncentracji o wymiarze unijnym podlega zgłoszeniu do KE. Wymiar unijny oznacza, że transakcja spełnia kryteria obrotów określone w art. 1 rozporządzenia Rady (WE) 139/2004 oraz jest koncentracją w rozumie-

¹ Art. 3 TUE.

² A. Jurkowska-Gomułka, T. Skoczny, Wspólne reguły, s. XXIV–113.

niu art. 3 tego rozporządzenia. Generalnie, koncentracje o wymiarze unijnym podlegają wyłącznej właściwości KE, czyli KOOK nie mogą do takich koncentracji stosować przepisów prawa krajowego. Rozporządzenie przewiduje mechanizm jurysdykcyjny w postaci systemu odesłań spraw pomiędzy KE i organami ochrony konkurencji państw członkowskich. Na system odesłań spraw składają się cztery mechanizmy korekcyjne. Dwa z mechanizmów (art. 9 i 22 rozporządzenia Rady (WE) 139/2004) mają zastosowanie w przypadku koncentracji już zgłoszonych (*ex post*). Dwa kolejne mechanizmy korekcyjne (art. 4 ust. 4 i 5 rozporządzenia Rady (WE) 139/2004) dotyczą koncentracji, które mają dopiero zostać zgłoszone (*ex ante*). Zgodnie z rozporządzeniem Rady (WE) 4064/89, przekazanie sprawy mogło nastąpić tylko po dokonaniu stosownego zgłoszenia koncentracji. Nowym elementem kontroli koncentracji pod rządami rozporządzenia Rady (WE) 139/2004 jest możliwość wzajemnego przekazywania sobie spraw między KE a organami ochrony konkurencji państw członkowskich jeszcze przed dokonaniem stosownych zgłoszeń (art. 4 ust. 4 i 5). W aktualnym stanie prawnym, biorąc pod uwagę moment zgłoszenia, istnieją zatem dwa tryby korekcji zgłoszeń – *ex post* i *ex ante*. W niniejszej pracy, w odniesieniu do trybu korekcji zgłoszeń *ex ante* (art. 4 ust. 4 i 5), posłużono się terminem „nowy mechanizm odesłań spraw na etapie przed dokonaniem zgłoszenia koncentracji przedsiębiorstw”. Natomiast w odniesieniu do systemu odesłań spraw na gruncie rozporządzenia Rady (WE) 139/2004 posłużono się terminem „nowy system odesłań spraw” lub terminem „znowelizowany system odesłań spraw”.

Jeżeli chodzi o ogólną regulację koncentracji, to przeciwdziałanie nadmiernej (antykonkurencyjnej) koncentracji na rynku wewnętrznym dokonuje się w UE na zasadzie nadzoru prewencyjnego. Jego istotą jest:

- 1) poddanie koncentracji zamierzonych przez przedsiębiorstwa kontroli wstępnej, dokonywanej na podstawie obowiązkowego zgłoszenia koncentracji przed jej dokonaniem;
- 2) zawieszenie prawa dokonania zgłoszonej koncentracji aż do ostatecznego zakończenia postępowania przed KE, i
- 3) przyznanie KE kompetencji do wydania decyzji zezwalającej (bezw warunkowo lub warunkowo) na dokonanie koncentracji bądź decyzji zakazującej jej dokonania.

Na system prewencyjnej kontroli koncentracji w UE składają się przepisy rozporządzenia Rady (WE) 139/2004 i innych aktów wtórnego prawa konkurencji, które określają:

- 1) zakres przedmiotowy tej kontroli – definicję koncentracji;
- 2) kryteria wyłącznej kompetencji KE (tzw. progi zgłoszeń) do kontroli koncentracji o „wymiarze unijnym” oraz mechanizm przekazywania sobie spraw między KE a państwami członkowskimi;

- 3) kryteria wstępnej i ostatecznej ewaluacji koncentracji (tzw. testy konkurencji) i
- 4) zasady, przebieg i decyzje podejmowane w ramach postępowania w sprawach koncentracji³.

§ 3. Metodologia

Aby zweryfikować hipotezę sformułowaną w tej pracy niezbędne jest zdefiniowanie pojęcia „**efektywność regulacji**”. Mianowicie regulacja jest efektywna wtedy, kiedy obciążenia administracyjne zarówno przedsiębiorstw, jak i organu stosującego prawo, są minimalne w stosunku do korzyści, stosowanie prawa nie wiąże się z nieproporcjonalnie wysokimi kosztami, prawo oddziałuje szybko, regulacja jest możliwie najmniej uciążliwa i społecznie akceptowana. Obciążenia administracyjne to koszty, które wiążą się z zebraniem i przekazaniem informacji, które nie zostałyby poniesione przez przedsiębiorstwo gdyby nie istniał taki ustawowo określony obowiązek. Przy mierzeniu obciążenia administracyjnego przedsiębiorstw należy uwzględnić czas potrzebny na zebranie i przetworzenie informacji oraz koszt wynagrodzenia prawników i innych osób pomagających w wykonaniu danej czynności. Regulacja jest możliwie najmniej uciążliwa, jeżeli zainteresowane osoby fizyczne i prawne mają możliwość podjęcia decyzji, co do skorzystania z pewnych przepisów (mogą dokonać wyboru), mają wystarczająco dużo czasu na dostosowanie się do przepisów, a przepisy są dostatecznie precyzyjne (dokładne i poprawne) na gruncie obiektywnych reguł języka⁴. Co więcej, przepisy, które są komunikatywne, czyli zrozumiałe dla wszystkich osób nimi zainteresowanych, są mniej uciążliwe niż przepisy niejasne⁵. Regulacja jest społecznie akceptowana, jeżeli osoby fizyczne i prawne postępują zgodnie z normami prawnymi i są przekonane, że regulacja jest potrzebna i korzystna dla społeczeństwa.

W niniejszej pracy zastosowano podstawowe elementy analizy właściwej metodologii stosowanej w OSR, w tym teorię efektywności *V. Pareto*, a także elementy teorii gier. Koncepty te potraktowano także jako odniesienie i inspirację do badań. W procesie legislacyjnym powinno brać się pod uwagę metodę OSR. Metoda ta, jest metodą pracy nad projektem aktu prawnego, która także zakłada udział ekspertów, konsultacje społeczne i analizę finansową projektu regulacji. Dzięki tej metodzie można w miarę trafnie oszacować konsekwencje wpływu określonego aktu prawnego na gospodarkę i społeczeństwo oraz dokonać wybo-

³ *Ibidem*, XXIV–117.

⁴ Zob. także S. Wronkowska, M. Zieliński, Komentarz do zasad, s. 101.

⁵ *Ibidem*, s. 38–39.

ru najskuteczniejszego rozwiązania. Koncepcję tę, można z tego powodu zakwalifikować jako taką, która odzwierciedla realistyczne podejście do prawa.

W pracy stworzono model oceny efektywności regulacji, który służy do weryfikacji postawionej hipotezy badawczej. Model ten został użyty do zbadania reprezentacyjnej grupy koncentracji przedsiębiorstw, wybranej po zastosowaniu następujących kryteriów:

- 1) zaangażowania różnych państw członkowskich UE w proces odesłań spraw;
- 2) odesłania badania koncentracji na podstawie każdego z mechanizmów odesłań spraw (art. 4 ust. 4 i 5, art. 9 i 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw) i
- 3) czasu potrzebnego do uzyskania zgody na dokonanie koncentracji.

W niniejszej pracy przeprowadzono analizę efektywności wszystkich czterech mechanizmów alokacji spraw z rozporządzenia Rady (WE) 139/2004. Badania odnoszą się do przedziału czasowego od 1.1.2002 r. do 31.12.2012 r., ze szczególnym uwzględnieniem okresu czasu po 1.5.2004 r., czyli po wejściu w życie rozporządzenia Rady (WE) 139/2004. Wnioski sformułowane po zastosowaniu modelu oceny efektywności regulacji skonfrontowano z ekonomiczną analizą znowelizowanego systemu odesłań spraw przeprowadzoną przez O. Budzinskiego⁶.

W badaniach posłużono się danymi statystycznymi KE, które wykorzystano do analizy kształtowania się liczby wniosków o odesłanie spraw dotyczących koncentracji przedsiębiorstw z państw członkowskich UE do KE oraz z KE do państw członkowskich we wspomnianym przedziale czasowym. W celu sprawdzenia efektywności regulacji koncentracji przedsiębiorstw w unijnym prawie konkurencji, wybrane sprawy zbadano *ex post*, czyli po wejściu w życie rozporządzenia. Badanie to należy odróżnić od badania *ex ante* zazwyczaj przeprowadzanego przez KE przed uchwaleniem nowego aktu prawnego w unijnym procesie stanowienia prawa (w ramach aktywnej OSR). Komisja Europejska przeprowadza ocenę efektywności regulacji *ex ante*, aby zmaksymalizować efektywność danej regulacji⁷.

Przed przeprowadzeniem analizy *ex post*, należy uwzględnić kilka kwestii. Po pierwsze, należy zauważyć, że zachowania przedsiębiorstw mogą być spowodowane nie tylko zmianami wprowadzonymi w życie rozporządzeniem Rady (WE) 139/2004, lecz również innymi czynnikami takimi jak zmienione warunki rynkowe np. trudniejszy dostęp do kredytu i – co się z tym wiąże – spadek liczby fuzji i przejęć. Po drugie, wyłączając wpływ innych czynników i skupiając się

⁶ O. Budzinski, An Economic Perspective.

⁷ Zob. też J. Ashworth, I. Papps, D. Storey, Assessing the Effectiveness and Economic Efficiency, s. 207.

jedynie na wpływie rozporządzenia Rady (WE) 139/2004 na decyzje przedsiębiorstw, należy zastanowić się czy rozporządzenie to przyczyniło się do zwiększenia efektywności regulacji. W tym kontekście ważne jest zrozumienie polityki KE dotyczącej koncentracji i roli nowej regulacji. Należy również zbadać czy KE stosując rozporządzenie w sprawie kontroli koncentracji uwzględnia wszystkie istotne informacje.

Światowa literatura naukowa dotycząca lepszej regulacji lub metody oceny skutków regulacji jest dość obfita. Większość publikacji stanowią artykuły w czasopismach prawniczych, które skupiają się głównie na określonym elemencie metody OSR. Pojawia się jednak coraz więcej, w miarę wyczerpujących, publikacji w formie książkowej⁸.

Polska literatura naukowa dotycząca metody OSR jest raczej uboga w porównaniu z literaturą światową. Pierwszą na polskim rynku kompleksową publikacją omawiającą genezę, uwarunkowania i metodologię OSR jest wydana w 2007 r. książka „Ocena skutków regulacji” pod red. W. Szpringera oraz W. Rogowskiego⁹. Inną publikacją zasługującą na uwagę jest mający pewne znaczenie dla poznania OSR w jego kontekście ustrojowym i legislacyjnym „Komentarz do zasad techniki prawodawczej” S. Wronkowskiej i M. Zielińskiego¹⁰. Obowiązujące od 2002 r. Zasady techniki prawodawczej¹¹ są istotną pomocą dla tych, którzy zamierzają opracowywać poprawnie akty normatywne i rzetelnie dokonywać zmian w prawie. Dostarczają też wskazówek co do wykładni prawa. Zasady techniki prawodawczej – za sprawą konsekwentnego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego – utrwaliły swoją pozycję standardów oceny poprawności poszczególnych aktów normatywnych oraz sposobów kształtowania całego systemu prawa w Polsce¹².

W światowej literaturze naukowej publikacje omawiające zmiany systemu odesłań spraw wprowadzone rozporządzeniem Rady (WE) 139/2004 są stosunkowo liczne. Interesującą publikacją jest ekonomiczna analiza znowelizowanego systemu odesłań spraw przedstawiona przez O. Budzinskiego

⁸ Przykładowo: A. Renda, Impact Assessment in the EU (w publikacji tej zostało poddanych analizie pierwsze 70 ocen skutków regulacji przeprowadzonych przez KE i wysunięto wniosek, że procedura ta nie spełniła oczekiwań); A. Meuwese, Impact Assessment; R. van Gestel, Evidence-based Lawmaking and the Quality of Legislation; J. Verschuuren, The Impact of Legislation; J. Watson and others, The 2007 Evaluation; The Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD); W. Harrington, L. Heinzerling, R. Morgenstern (eds.), Reforming Regulatory; C. Radaelli, F. Francesco, Regulatory Impact Assessment; dostęp na: <http://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199560219.001.0001/oxfordhb-9780199560219-e-13>.

⁹ W. Rogowski, W. Szpringer (red.), Ocena skutków regulacji, s. 31–45.

¹⁰ S. Wronkowska, M. Zieliński, Komentarz do zasad.

¹¹ Zasady techniki prawodawczej stanowią załącznik do rozp. Prezesa RM z 20.6.2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz.U. z 2002 r. Nr 100, poz. 908), wydanego na podstawie art. 14 ust. 4 pkt 1 ustawy z 8.8.1996 r. o Radzie Ministrów (tekst jedn. Dz.U. z 2012 r. poz. 392).

¹² S. Wronkowska, M. Zieliński, Komentarz do zasad, s. 11.

w 2006 r., który zastosował cztery kryteria alokacji kompetencji (kryterium efektów zewnętrznych, efektywności kosztów, orientacji preferencji i zdolności adaptacyjnych) do oceny reformy. Prowadząc badania naukowe w Polsce i w Wielkiej Brytanii nie znaleziono dowodu na istnienie kompleksowej publikacji dotyczącej efektywności regulacji koncentracji przedsiębiorstw w unijnym prawie konkurencji, która brałaby pod uwagę ocenę skutków regulacji. Ogólnie rzecz biorąc, literatura światowa poświęca więcej uwagi reformie unijnego materialnego prawa ochrony konkurencji niż reformie kwestii proceduralnych¹³. Natomiast literatura polska w ogóle nie analizuje efektywności znowelizowanego systemu odesłań spraw dotyczących koncentracji przedsiębiorstw z rozporządzenia Rady (WE) 139/2004. Przedstawione w tej pracy badania mają na celu zapewnienie tej luki i zwrócenie uwagi na znaczenie oceny skutków regulacji w procesie stanowienia prawa unijnego dotyczącego koncentracji przedsiębiorstw. Praca ma również na celu opis zakresu reformy systemu przeniesienia właściwości organów ochrony konkurencji do rozpatrywania wniosków o uzyskanie zgody na dokonanie koncentracji oraz prezentację teorii ekonomicznych dotyczących przeniesienia właściwości.

W niniejszej pracy uwzględniono zmiany terminologiczne wprowadzone w życie TL¹⁴. Chociaż TL zastąpił pojęcie „wspólnotowy” pojęciem „unijny” oraz pojęcie „rynek wspólnotowy” pojęciem „rynek wewnętrzny”, to jednak dla zachowania logicznego wyводу trzeba było w pewnych sytuacjach posłużyć się uprzednim określeniem „wspólnotowy”¹⁵. Należy zauważyć, że KE w swoich najnowszych decyzjach nie używa już pojawiającego się w rozporządzeniu Rady (WE) 139/2004 pojęcia „wymiar wspólnotowy”, lecz posługuje się pojęciem „wymiar unijny” (ang. *EU dimension*). Zmiany w nazewnictwie są związane z art. 1 § 3 *in fine* TUE, zgodnie z którym UE zastąpiła WE i jest jej następcą prawnym. Z dniem 1.12.2009 r. podstawę prawną UE stanowią dwa (mające tę samą moc prawną) traktaty – TUE i TFUE.

¹³ O. Budzinski, *An Economic Perspective*, s. 120.

¹⁴ Traktat zmieniający TUE i TWE, podpisany w Lizbonie 13.12.2007 r. (Dz.Urz. UE z 2007 r. C 306, s. 1).

¹⁵ Zob. też J. Barcik, A. Wentkowska, *Prawo UE*, s. 382.

Rozdział II. Unijne prawo kontroli koncentracji i zmiany następujące wraz z postępowaniem integracji europejskiej

§ 1. Pojęcie koncentracji przedsiębiorstw

Koncentracja przedsiębiorstw (ang. *merger*) została zdefiniowana w unijnym prawie konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 rozporządzenia Rady (WE) 139/2004, koncentracja przedsiębiorstw (ang. *undertakings*), czyli podmiotów prowadzących działalność gospodarczą (przedsiębiorstwo w sensie podmiotowo-przedmiotowym czy w rozumieniu funkcjonalnym), obejmuje tylko transakcje, w których zmiana w kontroli przedsiębiorstw uczestniczących w koncentracji ma charakter trwały¹. W motywie 20 preambuły do rozporządzenia w sprawie połączeń wyjaśniono, że pojęcie koncentracji ma dotyczyć transakcji, które przynoszą trwałą zmianę w strukturze rynku. Koncentracja ma miejsce, gdy trwała zmiana kontroli wynika z łączenia się dwóch lub większej liczby wcześniej samodzielnych przedsiębiorstw lub ich części, albo gdy trwała zmiana kontroli wynika z przejęcia, przez jedną lub więcej osób już kontrolujących co najmniej jedno przedsiębiorstwo, albo przez jedno lub więcej przedsiębiorstw, bezpośredniej lub pośredniej kontroli nad całym lub częścią jednego lub więcej innych przedsiębiorstw². Czy koncentracja przedsiębiorstw ma miejsce, zależy w większej mierze od czynników jakościowych niż ilościowych, ponieważ kryterium określone w art. 3 rozporządzenia Rady (WE) 139/2004 opiera się na pojęciu kontroli³. Zagadnienia właściwe koncentracji dotyczą fuzji, dezynwestycji (ang. *de-mergers*), nabycia akcji, udziałów lub aktywów przedsiębiorstwa i strukturalnych wspólnych przedsiębiorstw (ang. *joint ventures*)⁴.

¹ A. Jurkowska-Gomułka, T. Skoczny, Wspólne reguły, s. XXIV-118.

² Art. 3 ust. 1 rozporządzenia Rady (WE) 139/2004 z 20.1.2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.Urz. UE z 2004 r. L 24, s. 1).

³ Część B, pkt 7 skonsolidowanego obwieszczenia KE z 16.4.2008 r. dotyczącego kwestii jurysdykcyjnych na podstawie rozporządzenia Rady (WE) 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.Urz. UE z 2008 r. C 95, s. 1).

⁴ A. Nourry, Transactions and Practices, s. 10.

Zakres podmiotowy przejścia **kontroli** wyznaczają kategorie podmiotów przejmujących kontrolę, określone w art. 3 ust. 1 lit. b rozporządzenia Rady (WE) 139/2004, oraz rodzaje tych podmiotów, wskazane w art. 3 ust. 3 tego rozporządzenia⁵. Do kategorii podmiotów przejmujących kontrolę należą przedsiębiorstwa (najczęściej spółki prawa handlowego) i osoby kontrolujące inne przedsiębiorstwa (np. instytucje publiczne)⁶ lub osoby fizyczne, o ile „ponadto prowadzą działalność gospodarczą na własny rachunek lub kontrolują co najmniej jedno inne przedsiębiorstwo”⁷. W grupie „osób kontrolujących inne przedsiębiorstwa” mieszczą się także przejmujące kontrolę fundusze inwestycyjne⁸. Uczestnikami połączenia oraz osobami przejmującymi lub tracącymi kontrolę są „wszelkie jednostki zaangażowane w działalność gospodarczą, niezależnie od ich statusu prawnego i sposobu finansowania”⁹.

Kontrolę bezpośrednią sprawują osoby lub przedsiębiorstwa, które są posiadaczami praw lub upoważnionymi do korzystania z tych praw na mocy umów. Natomiast kontrolę pośrednią sprawują osoby lub przedsiębiorstwa, które ani nie będąc posiadaczami takich praw, ani nie mając umownego upoważnienia do korzystania z nich, mają władzę do wykonywania praw z nich wypływających. Chodzi tu o sytuację, w której przedsiębiorstwo wykorzystuje inną osobę lub inne przedsiębiorstwo do nabycia pakietu kontrolnego i korzysta z wynikających stąd praw poprzez tę osobę lub to przedsiębiorstwo (pośrednika)¹⁰. W takiej sytuacji kontrolę przejmuje przedsiębiorstwo, które w rzeczywistości „stoi za całą operacją” i faktycznie korzysta z uprawnień do sprawowania kontroli nad przedsiębiorstwem przejmowanym¹¹.

Pierwszym rodzajem koncentracji jest transakcja polegająca na połączeniu się dwóch lub więcej samodzielnych przedsiębiorstw lub części przedsiębiorstw (właściwy *merger*)¹². Łączenie się jest najbardziej ścisłą formą koncentracji, ponieważ prowadzi do pełnej prawno-organizacyjnej integracji przedsiębiorstw.

⁵ A. Jurkowska-Gomułka, T. Skoczny, Wspólne reguły, s. XXIV–122.

⁶ Pkt 22 motywów rozporządzenia Rady (WE) 139/2004 i pkt 12 Skonsolidowanego Obwieszczenia KE dotyczącego kwestii jurysdykcyjnych na podstawie rozporządzenia Rady (WE) 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.Urz. UE z 2008 r. C 95, s. 1).

⁷ Pkt 12 Skonsolidowanego Obwieszczenia KE dotyczącego kwestii jurysdykcyjnych na podstawie rozporządzenia Rady (WE) 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.Urz. UE z 2008 r. C 95, s. 1).

⁸ *Ibidem*, pkt 14–15.

⁹ Wyr. TSUE z 23.4.1991 r. w sprawie C-41/90 *Höfner v. Macroton*, Zb. Orz. 1991, s. I-1979.

¹⁰ A. Jurkowska-Gomułka, T. Skoczny, Wspólne reguły, s. XXIV–122.

¹¹ Pkt 13 Skonsolidowanego Obwieszczenia KE dotyczącego kwestii jurysdykcyjnych na podstawie rozporządzenia Rady (WE) 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.Urz. UE z 2008 r. C 95, s. 1).

¹² Art. 3 ust. 1 lit. a rozporządzenia Rady (WE) 139/2004. Zob. też W. Wils, *The Undertaking*, s. 99–102.

Można wyróżnić dwa podstawowe warianty łączenia się: fuzje i inkorporacje. W przypadku fuzji łączące się przedsiębiorstwa ulegają rozwiązaniu (tracą swoją osobowość prawną), a w ich miejsce powstaje nowe przedsiębiorstwo przejmujące majątek łączących się przedsiębiorstw. Natomiast w przypadku inkorporacji jedno przedsiębiorstwo przejmuje aktywa drugiego przedsiębiorstwa, po czym to drugie przedsiębiorstwo ulega rozwiązaniu¹³.

Drugim rodzajem koncentracji jest przejęcie przez jedną lub więcej osób już kontrolujących co najmniej jedno przedsiębiorstwo albo przez jedno lub więcej przedsiębiorstw, bezpośredniej lub pośredniej **kontroli** nad całym lub częścią jednego lub więcej innych przedsiębiorstw, poprzez zakup papierów wartościowych lub aktywów, czy to w drodze umowy lub w jakikolwiek inny sposób¹⁴.

Najczęstszym sposobem przejęcia **kontroli** jest nabycie całego kapitału lub pakietu udziałów kapitałowych (akcji lub udziałów). Przejęcie kontroli może też nastąpić na podstawie umowy (przez zawarcie odpowiedniej umowy), prowadzącej do uzyskania kontroli nad zarządem lub majątkiem drugiego przedsiębiorstwa podobnej do tej uzyskanej w przypadku przejęcia udziałów (np. rodzaje akcje uprzywilejowane) lub aktywów¹⁵. Aby spełniona była przesłanka „trwałej” zmiany kontroli (struktury rynku), musi to być umowa o długim czasie obowiązywania. Przejęcie kontroli może nastąpić na podstawie np. umowy o dzierżawę przedsiębiorstwa lub umów organizacyjnych regulowanych prawem krajowym¹⁶. Przejęcie kontroli może też nastąpić „w jakikolwiek inny sposób” (np. przez opcje lub pożyczki)¹⁷, np. w wyniku zmiany kontroli wywołanej przez dziedziczenie lub wystąpienie wspólnika ze spółki¹⁸. Faktyczne przejęcie kontroli może nastąpić także wtedy, gdy bardzo ważne umowy o dostawy lub kredyty udzielone przez dostawców lub klientów w połączeniu z powiązaniami strukturalnymi doprowadzą do trwałej zmiany kontroli¹⁹. Przejęcie kontroli może nastąpić również w drodze zmian w zarządzie spółek, wynikających z krajowego prawa spółek²⁰.

¹³ I. Weiss, Łączenie spółek, s. 2; A. Witosz, Łączenie się i podział spółek, s. 28 i n.

¹⁴ Art. 3 ust. 1 lit. b rozporządzenia Rady (WE) 139/2004. Zob. też W. Springer, Regulacje struktur, s. 52; A. Weisner, Verteidigungsmassnahmen, s. 5.

¹⁵ Pkt 12 Skonsolidowanego obwieszczenia KE dotyczącego kwestii jurysdykcyjnych na podstawie rozporządzenia Rady (WE) 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.Urz. UE z 2008 r. C 95, s. 1).

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Wyr. SPI z 19.5.1994 r. w sprawie T-2/93 *Air France v. KE*, Zb. Orz. 1994, s. II-323.

¹⁸ Pkt 21 Skonsolidowanego obwieszczenia KE dotyczącego kwestii jurysdykcyjnych na podstawie rozporządzenia Rady (WE) 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.Urz. UE z 2008 r. C 95, s. 1).

¹⁹ *Ibidem*, pkt 20.

²⁰ *Ibidem*, pkt 21.

Trzecim rodzajem koncentracji jest utworzenie **wspólnego przedsiębiorstwa** (ang. *joint venture*), pełniącego w sposób trwały wszystkie funkcje samodzielnego podmiotu gospodarczego²¹. Takie przedsiębiorstwa prowadzą określoną działalność gospodarczą w sposób samodzielny i posiadają równocześnie dostęp do określonego rynku. Wspólne przedsiębiorstwa powinny posiadać własny zarząd zajmujący się bieżącą działalnością przedsiębiorstwa i być wyposażone w niezbędne zasoby stanowiące trwałą podstawę do prowadzenia działalności gospodarczej²². Pełnofunkcyjne wspólne przedsiębiorstwo musi być przewidziane do działania w sposób trwały, o czym świadczą najczęściej zasoby przyznane mu przez spółki dominujące. Nie zostanie za takie uznane wspólne przedsiębiorstwo powoływane na określony krótki czas (np. na okres budowy określonego obiektu) czy dla prowadzenia spraw formalnych (np. w procedurze zamówień publicznych, ubiegania się o pozwolenia, licencje czy prawa do dysponowania nieruchomościami)²³.

Z punktu widzenia potencjalnego wpływu na konkurencję rynkową można wyróżnić następujące rodzaje koncentracji:

- koncentracja horyzontalna (pozioma);
- koncentracja wertykalna (pionowa) oraz
- koncentracja konglomeratowa²⁴.

Koncentracja horyzontalna (pozioma) to transakcja, w której uczestniczą przedsiębiorcy działający dotąd w tej samej branży (na tym samym rynku właściwym). W jej wyniku może dojść do powstania podmiotu o znacznej sile rynkowej lub do pozostania na rynku niewielu przedsiębiorców, którzy zaprzestają wzajemnego konkurowania i zadowolą się istniejącym *status quo*.

Koncentracja wertykalna (pionowa) to transakcja pomiędzy przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach obrotu tym samym produktem (np. między producentem i dystrybutorem farb). Potencjalnym zagrożeniem dla konkurencji w tej sytuacji może być utrudnianie konkurentom dostępu do produktów lub usług oferowanych przez uczestniczącego w koncentracji przedsiębiorcę, działającego na niższym lub wyższym szczeblu obrotu. Atrakcyjna ekonomicznie może być zarówno integracja wstecz, oznaczająca zastępowanie dotąd niezależnych dostawców surowców i półproduktów, jak i integracja wprzód, wydłużająca dotychczasowy cykl działalności przez przejście roli odbiorców, dystrybutorów. Tego typu działania pozwalają skutecznie uniezależnić

²¹ Art. 3 ust. 4 rozporządzenia Rady (WE) 139/2004. Zob. też *J. Nippel*, *Minderheitsbeteiligungen*, s. 43; *S. Włodyka*, *Strategiczne umowy*, s. 245–246.

²² *M. Szydło*, *Kontrola operacji koncentracyjnych*, s. 84–85.

²³ *A. Jurkowska-Gomułka, T. Skoczny*, *Wspólne reguły*, s. XXIV–130.

²⁴ Ulotka UOKiK na temat fuzji i przejęć z 2010 r.; dostęp na: http://www.20lat.uokik.gov.pl/download/pdf/ulotka_uokik_fuzje.pdf.

się od partnerów, przejmować ich rynki, a często budować znaczną przewagę konkurencyjną w stosunku do przedsiębiorstw nieprowadzących działalności w równie kompleksowy sposób²⁵.

Koncentracja konglomeratowa to transakcja, w której nie występują ani poziome, ani pionowe powiązania między jej uczestnikami. Oferowane przez nich produkty lub usługi są zwykle komplementarne względem siebie i nabywane przez konsumentów w podobnym celu (np. proszek do prania i płyn do zmiękczenia tkanin). Koncentracje konglomeratowe w najmniejszym stopniu mogą rodzić problemy rynkowe, gdyż dotyczą przedsiębiorców, których nie łączą żadne wspólne więzy. Podobnie jak w przypadku połączeń wertykalnych mogą one przynosić wiele pozytywnych skutków w postaci np. zintegrowania oferty i udostępnienia w jednym miejscu szerokiego wyboru produktów²⁶. Natomiast istnieje możliwość, że w pewnych szczególnych sytuacjach wystąpią jednak negatywne efekty konglomeratowe i konsekwencją takiej koncentracji może być pojawienie się zjawiska tzw. sprzedaży związanej, czyli uzależnianie zakupu jednego produktu od zakupu innych produktów, jak również możliwość oferowania kilku produktów po atrakcyjnych cenach²⁷.

Komisja Europejska przedstawiła szczegółowe kryteria i miary analizy i oceny koncentracji w dwóch odrębnych aktach prawa wtórnego o charakterze *soft law* (wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na podstawie rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw²⁸ oraz wytyczne w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw na podstawie rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw²⁹). Antykonkurencyjne skutki koncentracji przedsiębiorstw zależą od tego z jakim rodzajem koncentracji mamy do czynienia³⁰.

Artykuł 4 ust. 1 rozporządzenia Rady (WE) 4064/89 stanowił, że zgłoszenia koncentracji o wymiarze wspólnotowym musiały zostać dokonane w terminie jednego tygodnia od podjęcia przez stronę lub strony czynności prawnej, stanowiącej podstawę koncentracji³¹. Do takich czynności prawnych zalicza się podpisanie wiążącej umowy, ogłoszenie oferty publicznej lub nabycie pakietu kontrolnego³². Natomiast art. 4 ust. 1 rozporządzenia Rady (WE) 139/2004 stanowi, że koncentracje o wymiarze unijnym zgłasza się KE przed ich wykona-

²⁵ A. Kaleta, *Strategia konkurencji*, s. 141.

²⁶ M. Błachucki, *System postępowania antymonopolowego*, s. 36.

²⁷ R. Burnley, *Who's Afraid of Conglomerate Mergers*, s. 53.

²⁸ Dz.Urz. UE z 2004 r. C 31, s. 5.

²⁹ Dz.Urz. UE z 2008 r. C 265, s. 6.

³⁰ A. Jurkowska-Gomułka, T. Skoczny, *Wspólne reguły*, s. XXIV–149.

³¹ E. Varona, A. Galarza, J. Crespo, J. Alonso, *Merger Control*, § 12.37.

³² T. Skoczny, *Przeciwdziałanie*, s. 250.

niem i po zawarciu umowy, ogłoszeniu publicznej oferty przejęcia lub nabyciu kontrolnego pakietu akcji. Zgłoszenia można również dokonać, gdy zainteresowane przedsiębiorstwa przedstawiają KE szczerą intencję (ang. *good faith intention*) zawarcia umowy. Niektórzy przedstawiciele doktryny uważają, że pojęcie szczerzej intencji zawarcia umowy jest niejasne i dlatego jest niezgodne z zasadą pewności prawa³³.

W wyniku reformy przedsiębiorstwa uzyskały możliwość zgłoszenia koncentracji w dowolnym terminie po zawarciu wiążącej umowy, a także nawet na etapie poprzedzającym zawarcie umowy³⁴. Przesłanka zgłoszenia w terminie jednego tygodnia została więc wyeliminowana³⁵. Należy zaznaczyć, że do czasu podjęcia decyzji przez KE uznającej koncentrację za zgodną z rynkiem wewnętrznym jej przeprowadzenie ulega zawieszeniu. Koncentracja przeprowadzona bez odpowiedniej zgody jest nieważna³⁶.

Zgodnie z art. 288 TFUE, decyzja to akt prawny, który wiąże w całości. Jeśli decyzja wskazuje adresatów, to wiąże ona tylko tych adresatów. Innymi słowy, decyzja to akt konkretny (dotyczy konkretnej sytuacji) i indywidualny (jest skierowana do zindywidualizowanego adresata). Z tego względu decyzje KE zbliżone są do decyzji w krajowym prawie administracyjnym. Decyzja może być kierowana zarówno do państw, jak i osób fizycznych i prawnych. Decyzje adresowane do osób fizycznych i prawnych korzystają ze skutku bezpośredniego³⁷. W pewnych sytuacjach decyzja może jednak wymagać wydania krajowych proceduralnych środków wykonawczych³⁸.

Podstawę **kontroli** nad całym lub częścią jednego lub więcej przedsiębiorstw stanowią prawa, umowy lub jakiegokolwiek inne środki, które oddzielnie bądź łącznie z uwzględnieniem okoliczności faktycznych lub prawnych, dają możliwość wywierania decydującego wpływu na to przedsiębiorstwo lub przedsię-

³³ J. Lübbing, D. Dittert, Jurisdiction, w: G. Drauz, C. Jones (eds.), *EU Competition Law, Mergers and Acquisitions*, vol. II, Leuven 2006, s. 2.13.

³⁴ Art. 4 ust. 1 rozporządzenia Rady (WE) 139/2004.

³⁵ T. Skoczny, *Przeciwdziałanie*, s. 250.

³⁶ P. Stępka, W. Kołodziejczyk, *Kontrola fuzji przedsiębiorstw*, s. 3.

³⁷ Wyr. ETS w sprawie 9/70, *Franz Grad v. Finanzamt Traunstein*, ECR [1970], s. 825: „W przypadkach, w których organy wspólnotowe nałożyły decyzją na państwo lub wszystkie państwa obowiązek działania w określony sposób, skuteczność takiego środka zostałaby osłabiona, gdyby obywatele państw – adresatów nie mogli powoływać się na treść decyzji przed sądami, zaś sądy krajowe nie mogłyby brać jej pod uwagę jako części prawa wspólnotowego. Aczkolwiek skutki decyzji nie mogą być identyczne ze skutkami przepisów zawartych w rozporządzeniu, różnica ta nie wyłącza tego, że rezultat końcowy, a mianowicie prawo jednostki do powoływania się na treść decyzji przed sądami, może być taki sam jak w przypadku bezpośrednio skutecznych przepisów rozporządzenia”.

³⁸ J. Barcik, A. Wentkowska, *Prawo UE*, s. 182–183.

biorstwa³⁹. Komisja Europejska nie musi udowodnić, że decydujący wpływ będzie lub został wywarty⁴⁰. Pojęcie kontroli w rozumieniu rozporządzenia Rady (WE) 139/2004 jest zatem szeroko zdefiniowane i nie zostało ograniczone jedynie do prawa lub umowy przyznających decydujący wpływ na wyniki głosowania organów przedsiębiorstwa⁴¹. Kontrola nad całym lub częścią jednego lub więcej przedsiębiorstw jest również wywierana w sytuacji, gdy jedna osoba fizyczna lub prawna ma decydujący wpływ na dane przedsiębiorstwo. Przykładowo, spółka holdingowa posiada kontrolę w rozumieniu rozporządzenia Rady (WE) 139/2004 nad spółką-córką, gdy ją sobie podporządkuje poprzez objęcie 25% pakietu udziałów i tym samym uzyska możliwość wywierania decydującego wpływu na obsadę stanowisk w jej organach⁴².

Pojęcie **decydującego wpływu** nie zostało zdefiniowane w rozporządzeniu Rady (WE) 139/2004, dlatego nie jest do końca jasne, czy dany stan faktyczny dotyczy wywierania decydującego wpływu czy też nie. Bardzo rzadko zdarza się, że KE uznaje, że decydujący wpływ był wywierany, gdy mniej niż 25% akcji lub udziałów znajdowało się w rękach jednej osoby. W sprawie CCIE/GTE (Dz.Urz. WE z 1992 r. C 225, s. 14) posiadanie mniej niż 19% prawa głosu zostało uznane za wywieranie kontroli, ponieważ po przeprowadzeniu koncentracji CCIEL miałyby swojego przedstawiciela w zarządzie EDIL International Lighting B.V. (EDIL), jak również miałyby prawo do wyboru dyrektora generalnego⁴³. Pozostali inwestorzy łącznie mogliby wybrać tylko jednego członka zarządu. Przed podjęciem wszystkich znaczących decyzji trzeba by było uzyskać pisemną zgodę dyrektora wybranego przez CCIEL (np. mianowanie i usunięcie członków zarządu, wybór i usunięcie osób zajmujących ważniejsze stanowiska, znaczące wydatki kapitałowe, sprzedaż znaczących aktywów i zatwierdzenie rocznego budżetu). Prawo weta miałyby zastosowanie również do zgromadzeń wspólników. Dlatego po dokonaniu koncentracji CCIEL nadal sprawowałyby kontrolę nad EDIL⁴⁴.

Koncentrację przedsiębiorstw uznaje się za mającą **wymiar unijny** i podlegającą zgłoszeniu KE, gdy zostaną przekroczone progi obrotów określone w art. 1 ust. 2 rozporządzenia Rady (WE) 139/2004. Mianowicie koncentracja ma wymiar unijny, gdy:

³⁹ Art. 3 ust. 2 rozporządzenia Rady (WE) 139/2004 z 20.1.2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw; zobacz też część B, pkt 11–35 skonsolidowanego obwieszczenia KE dotyczącego kwestii jurysdykcyjnych na podstawie rozporządzenia Rady (WE) 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.Urz. UE z 2008 r. C 95, s. 1).

⁴⁰ M. Furse, *Competition Law*, s. 385.

⁴¹ M. Grenfell, *Merger Control*, s. 79.

⁴² J. Chappell, M. Denicolo, *Acquisitions*, s. 23.

⁴³ Case No. IV/M.258 – CCIE/GTE; zob. też M. Furse, *Competition Law*, s. 386.

⁴⁴ *Ibidem*.