

Współpraca Komisji Europejskiej z organami ochrony konkurencji w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorstw

Sławomir Dudzik



Oficyna
a Wolters Kluwer business

UOKiK 1990
2010

XX-lecie Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Prawo jest na naszej stronie!

**www.profinfo.pl
www.wolterskluwer.pl**

- codzienna aktualizacja
- pełna oferta
- zapowiedzi wydawnicze
- rabat na zamówienia zbiorcze
do negocjacji
- uproszczony sposób zakupu e-mailem:
zamowienia.internet@wolterskluwer.pl

**Współpraca
Komisji Europejskiej
z organami
ochrony konkurencji
w sprawach
kontroli koncentracji
przedsiębiorstw**

Sławomir Dudzik



Oficyna

a Wolters Kluwer business

Warszawa 2010

Wydanie publikacji zostało dofinansowane przez Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Wydawca:
Grzegorz Jarecki

Redaktor prowadzący:
Joanna Maź

Opracowanie redakcyjne:
Anna Krzesz

Skład, łamanie:
Sławomir Sobczyk

© Copyright by
Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2010

ISBN 978-83-264-0432-0
ISSN 1897-4392

Wydane przez:
Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

Redakcja Książek
01-231 Warszawa, ul. Płocka 5a
tel. (022) 535 80 00, (022) 535 82 00
31-156 Kraków, ul. Zacisze 7
tel. (012) 630 46 00
e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl
Księgarnia internetowa www.profinfo.pl

*Mojej Żonie Basi,
córeczkom Oli, Mai i Lence
oraz synkowi Kubie*

Spis treści

Wykaz skrótów	11
Słowo wstępne.....	13
Rozdział I. Unijna kontrola koncentracji przedsiębiorstw – wprowadzenie	19
Rozdział II. Zasada wyłączności rozporządzenia nr 139/2004 i zasada wyłączności kompetencji Komisji Europejskiej dla oceny koncentracji o wymiarze wspólnotowym.....	34
1. Wstęp.....	34
2. Pojęcie koncentracji w przepisach rozporządzenia nr 139/2004.....	35
3. Wymiar wspólnotowy koncentracji	42
4. Zasada wyłączności rozporządzenia nr 139/2004	49
5. Zasada wyłączności kompetencji Komisji Europejskiej	60
6. Unijna kontrola koncentracji a Porozumienie o Europejskim Obszarze Gospodarczym	61
7. Uwagi końcowe	62
Rozdział III. Współpraca Komisji i organów ochrony konkurencji państw członkowskich UE w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorstw	63
1. Wstęp.....	63
2. Zasada lojalnej współpracy	64
3. Współpraca w ramach postępowań prowadzonych przez Komisję	66
4. System odsyłania spraw między Komisją i krajowymi organami ochrony konkurencji.....	91

4.1. Zasady ogólne.....	91
4.2. Odesłanie sprawy do jednego lub kilku państw członkowskich.....	95
4.3. Odesłanie sprawy do Komisji.....	113
5. Ochrona uzasadnionych interesów państw członkowskich	128
6. Ochrona podstawowych interesów bezpieczeństwa państw członkowskich	151
7. Uwagi końcowe.....	157
Rozdział IV. Ekstraterytorialne stosowanie unijnej kontroli koncentracji.....	
1. Wstęp.....	160
2. Jurysdykcja państw w prawie międzynarodowym publicznym	162
3. Ekstraterytorialne stosowanie prawa antytrustowego USA.....	174
4. Ekstraterytorialne stosowanie unijnego prawa konkurencji.....	195
5. Zastosowanie unijnej kontroli koncentracji do przedsiębiorstw spoza Unii Europejskiej	206
6. Uwagi końcowe.....	226
Rozdział V. Współpraca Komisji z państwami trzecimi w ramach umów dwustronnych.....	
1. Wstęp.....	228
2. Stany Zjednoczone	230
2.1. Umowa z 1991 roku.....	230
2.2. Umowa z 1998 roku.....	241
2.3. Porozumienie administracyjne w sprawie udziału w wysłuchaniach.....	241
2.4. Grupa robocza do spraw fuzji.....	242
2.5. Dobre praktyki.....	243
2.6. Umowa o transporcie lotniczym z 2007 roku	245
2.7. Sprawa <i>Boeing/McDonnell Douglas</i>	247
2.8. Sprawa <i>General Electric/Honeywell</i>	253
2.9. Sprawa <i>Oracle/PeopleSoft</i>	262
2.10. Inne sprawy	264
3. Kanada	267
4. Japonia.....	275
5. Republika Korei	278
6. Uwagi końcowe	281

Rozdział VI. Współpraca Komisji z organami ochrony konkurencji z państw trzecich w świetle standardów wybranych organizacji międzynarodowych	284
1. Wstęp	284
2. Światowa Organizacja Handlu (WTO)	285
3. Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD)	290
4. Międzynarodowa Sieć Konkurencji (ICN)	300
5. Uwagi końcowe	320
Zakończenie	323
Wykaz wykorzystanych w pracy orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich (obecnie: Trybunał Sprawiedliwości) oraz Sądu Pierwszej Instancji (obecnie: Sąd)	331
Wykaz wykorzystanych w pracy decyzji Komisji Europejskiej	335
Bibliografia	337

Wykaz skrótów

Akty prawne

Konstytucja RP	– ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.)
rozporządzenie lub rozporządzenie nr 139/2004	– rozporządzenie Rady nr 139/2004 z 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw
TEWG	– traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą
TEWWiS	– traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Węgla i Stali
TFUE	– traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej
TUE	– traktat o Unii Europejskiej
TWE	– traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską
u.o.k.k.	– ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.)

Czasopisma i publikatory

BYIL	– British Yearbook of International Law
CMLRev.	– Common Market Law Review
Dz. U.	– Dziennik Ustaw
Dz. Urz. UE	– Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej (od 1 lutego 2003 roku)

Dz. Urz. WE	– Dziennik Urzędowy Wspólnot Europejskich (do 31 stycznia 2003 roku)
ECLR	– European Competition Law Review
ELRev.	– European Law Review
EPS	– Europejski Przegląd Sądowy
ICLQ	– International and Comparative Law Quarterly
PiP	– Państwo i Prawo
PPH	– Przegląd Prawa Handlowego
PPHZ	– Problemy Prawne Handlu Zagranicznego
PUG	– Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego
RPEiS	– Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny
Zb. Orz.	– Zbiór Orzeczeń

Inne

EFTA	– European Free Trade Association
EOG	– Europejski Obszar Gospodarczy
ETS lub Trybunał	– Trybunał Sprawiedliwości (poprzednio: Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich)
ICN	– International Competition Network
PCIJ	– Permanent Court of International Justice (zob. również STSM)
Prezes UOKiK	– Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
SPI	– Sąd Pierwszej Instancji (obecnie: Sąd)
STSM	– Stały Trybunał Sprawiedliwości Międzynarodowej (zob. również PCIJ)

Słowo wstępne

1. W ostatnich latach jesteśmy świadkami postępujących procesów integracji rynków wcześniej oddzielonych granicami państw. Zjawisko to określane jest mianem globalizacji w wymiarze ekonomicznym. Szczególną rolę odgrywają tutaj takie czynniki jak liberalizacja handlu i deregulacja oraz postęp techniczny i technologiczny¹. Procesy globalizacji w gospodarce sprawiają, iż wiele przedsiębiorstw działa obecnie w skali światowej. Ich rynek zbytu obejmuje zatem nie tylko terytorium własnego państwa, ale także państwa sąsiednie, a nawet państwa położone na innych kontynentach. Przedsiębiorstwa te posiadają tam również swoje oddziały i spółki zależne. Naturalną odpowiedzią na geograficzne poszerzenie zakresu działalności przedsiębiorstw są przy tym ich międzynarodowe fuzje. Chodzi o dopasowanie wielkości przedsiębiorstwa do wielkości rynku (optymalna wielkość firmy jest inna na rynku krajowym, a inna gdy działa ono w skali międzynarodowej). Ponadto realizacja strategii przedsiębiorstwa na rynkach zagranicznych może być szybsza i mniej kosztowna dzięki przejęciu lokalnych firm. Posiadają one bowiem zarówno znajomość specyfiki danego rynku lokalnego oraz wykwalifikowaną kadrę, jak i dysponują znanymi na tym rynku markami, które mogą być wykorzystane przez międzynarodowych potentatów. Istotnym motywem jest również poszerzanie zakresu prowadzonej działalności poprzez przejęcia firm z innych branż, które same posiadają rozbudowaną geograficznie strukturę.

¹ Na temat globalizacji i jej wpływu na procesy koncentracji przedsiębiorstw zob. np. H.G. Adamkiewicz-Drwiłło, *Uwarunkowania konkurencyjności przedsiębiorstwa*, Warszawa 2002, s. 231–254; J. Wilson, *Globalization and the Limits of National Merger Control Law*, Kluwer Law International 2003, s. 12–17; O. Budzinski, *The Governance of Global Competition. Competence Allocation in International Competition Policy*, Edward Elgar 2008, s. 10–25; R. Molski, *Prawo antymonopolowe w obliczu globalizacji. Kierunki rozwoju*, Bydgoszcz–Szczecin 2008, s. 149–172.

Dokonujące się w tych warunkach procesy łączenia i przejmowania przedsiębiorstw odbywają się często w skali światowej lub kontynentalnej, wywołując skutki w wielu miejscach na naszym globie. Skutki określonej koncentracji przedsiębiorstw nie muszą być przy tym wszędzie takie same. W niektórych państwach prowadzić mogą do istotnego osłabienia konkurencji na rynkach lokalnych lub innych istotnych zmian sytuacji rynkowej, podczas gdy w innych, również potencjalnie dotkniętych skutkami tej samej koncentracji, zmiany będą niezauważalne lub pomijalne. Określone koncentracje mogą nawet prowadzić do wzrostu dobrobytu w jednym państwie kosztem jednak ogólnego dobrobytu wszystkich innych gospodarek na świecie².

2. Znaczenie kontroli koncentracji przedsiębiorstw dla zapewnienia skutecznej konkurencji i właściwego funkcjonowania rynku wewnętrznego zostało dostrzeżone już przez Europejską Wspólnotę Gospodarczą (poprzedniczkę WE i UE). Przyjęte w 1989 r. rozporządzenie nr 4064/89 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw zostało w 2004 r. zastąpione nowym, obowiązującym obecnie rozporządzeniem nr 139/2004. Wspólnotowa (a obecnie unijna) kontrola koncentracji oparta została na ścisłym podziale kompetencji między Komisję Europejską i krajowe organy ochrony konkurencji państw członkowskich UE. Rozporządzenie nr 139/2004 przekazuje do właściwości Komisji sprawy koncentracji o odpowiednio dużym znaczeniu gospodarczym (określane mianem koncentracji o wymiarze wspólnotowym). Koncentracje poniżej progów obrotów ustanowionych w tym rozporządzeniu podlegać mogą z kolei kontroli ze strony organów krajowych.

Powyższe zasady co do podziału kompetencji w sprawach kontroli koncentracji nie są jednak absolutne i dopuszczają różnego rodzaju modyfikacje. Istnieje zarówno możliwość przekazania sprawy danej koncentracji ze szczebla unijnego na szczebel krajowy, jak i przejęcia przez Komisję sprawy, która generalnie nie podlegała jej kompetencjom. W określonych granicach państwa członkowskie w dalszym ciągu zachowują również kompetencje do stosowania do koncentracji o wymiarze wspólnotowych swych własnych przepisów chroniących ich uzasadnione interesy inne niż związane z ochroną konkurencji. Nawet przy tym w tych sprawach, które podlegają wyłącznej jurysdykcji Komisji, jest ona zobligowana do prowadzenia postępowania w ścisłej i stałej współpracy z organami ochrony konkurencji z państw członkowskich UE.

² Por. np. A.K. Klevorick, A.O. Sykes, *United States Courts and the Optimal Deterrence of International Cartels: A Welfare Perspective on Empagran*, *Journal of Competition Law & Economics* 2007, vol. 3, iss. 3, s. 324.

3. Własne przepisy dotyczące kontroli koncentracji przedsiębiorstw posiada również coraz większa liczba państw spoza UE (niektóre z nich, tak jak np. USA, zresztą znacznie wyprzedziły w czasie UE w przyjęciu takich regulacji). Powyższe w połączeniu ze wskazanymi wyżej procesami globalizacji gospodarki prowadzi do tego, że koncentracje dotyczące dużych przedsiębiorstw wymagają zgłoszenia oraz uzyskania zatwierdzenia ze strony organów z wielu jurysdykcji. Pociąga to za sobą chociażby poważne koszty po stronie zainteresowanych przedsiębiorstw. O. Budzinski podaje w swej monografii poświęconej globalizacji polityki konkurencji przykład projektowanego połączenia w roku 1999 przedsiębiorstw przemysłu aluminiowego: Alcan (Kanada), Pechinery (Francja) i APA Algroup (Szwajcaria)³. Fuzja ta musiała być notyfikowana w więcej niż 40 jurysdykcjach, z czego 16 zdecydowało się wszcząć procedurę szczegółowego badania zgłoszenia. Oznaczało to, że wszelkie dokumenty musiały zostać przetłumaczone na osiem różnych języków (czeski, angielski, niemiecki, polski, portugalski, rosyjski, hiszpański i turecki). Usługi doradcze w procesie kontroli koncentracji przez różne organy świadczyło 35 firm prawniczych, a same opłaty administracyjne związane z dokonaniem zgłoszeń przekroczyły 100 tys. USD. Przedsiębiorstwo Alcan przedstawiło ponad 400 pudeł wydruków i około miliona stron e-maili. Łączne koszty bezpośrednio związane ze zgłoszeniami projektowanej fuzji do organów konkurencji z różnych jurysdykcjach wyniosły ponad 10 milionów USD⁴.

Istotnym problemem jest przy tym to, czy roszczenia danego porządku prawnego co do objęcia zakresem jego norm dotyczących kontroli koncentracji określonych połączeń przedsiębiorstw są rzeczywiście usprawiedliwione w świetle prawa międzynarodowego. Co więcej, organy ochrony konkurencji z różnych jurysdykcji stosują dodatkowo w tych sprawach różne szczegółowe rozwiązania materialnoprawne i proceduralne. Przykładowo stosowane są różne kryteria decydujące o dopuszczalności koncentra-

³ O. Budzinski, *The Governance...*, s. 48–49.

⁴ Na konieczność poniesienia przez zainteresowane przedsiębiorstwa wysokich kosztów związanych z udziałem w multijurysdykcyjnych postępowaniach z zakresu kontroli koncentracji przedsiębiorstw zwraca również uwagę raport przygotowany w 2003 r. przez międzynarodową firmę audytorską i doradczą PricewaterhouseCoopers pt. *A tax on mergers? Surveying the time and costs to business of multi-jurisdictional merger reviews* (wersja elektroniczna raportu znajduje się w posiadaniu autora). Sprawie tej poświęcony został również specjalny raport przygotowany w ramach prac Międzynarodowej Sieci Konkurencji. Zob. International Competition Network, Mergers Working Group, Notification and Procedures Subgroup, *Report on the Costs and Burdens of Multijurisdictional Merger Review*, November 2004. Raport dostępny jest na stronie internetowej ICN: www.internationalcompetitionnetwork.org.

cji, w niektórych państwach wymagane jest zgłoszenie jeszcze przed zawarciem ostatecznej umowy, podczas gdy w innych notyfikacja powinna nastąpić dopiero po jej podpisaniu, istotnie może się różnić zakres i forma żądanych dokumentów i informacji, a także czas trwania poszczególnych postępowań. Organy ochrony konkurencji mogą również orzekać o zastosowaniu wzajemnie sprzecznych środków zaradczych, np. żądać modyfikacji planowanej fuzji, które nie są skoordynowane ze stanowiskiem innych organów, nakładać niedające się pogodzić dodatkowe zobowiązania na uczestników łączenia dotyczące ich przyszłej działalności itp.

Sytuacja ta może prowadzić – i w niektórych przypadkach rzeczywiście prowadzi – do powstania poważnych konfliktów między poszczególnymi jurysdykcjami. W ostatnich latach dotyczyło to w szczególności relacji UE–USA. Spór między Komisją Europejską a amerykańskimi organami właściwymi w sprawach kontroli fuzji przybrał szczególnie niepokojące rozmiary w przypadku połączenia GE/Honeywell. Wówczas to planowana fuzja największych światowych koncernów, zatwierdzona już wcześniej przez Departament Sprawiedliwości USA, została zablokowana przez Komisję Europejską (zob. szerzej rozdz. V). Oczywiście jest przy tym, iż tego rodzaju konflikty i brak spójności w stosowaniu prawa konkurencji przez organy z różnych jurysdykcji stanowią poważną barierę rozwoju gospodarczego, a tym samym ograniczają wzrost dobrobytu społeczeństw wielu państw.

4. Powyższe okoliczności sprawiają, iż współpraca organów ochrony konkurencji z różnych jurysdykcji w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorstw nabiera w ostatnich latach szczególnego znaczenia. Pozwala ona bowiem przede wszystkim ograniczyć pole potencjalnych konfliktów między tymi organami, a tym samym przyczynia się do bardziej skutecznego stosowania prawa konkurencji zarówno w skali poszczególnych państw i organizacji międzynarodowych, jak i w skali globalnej. Sprzyja ona również efektywności procesów zmian strukturalnych w gospodarce, przynosząc wymierne korzyści zainteresowanym przedsiębiorstwom, a pośrednio także konsumentom.

W przypadku Komisji Europejskiej współpraca ta obejmuje zarówno państwa członkowskie UE, jak i państwa spoza UE. W relacjach Komisja – państwa członkowskie UE podstawą tej współpracy są przede wszystkim przepisy rozporządzenia nr 139/2004 oraz przepisy wydane na jego podstawie, a także ogólne zasady rządzące stosunkami między UE a państwami członkowskimi, na czele z zasadą lojalnej współpracy ustanowioną

w art. 4 ust. 3 TUE. Współpraca między Komisją Europejską a państwami trzecimi odbywa się z kolei w oparciu o normy prawa międzynarodowego publicznego, w tym specjalne umowy międzynarodowe dotyczące stosowania prawa konkurencji. W wielu przypadkach przebiega ona jednak w formach mniej sformalizowanych, przy uwzględnieniu różnego rodzaju aktów *soft law* przyjętych w ramach prac organizacji międzynarodowych, takich jak np. Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju i Międzynarodowa Sieć Konkurencji.

Celem niniejszej pracy jest zatem określenie zasad rządzących podziałem kompetencji między Komisję Europejską a organy ochrony konkurencji państw członkowskich UE w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorstw, jak również wyznaczenie granic jurysdykcji UE w tego rodzaju sprawach w relacjach z państwami trzecimi. Ustalenia w tym zakresie otwierają z kolei drogę do dalszych badań, których celem jest ustalanie zasad rządzących współpracą Komisji Europejskiej z krajowymi organami ochrony konkurencji (zarówno wewnątrz Unii Europejskiej, jak i w stosunkach zewnętrznych UE). Podstawą rozważań będą przy tym zarówno odpowiednie normy prawa unijnego i międzynarodowego, jak i praktyka ich stosowania przez Komisję Europejską i Trybunał Sprawiedliwości UE oraz wybrane krajowe organy.

5. Zaznaczyć należy, iż 1 grudnia 2009 r. wszedł w życie traktat z Lizbony reformujący traktaty założycielskie WE i UE⁵. Zgodnie z aktualnie obowiązującą treścią art. 1 akapit trzeci zdanie trzecie TUE z tą datą Unia zastąpiła Wspólnotę Europejską, będąc równocześnie jej następcą prawnym. UE została przy tym wyposażona w osobowość prawną (art. 47 TUE). Jej podstawę stanowią dwa traktaty posiadające taką samą moc prawną, tj. traktat o Unii Europejskiej oraz traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (art. 1 akapit trzeci zdanie pierwsze i drugie TUE). Ten ostatni traktat to obowiązujący wcześniej, istotnie jednak zmieniony (w tym co do samego nagłówka traktatu) traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (art. 2 pkt 1 traktatu z Lizbony)⁶.

⁵ Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską podpisany w Lizbonie dnia 13 grudnia 2007 r., Dz. Urz. UE C 306 z 17.12.2007, s. 1.

⁶ Zgodnie z art. 2 pkt 2 lit. a traktatu z Lizbony, „wszystkie formy gramatyczne wyrazów «Wspólnota» lub «Wspólnota Europejska» zastępuje się odpowiednią formą gramatyczną wyrazu «Unia», wyrazy «we Wspólnocie» zastępuje się wyrazami «w Unii», wszystkie formy gramatyczne wyrazów «Wspólnot Europejskich» lub skrót «EWG» zastępuje się odpowiednią formą gramatyczną wyrazów «Unii Europejskiej», z wyjątkiem artykułu 299 ustęp 6 litera c), który otrzymał oznaczenie artykuł 311a ustęp 5 litera c). Wszystkie formy gramatyczne przymiotnika «wspólnotowy» zastępuje

W związku z powyższym w pracy odwoływał się będę zasadniczo do treści przepisów traktatów założycielskich UE w ich wersji ustalonej traktatem z Lizbony. Gdy będzie to uzasadnione wymogami przejrzystości wywodu, obok nowych oznaczeń wskazywał będę również na przepisy traktatowe w wersji obowiązującej przed datą wejścia w życie reformy lizbońskiej, tj. przed 1 grudnia 2009 r. W przypadku konieczności odwołania się do wcześniej obowiązujących traktatów, wyraźnie wskażę aktualne oznaczenie odpowiednich przepisów.

Praca uwzględnia stan prawny na dzień 15 kwietnia 2010 r.

się wyrazem «Unii», z wyjątkiem artykułu 95, który otrzymał oznaczenie artykuł 94, ustęp 10, artykułu 164 litery b) i c), artykułu 170 akapit pierwszy, artykułu 171 oraz artykułu 174 ustęp 2 akapit drugi, w których to postanowieniach wszystkie formy gramatyczne przymiotnika «wspólnotowy» zastępuje się odpowiednią formą gramatyczną przymiotnika «unijny». Zmian określonych w zdaniu poprzednim nie stosuje się do artykułu 13, który otrzymał oznaczenie artykuł 16e, artykułu 100 ustęp 2 oraz artykułu 299 ustęp 2 akapit czwarty, do których stosuje się zmiany szczegółowe określone, odpowiednio, w punktach 33), 87) i 287) litera d) niniejszego artykułu. W odniesieniu do artykułu 136 akapit pierwszy, wyżej wymienione zmiany stosuje się tylko do wyrazu «Wspólnota».

Rozdział I

Unijna kontrola koncentracji przedsiębiorstw – wprowadzenie

1. Twórcy traktatów założycielskich Unii Europejskiej (wcześniej Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej i Wspólnoty Europejskiej) nie wprowadzili do ich postanowień przepisów statuujących wprost kontrolę na szczeblu unijnym procesów koncentracji przedsiębiorstw w gospodarce. Warto zaznaczyć, iż tego rodzaju kontrolę przewidywał pierwszy z traktatów założycielskich Wspólnot Europejskich – traktat o ustanowieniu Europejskiej Wspólnoty Węgla i Stali. W art. 66 ust. 1 zdanie pierwsze tego ostatniego traktatu wskazano, że „Każda operacja dokonana przez osobę lub przedsiębiorstwo albo grupę osób lub przedsiębiorstw, powodująca samą przez się bezpośrednio lub pośrednio w granicach terytoriów wymienionych w akapicie pierwszym Artykułu 79 koncentrację przedsiębiorstw, z których co najmniej jedno jest przedsiębiorstwem w rozumieniu Artykułu 80, wymaga – z zastrzeżeniem postanowień ustępu 3 – uprzedniego zezwolenia Komisji niezależnie od tego, czy dotyczy ona jednego czy też szeregu produktów i czy stanowi wynik fuzji, nabycia działań lub aktywów, pożyczki, umowy, czy też zastosowania innego środka kontroli. (...)”¹. O ile zatem koncentracje przedsiębiorstw w sektorze węgla i stali poddane były szczególnemu nadzorowi *ex ante* Komisji, o tyle analogiczne transakcje we wszystkich innych sektorach wydawały się wymykać jakiegokolwiek kontroli organów wspólnotowych².

¹ Tłumaczenie TEWWiS na język polski jest dostępne na stronie internetowej [http://www.ukie.gov.pl/HLP/files.nsf/0/5C9E04A5D3DE0C83C1256F6D00413902/\\$file/EWWiS.pdf](http://www.ukie.gov.pl/HLP/files.nsf/0/5C9E04A5D3DE0C83C1256F6D00413902/$file/EWWiS.pdf).

² Warto zaznaczyć, iż wiele rozwiązań prawnych i konstrukcji wypracowanych na gruncie art. 66 ust. 1–6 TEWWiS zostało przejętych przez późniejsze rozporządzenie Rady nr 4064/89. Zob. O. Koch (w): G. Hirsch, F. Montag, F.J. Säcker (red.), *Competition Law: European Community Practice*

2. Wyjaśnieniem tego zróżnicowanego podejścia może być to, że państwa członkowskie uznawały TEWG jako akt prawny o charakterze ramowym, który wymaga „dopełnienia” poprzez wspólnotowe prawodawstwo wtórne³. TEWWiS z kolei miał mieć charakter bardziej szczegółowy i konkretny. Odnosił się przy tym do tych branż (przemysł węglowy i stalowy), które ówczesnie odgrywały kluczową rolę w gospodarce oraz w zapewnieniu bezpieczeństwa narodowego. Dotyczyło to zwłaszcza przemysłu niemieckiego, który ze względów politycznych i wojskowych miał pozostać pod kontrolą organów wspólnotowych⁴. Istotniejsze wydaje się jednak w tym zakresie zróżnicowane podejście państw członkowskich do przekazania nowych kompetencji na szczebel wspólnotowy⁵. Warto zaznaczyć, iż wydanie wspólnotowego rozporządzenia dotyczącego kontroli koncentracji wymagało odwołania się do podstawy prawnej zawartej w art. 308 TWE (obecnie: art. 352 TFUE), a więc przepisu przewidującego wymóg jednomyślności w Radzie UE. Sprzeciw jednego chociażby państwa członkowskiego wykluczał zatem przyjęcie danego aktu. Początkowo tylko niektóre państwa członkowskie posiadały przy tym własne systemy kontroli koncentracji w gospodarce. W chwili uchwalenia pierwszego wspólnotowego rozporządzenia dotyczącego tej problematyki (rozporządzenia nr 4064/89)⁶, systemy takie w formie dostatecznie rozwiniętej istniały tylko w Zjednoczonym Królestwie (od 1965 roku), Niemczech (od 1973 roku) i Francji (od 1977 roku)⁷. Skoro nie wszystkie państwa odczuwały ówczesnie potrzebę

and Procedure. Article-by-Article Commentary, London 2008, s. 1903.

³ Trudno zgodzić się natomiast z T. Jurczykiem, iż brak w TWE wyspecjalizowanego systemu kontroli koncentracji przedsiębiorstw był „niedopatrzaniem”. Zob. T. Jurczyk, *Podstawy kontroli łączenia przedsiębiorców w prawie polskim i europejskim*, Acta Universitatis Wratislaviensis No 2396, Przegląd Prawa i Administracji, t. LI, Wrocław 2002, s.146.

⁴ Wskazuje na to już deklaracja Schumana z 1950 r., w której proponuje się m.in. „umieszczenie całej francusko-niemieckiej produkcji węgla i stali pod zarządem wspólnej Władzy Najwyższej w organizacji otwartej na udział innych krajów europejskich”. Tekst deklaracji Schumana został opublikowany w języku polskim, np. w pracy P. Fontaine, *Nowa idea dla Europy. Deklaracja Schumana 1950–2000*, Warszawa 2004, s. 36–37.

⁵ O. Koch zauważa jednak, iż brak w TEWG postanowień dot. kontroli koncentracji był wynikiem nie tyle politycznego konfliktu, ile faktu, iż sprawy te jeszcze w latach pięćdziesiątych XX wieku nie uznawano w Europie za dostatecznie istotne. Zob. O. Koch (w:) G. Hirsch, F. Montag, E.J. Säcker (red.), *Competition Law...*, s. 1903–1904.

⁶ Rozporządzenie Rady (EWG) nr 4064/89 z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. L 395 z 30.12.1989, s. 1).

⁷ Warto zaznaczyć, iż w USA przepisy nakierowane wprost na kontrolę koncentracji przedsiębiorstw zostały uchwalone już w 1914 r. (Clayton Act). Sądy amerykańskie już wcześniej stosowały jednak do koncentracji (*ex post*) przepisy Sherman Act z 1890 r. Zob. szerzej: L.A. Sullivan, W.S. Grimes, *The Law of Antitrust. An Integrated Handbook*, Thomson/West 2006, s. 551–563.

wprowadzenia tego rodzaju rozwiązań prawnych we własnych systemach prawnych, tym bardziej mogły oponować przeciwko nowym kompetencjom w tym zakresie dla Wspólnoty. Część państw obawiała się przy tym dalszego ograniczenia swych kompetencji w sferze gospodarki odnośnie tak kluczowego problemu jak kontrola struktur rynkowych (np. Francja). Słabiej rozwinięte państwa członkowskie Wspólnoty, których gospodarka wymagała jeszcze wielu zmian strukturalnych, uważały, że kontrola takich zmian na szczeblu wspólnotowym może stanowić barierę dla ich wprowadzenia w życie, a tym samym skutkować poważnymi stratami dla gospodarek krajowych. Nawet jeśli niektóre państwa akceptowały samą zasadę wspólnotowej kontroli koncentracji, to sporne pozostawały kryteria, które miały decydować o objęciu danej sprawy zakresem jurysdykcji Wspólnoty (Komisja przewidywało początkowo niższe niż funkcjonujące obecnie progi obrotów, które miały decydować o uzyskaniu przez daną koncentrację „wymiaru wspólnotowego”). Inne państwa (np. Niemcy) wskazywały na ryzyka dla stanu konkurencji na rynkach krajowych płynące z przekazania odnośnych kompetencji instytucjom wspólnotowym, działającym w imię interesu wspólnotowego. Sporne pozostawały również same materialnoprawne kryteria służące ocenie zgodności danej koncentracji ze wspólnym rynkiem. Zjednoczone Królestwo obawiało się np. wpływu na działalność instytucji wspólnotowych w tego rodzaju sprawach czynników natury politycznej lub socjalnej, akcentując konieczność ograniczenia badania do kwestii skutków planowanej koncentracji na konkurencję na rynku właściwym⁸.

Wyrażnie za wprowadzeniem kontroli koncentracji na szczeblu wspólnotowym wyłączającej kontrolę krajową opowiadały się z kolei środowiska biznesowe. Zdawały sobie one bowiem sprawę, iż w przypadku międzynarodowych połączeń przedsiębiorstw wielość notyfikacji i prowadzonych w tym zakresie postępowań w poszczególnych państwach członkowskich znacznie podwyższa koszty transakcyjne, a także zwiększa ryzyko niezharmonizowanych rozstrzygnięć poszczególnych krajowych organów ochrony konkurencji. Problemy te rozwiązywałaby jedna notyfikacja transakcji

⁸ Zob. szerzej: S. Dudzik, *Zasada wyłączności jurysdykcji Wspólnoty Europejskiej w sprawach połączeń przedsiębiorstw a uprawnienia państw członkowskich*, PiP 1996, z. 4–5, s. 177–178 oraz podana tam literatura; E.J. Morgan, *Subsidiarity and the division of jurisdiction in EU merger control*, Antitrust Bulletin 2000, vol. 45, s. 157–159; C.J. Cook, C.S. Kerse, *EC Merger Control*, London 2005, s. 1–3; A. Jones, B. Sufrin, *EC Competition Law*, Oxford 2008, s. 949–950. Wiele różnic między państwami członkowskimi w podejściu do kontroli koncentracji przedsiębiorstw pozostało także po wejściu w życie rozporządzenia nr 4064/89. Por. B.J. Rodger, *Decentralisation and National Competition Authorities: Comparison with the Conflicts/Tensions Under the Merger Regulation*, ECLR 1994, vol. 15, s. 251–254.

do Komisji połączona z wymogiem jej szybkiego rozpatrzenia przez ten organ, przy równoczesnym wyłączeniu kompetencji organów krajowych wobec danej koncentracji⁹.

3. Rolę swoistego katalizatora zmian w tym obszarze prawa wspólnotowego przypisać można Trybunałowi Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich. Trybunał zaakceptował bowiem zastosowanie przez Komisję art. 85 i 86 TEWG (w późniejszym czasie przepisy te były oznaczone jako, odpowiednio, art. 81 i 82 TWE; obecnie są to odpowiednio: art. 101 i 102 TFUE) jako narzędzi służących kontroli *ex post* w odniesieniu do niektórych przynajmniej transakcji łączeniowych¹⁰.

Pierwszą tego rodzaju sprawą była sprawa *Continental Can*. Komisja zarzuciła tej spółce niedozwolone w świetle art. 86 TEWG nadużycie pozycji dominującej poprzez nabycie 80% pakietu udziałów w spółce konkurencyjnej, a tym samym wyeliminowanie konkurencji na rynku właściwym (w tym przypadku chodziło o rynek opakowań metalowych). W odwołaniu od powyższej decyzji Komisji podniesiono wprawdzie zarzut przekroczenia przez Komisję jej uprawnień i wprowadzenie bez właściwej podstawy normatywnej systemu kontroli koncentracji przedsiębiorstw, tym niemniej Trybunał nie uznał tych zarzutów za zasadne. W wydanym w 1973 r. wyroku ETS wskazał, że „Art. 86 [obecnie: art. 102 TFUE – przyp. S.D.] jest skierowany nie tylko przeciwko praktykom, które mogą bezpośrednio szkodzić konsumentom, ale również przeciwko takim praktykom, które szkodzą konsumentom przez ich wpływ na strukturę skutecznej konkurencji, o czym mowa w art. 3 lit. f) Traktatu [w TWE przepis ten by oznaczony jako art. 3 ust. 1 lit. g TWE; nie posiada on odpowiednika w TFUE – przyp. S.D.]¹¹. Nadużycie może wystąpić, jeśli przedsiębiorstwo o pozycji dominującej wzmacnia tę pozycję w taki sposób, że osiągnięty stopień dominacji istotnie ogranicza konkurencję, przez co jedynymi przedsiębiorstwami pozostającymi na rynku są te, których zachowanie zależy od przedsiębiorstwa o pozycji dominującej”¹². Wyrok ten wyposażał Komisję

⁹ Por. V. Korah, *EC Competition Law and Practice*, Oxford 1997, s. 263.

¹⁰ Por. D.G. Goyder, J. Goyder, A. Albers-Llorens, *Goyder's EC Competition Law*, Oxford 2009, s. 384–390.

¹¹ Zob. jednak dołączony do TUE i TFUE przez traktat z Lizbony Protokół (nr 27) w sprawie rynku wewnętrznego i konkurencji.

¹² Wyrok ETS w sprawie 6/72, *Europemballage Corporation i Continental Can Company Inc. v. Komisja*, Zb. Orz. 1973, s. 215, teza 12. Streszczenie wyroku w języku polskim zostało zawarte w pracy: A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), *Orzecznictwo sądów wspólnotowych w sprawach konkurencji w latach 1964–2004*, Warszawa 2007, s. 114–119.

w praktyce w zupełnie nowy oręż w walce z monopolizacją struktur rynkowych. Problemem pozostawało jednak to, że na podstawie art. 86 TEWG (obecnie: art. 102 TFUE) Komisja mogła działać tylko *ex post*, a nie zapobiegawczo, a nadto, że warunkiem zastosowanie tego przepisu jest posiadanie przez nabywcę pozycji dominującej, a więc poza zakresem jego działania pozostają koncentracje przedsiębiorstw, które same wprowadzicie takiej pozycji nie posiadają, tym niemniej ich połączenie do powstania takiej pozycji prowadzi. W zakresie działania unijnego zakazu nadużywania pozycji dominującej nie mieści się również przejęcie dominanta przez przedsiębiorstwo takiej pozycji nieposiadające¹³. Choć zastosowanie w sprawach koncentracji przedsiębiorstw art. 86 TEWG (art. 82 TWE, art. 102 TFUE) wiązało się zatem z wieloma ograniczeniami, to sama możliwość oceny danej transakcji przez Komisję w świetle powyższego przepisu mogła działać odstraszaingly. Co więcej, niektóre zainteresowane przedsiębiorstwa posiadające znaczne udziały w rynku zaczęły nieformalnie konsultować z Komisją planowane transakcje łączeniowe, tak by uniknąć w przyszłości zarzutów dotyczących naruszenia tego przepisu. Z drugiej jednak strony nasiliły się również praktyki przedsiębiorstw polegające na takim konstruowaniu transakcji, by ominąć „zagrożenia”, których źródłem może być Komisja. Wszystko to stwarzało stan niepewności co do zachodzących w gospodarce najpoważniejszych zmian strukturalnych, a tym samym mogło stanowić istotną barierę rozwoju.

4. Kolejnym ważnym krokiem Trybunału stymulującym wprowadzenie wspólnotowej kontroli koncentracji przedsiębiorstw było orzeczenie z 1987 r. w sprawie *BAT & Reynolds*. Komisja zdecydowała się tu, wbrew swojemu wcześniejszemu stanowisku, zastosować art. 85 i 86 TEWG do nabycia istotnego, choć mniejszościowego udziału przez spółkę Philip Morris w przedsiębiorstwie konkurencyjnym – spółce Rothmans. Ostatecznie, po wprowadzeniu przez zainteresowane przedsiębiorstwa zmian w strukturze transakcji, Komisja nie dopatrzyła się jednak naruszenia tych przepisów. Decyzja Komisja została jednak zaskarżona do ETS przez konkurentów łączących się firm, a to przedsiębiorstwa BAT i Reynolds, które wskazywały m.in., iż sporna transakcja będzie miała w sposób nieuchronny wpływ na zachowania rynkowe uczestniczących w niej konkurencyjnych podmiotów, zwłaszcza że dochodzi do niej na wysoce oligopolistycznym rynku,

¹³ Por. E. Navarro Varona, A. Font Galarza, J. Folguera Crespo, J. Briones Alonso, *Merger Control in the European Union. Law, Economics and Practice*, Oxford 2005, s. 2; M. Szydło, *Stosowanie art. 81 i 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską do operacji koncentracyjnych*, PiP 2006, z. 1, s. 57.

pozostającym na dodatek w fazie stagnacji. Choć ostatecznie Trybunał nie stwierdził, by decyzja Komisji naruszała prawo, a w szczególności, by istniały dowody przemawiające przeciwko trafności oceny spornej transakcji dokonanej w decyzji Komisji, to równocześnie wyraźnie zaaprobował możliwość badania takich transakcji w świetle przesłanek z art. 85 TEWG (obecnie art. 101 TFUE). Trybunał wskazał m.in., że: „Gdy nabycie udziałów w kapitale przedsiębiorstwa konkurencyjnego jest uregulowane w porozumieniu zawartym między przedsiębiorstwami, które po zawarciu takiego porozumienia pozostają samodzielne, to taki stan faktyczny należy najpierw zbadać w świetle art. 85. Chociaż samo nabycie przez jedno przedsiębiorstwo udziałów w kapitale przedsiębiorstwa konkurencyjnego nie jest samo w sobie zachowaniem ograniczającym konkurencję, to jednak może ono służyć jako instrument wywierania nań takiego wpływu, że konkurencja na rynku, na którym oba funkcjonują, będzie ograniczona lub zniekształcona. W szczególności będzie tak wtedy, gdy poprzez nabycie udziałów lub za pomocą zawartych w porozumieniu klauzul dodatkowych, przedsiębiorstwo inwestujące zapewnia sobie prawną lub faktyczną kontrolę nad zachowaniem innego przedsiębiorstwa, albo wtedy, gdy porozumienie przewiduje nawiązanie współpracy lub tworzy struktury, które mogą być w tym celu wykorzystane; będzie tak także wtedy, gdy porozumienie daje przedsiębiorstwu inwestującemu możliwość wzmocnienia swojej pozycji w okresie późniejszym i przejęcia rzeczywistej kontroli nad drugim przedsiębiorstwem”¹⁴.

Stanowisko Trybunału oznaczało w szczególności, iż nie tylko dominant rynkowy nabywający udziały w innym przedsiębiorstwie konkurencyjnym może obawiać się interwencji Komisji na podstawie art. 86 TEWG (obecnie art. 102 TFUE), ale także każde inne przedsiębiorstwo, dokonujące tego typu transakcji może zostać poddane kontroli w świetle przesłanek z art. 85 TEWG (obecnie art. 101 TFUE)¹⁵. Stanowiło to w praktyce znaczne powiększenie władzy Komisji w odniesieniu do zmian strukturalnych

¹⁴ Wyrok ETS w połączonych sprawach 141 i 156/84, *British American Tobacco Company Limited oraz R.J. Reynolds Industries Inc. v. Komisja*, Zb. Orz. 1987, s. 4487, teza 2. Streszczenie wyroku w języku polskim zostało zawarte w pracy: A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), *Orzecznictwo sądów wspólnotowych...*, s. 249–255.

¹⁵ M. Szydło podnosi jednak, iż możliwość zastosowania art. 81 TWE (obecnie art. 101 TFUE) jest wyłączona w przypadku nabycia w konkurencyjnym przedsiębiorstwie większościowego pakietu udziałów lub akcji od konkurenta, jak również w przypadku fuzji przedsiębiorstw. W tym przypadku, zdaniem tego autora, zastosowanie powinny znaleźć przepisy rozporządzenia nr 139/2004. Zob. M. Szydło, *Stosowanie art. 81 i 82...*, s. 58–63.

w gospodarce, przy równoczesnym istotnym zwiększeniu ryzyk dla zainteresowanych firm. Pamiętać bowiem należy, że art. 85 ust. 2 TEWG (obecnie art. 101 ust. 2 TFUE) przewiduje wprost skutek w postaci nieważności *ex lege* porozumienia sprzecznego z art. 85 ust. 1 TEWG (obecnie art. 101 ust. 1 TFUE). Mogło to zatem oznaczać ogromne komplikacje dla zainteresowanych firm i dokonywanych przez nie transakcji, często o znacznej wartości. Wszystko to sprawiało, iż państwa członkowskie zdecydowały się wrócić do sprawy uchwalenia szczególnych przepisów dotyczących wspólnotowej kontroli koncentracji. W zaistniałej sytuacji przepisy takie mogły jawić się jako narzędzie zwiększenia pewności prawa i zapewnienia przedsiębiorstwom jasnych, przewidywalnych reguł dotyczących ich koncentracji, a tym samym ograniczyć koszty transakcyjne oraz stwarzać lepsze warunki dla możliwie najlepszej alokacji zasobów w gospodarce. Ostatecznie projekt stosownego rozporządzenia wspólnotowego został przyjęty przez Radę 21 grudnia 1989 r. Weszło ono w życie 21 września 1990 r.¹⁶ (rozporządzenie nr 4064/89).

5. Jak wskazuje się w literaturze, rozporządzenie nr 4064/89 miało od początku dwie podstawowe funkcje. Po pierwsze, stanowić miało narzędzie oceny, zastosowania środków zaradczych, a nawet wprowadzenia zakazu koncentracji wywierających antykonkurencyjne skutki na wspólnym rynku lub istotnej jego części. Po drugie, miało ustanawiać jednolite ramy proceduralne i materialnoprawne dla oceny tego rodzaju transakcji¹⁷.

Rozporządzenie nr 4064/89 wprowadziło zatem obowiązek uprzedniej notyfikacji do Komisji wszelkich połączeń przedsiębiorstw o wymiarze wspólnotowym¹⁸. O uzyskaniu tego wymiaru decydować miała przy tym określona wielkość obrotów zaangażowanych firm. Łączny światowy obrót wszystkich przedsiębiorstw uczestniczących w koncentracji wynosić powinien zatem więcej niż 5 mld ECU, zaś łączny obrót przypadający na Wspólnotę, każdego z co najmniej dwóch przedsiębiorstw uczestniczących w koncentracji, wynosić miał więcej niż 250 mln ECU. Koncentracja uzyskiwała wymiar wspólnotowy, a tym samym podlegała kontroli Komisji, gdy oba te progi zostały przekroczone w danej sprawie, chyba że każ-

¹⁶ Zob. szerzej: C.J. Cook, C.S. Kerse, *EC Merger...*, s. 3–4; A. Jones, B. Sufrin, *EC Competition...*, s. 950–952; E. Misiejuk, komentarz do wyroku ETS w sprawie BAT & Reynolds (w:) A. Jurkowska, T. Skoczny (red.), *Orzecznictwo sądów wspólnotowych...*, s. 254; O. Koch (w:) G. Hirsch, F. Montag, F.J. Säcker (red.), *Competition Law...*, s. 1904–1910.

¹⁷ P. Christensen, K. Fountoukakos, D. Sjöblom (w:) J. Faull, A. Nikpay (red.), *The EC Law of Competition*, Oxford 2007, s. 423.

¹⁸ Art. 4 rozporządzenia nr 4064/89.

de z przedsiębiorstw uczestniczących w koncentracji uzyskiwało więcej niż dwie trzecie swoich łącznych obrotów przypadających na Wspólnotę w jednym i tym samym państwie członkowskim. Zaistnienie tej ostatniej sytuacji oznaczało wyłączenie danej koncentracji z zakresu działania rozporządzenia nr 4064/89¹⁹.

Do czasu zakończenia postępowania przed Komisją koncentracja nie mogła zostać wprowadzona w życie²⁰. Komisja uzyskała przy tym wyłączenie w zakresie oceny koncentracji posiadających wymiar wspólnotowy z punktu widzenia prawa konkurencji, z wyłączeniem tym samym kompetencji organów państw członkowskich²¹. Mogła ona zakazać danego łączenia, gdy stwarzało ono lub umacniało pozycję dominującą, w rezultacie czego skuteczna konkurencja na wspólnym rynku lub jego znaczącej części zostałaby znacząco utrudniona²².

6. Kilka pierwszych lat funkcjonowania rozporządzenia nr 4064/89 dało podstawy do ponownego przemyślenia przyjętych rozwiązań²³. W 1996 roku ukazała się zielona księga Komisji w tej sprawie, wskazująca na konieczność rozważenia takich problemów, jak np. rewizja postanowień dotyczących progów decydujących o uzyskaniu przez daną koncentrację wymiaru wspólnotowego, konieczność złożenia wielu notyfikacji krajowych w przypadku transakcji, do których rozporządzenie nr 4064/89 nie znajduje zastosowania, traktowanie wspólnych przedsiębiorstw (*joint ventures*) w przepisach dotyczących kontroli koncentracji²⁴.

Nowelizacja tego rozporządzenia została dokonana rozporządzeniem Rady nr 1310/97 z dnia 30 czerwca 1997 r.²⁵ Zmieniła ona m.in. kryteria dotyczące wielkości obrotów decydujących o uzyskaniu przez daną transakcję wymiaru wspólnotowego. W konsekwencji kontroli Komisji poddano także koncentracje, które nie spełniały wprawdzie dotychczas obowiązujących progów w zakresie obrotów uzyskiwanych w skali światowej (5 mld ECU) oraz w skali wspólnotowej (250 mln ECU), tym niemniej osiągały

¹⁹ Zob. art. 1 i 5 rozporządzenia nr 4064/89.

²⁰ Art. 7 rozporządzenia nr 4064/89.

²¹ Art. 21 rozporządzenia nr 4064/89.

²² Art. 2 ust. 3 i art. 8 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89.

²³ Na temat procesu reformy wspólnotowej kontroli koncentracji zob. szerzej: O. Koch (w: G. Hirsch, F. Montag, F.J. Säcker (red.), *Competition Law...*, s. 1910–1916. Zob. także: I. Zużewicz (w: Z. Brodecki (red.), *Konkurencja*, Warszawa 2004, s. 305–307.

²⁴ Zob. European Commission, *Green Paper on the Review of the Merger Regulation*, COM(1996) 19 final.

²⁵ Dz. Urz. L 180 z 09.07.1997, s. 1.

nowowprowadzone progi odwołujące się na zasadzie koniunkcji do wielkości obrotów światowych (2,5 mld ECU w odniesieniu do wszystkich zaangażowanych przedsiębiorstw), wielkości obrotów w skali przynajmniej trzech państw członkowskich (100 mln ECU w odniesieniu do wszystkich zaangażowanych przedsiębiorstw oraz 25 mln ECU w odniesieniu do przynajmniej dwóch zaangażowanych przedsiębiorstw) oraz wielkości obrotów osiąganych w skali Wspólnoty (100 mln ECU w odniesieniu do każdego z przynajmniej dwóch zaangażowanych przedsiębiorstw). Zmianie uległy także przepisy odnoszące się do wspólnych przedsiębiorstw (*joint ventures*). Uproszczono bowiem w stosunku do pierwotnego tekstu rozporządzenia nr 4064/89 definicję wspólnego przedsiębiorstwa o charakterze koncentracyjnym. Zgodnie z nowym brzmieniem art. 3 ust. 2 tego rozporządzenia, „Utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa, pełniącego w sposób trwały wszystkie funkcje samodzielnego podmiotu gospodarczego, stanowi koncentrację w rozumieniu ust. 1 lit. b”²⁶. Zreformowano także przepisy dotyczące przekazywania spraw między Komisją a organami państw członkowskich, wyjaśniając i usprawniając odpowiednie mechanizmy przewidziane w rozporządzeniu nr 4064/89.

7. Proces kolejnej nowelizacji rozporządzenia nr 4064/89 zapoczątkowała zielona księga Komisji z 2001 roku²⁷. Wskazywała ona na kilka podstawowych problemów, których rozwiązanie przyczynić się ma do lepszego funkcjonowania wspólnotowej kontroli koncentracji. Należały do nich m.in. kwestie wielości zgłoszeń do organów poszczególnych państw członkowskich w przypadku, gdy dana transakcja nie posiada wymiaru wspólnotowego, usprawnienia i uproszczenia procedury przekazywania spraw między Komisją a organami państw członkowskich, wybrane zagadnienia dotyczące pojęcia „koncentracja”, problemy zachowania lub zmiany dotychczas stosownego testu dominacji jako decydującego o zgodności koncentracji ze wspólnym rynkiem, a także kwestie proceduralne, w tym problem terminów znajdujących zastosowanie w procedurze kontroli koncentracji. Jak z powyższego przeglądu wynika, pewne sprawy zostały podniesione przez Komisję po raz kolejny (np. kwestia wielości notyfikacji), albowiem

²⁶ Przepis ten odpowiada brzmieniu aktualnie obowiązującego art. 3 ust. 4 rozporządzenia nr 139/2004. Zob. szerzej np. D.G. Goyder, J. Goyder, A. Albors-Llorens, *Goyder's...*, s. 464–465.

²⁷ Zob. European Commission, *Green Paper on the Review of Council Regulation (EEC) No. 4064/89*, Brussels, 11.12.2001, COM(2001) 745/6 final. Zob. także: B. Pęczalska, *Kontrola koncentracji w Unii Europejskiej* (rozporządzenie nr 139/2004) (w:) E. Piontek (red.), *Reforma wspólnotowego prawa konkurencji*, Warszawa 2005, s. 173–176.

wcześniej nie doczekały się adekwatnego rozwiązania przez Radę. Istotnym czynnikiem, który wpływał na proces reformy wspólnotowej kontroli koncentracji, były także kończące się ówczesnie negocjacje akcesyjne z dziesięcioma nowymi państwami (wśród nich z Polską). Przystąpienie do Unii Europejskiej tak znacznej liczby nowych państw członkowskich wymagało m.in. adekwatnej odpowiedzi również w odniesieniu do mechanizmu alokacji spraw między Komisję a organy krajowe. Warto wspomnieć również o tym, iż w ciągu kilkunastu lat funkcjonowania rozporządzenia nr 4064/89 znacznie zwiększyła się liczba koncentracji zgłaszanych Komisji do oceny. Przykładowo, w 1991 roku notyfikowano Komisji 64 sprawy, w 1995 – 110 spraw, a w 2001 roku (rekordowym pod tym względem) – 335 spraw. Usprawnienie postępowania przed Komisją stawalo się zatem kwestią wymagającą pilnego rozwiązania. Wpływ na reformę rozporządzenia nr 4064/89 miała również sytuacja międzynarodowa, w tym powstanie Międzynarodowej Sieci Konkurencji (International Competition Network) oraz przejęcie w jej ramach rekomendacji dotyczących kontroli koncentracji. Wskazując na przyczyny reformy nie można pominąć również współpracy transatlantyckiej Komisji z organami ochrony konkurencji USA oraz wpływu amerykańskiego prawa antytrustowego na prawo wspólnotowe²⁸. *Last but not least* wspomnieć również należy o roli Sądu Pierwszej Instancji w reformowaniu wspólnotowej kontroli koncentracji. W 2002 roku wydał on trzy ważne wyroki w sprawach zaskarżonych decyzji Komisji zakazujących koncentracji²⁹. Wszystkie trzy decyzje zostały uznane przez SPI za nieważne. Wskazywało to wyraźnie na potrzebę usprawnienia wewnętrznych procedur Komisji, tak by móc sprostać wymogom sądów wspólnotowych co do standardów postępowania dowodowego oraz uzasadnienia decyzji w sprawach koncentracji przedsiębiorstw³⁰.

8. Proces uzgadniania nowych rozwiązań prawnych zakończył się ostatecznie uchwaleniem przez Radę 20 stycznia 2004 r. nowego rozporządzenia nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw³¹, które zastąpiło rozporządzenie nr 4064/89. Wprowadzane zmiany okazały się bowiem tak duże, że z uwagi na wymogi przejrzystości tekstu prawnego

²⁸ Sprawy te zostaną przedstawione szerzej w kolejnych rozdziałach pracy.

²⁹ Zob. wyroki SPI w sprawach: T-342/99, *Airtours v. Komisja*, Zb. Orz. 2002, s. II-2585; T-310/01 *Schneider Electric v. Komisja*, Zb. Orz. 2002, s. II-4071; T-5/02, *Tetra Laval v. Komisja*, Zb. Orz. 2002, s. II-4381.

³⁰ Zob. szerzej: P. Christensen, K. Fountoukakos, D. Sjöblom, *Mergers...*, s. 424–426, 428–429.

³¹ Dz. Urz. UE L 24 z 29.01.2004, s. 1.

nie zdecydowano się poprzestać na prostej nowelizacji obowiązującego do-tychczas rozporządzenia³². Rozporządzenie nr 139/2004 zostało następnie uzupełnione rozporządzeniem wykonawczym Komisji, a to rozporządzeniem nr 802/2004 z dnia 7 kwietnia 2004 r.³³ To ostatnie rozporządzenie było nowelizowane w 2006 (w związku z przystąpieniem do UE Bułgarii i Rumunii) i w 2008 roku (zmiany o charakterze ściśle merytorycznym)³⁴.

Komisja przyjęła również szereg aktów *soft law*, wyjaśniających jej sposób podejścia do wielu kwestii szczegółowych dotyczących stosowania wyżej wymienionych rozporządzeń. Do najważniejszych należą: skonsolidowane obwieszczenie dotyczące kwestii jurysdykcyjnych (2008/C 95/01)³⁵, obwieszczenie w sprawie odsyłania spraw dotyczących koncentracji (2005/C 56/02)³⁶, wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw (2004/C 31/03)³⁷, wytyczne w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw (2008/C 265/07)³⁸ oraz zawiadomienie w sprawie środków zaradczych (2008/C 267/01)³⁹. Warto zaznaczyć, iż kierując się wy-mogami wynikającymi z art. 1 ust. 4 i art. 4 ust. 6 rozporządzenia nr 139/2004 Komisja w dniu 18 czerwca 2009 r. przyjęła sprawozdanie dotyczące progów i kryteriów decydujących o objęciu koncentracji zakresem kontroli wspól-notowej oraz funkcjonowania mechanizmu odesłania sprawy do Komisji lub do organów krajowych⁴⁰. Komisja uznała tam, iż aktualnie obowiązujące przepisy są co do zasady dostatecznie efektywne w odróżnieniu spraw, które posiadają znaczenie wspólnotowe, od spraw o charakterze przede wszystkim krajowym, a także we wprowadzeniu w życie zasady „poje-dynczej instytucji” (*one-stop shop*) oraz zasady „bardziej odpowiedniego organu” (*more appropriate authority*). Komisja dostrzegła jednak w swym raporcie możliwości wprowadzenia pewnych reform w zakresie systemu odsyłania spraw. Komisja nie zaproponowała jednak żadnych nowych roz-wiązań, oczekując w szczególności na reakcję państw członkowskich (Rady) na przedłożony im raport.

³² Zob. pkt 1 motywów rozporządzenia nr 139/2004.

³³ Rozporządzenie Komisji w sprawie wykonania rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, Dz. Urz. UE L 133 z 30.04.2004, s. 1.

³⁴ Zob. Dz. Urz. UE L 362 z 20.12.2006, s. 1 i Dz. Urz. UE L 279 z 22.10.2008, s. 3.

³⁵ Dz. Urz. UE C 95 z 16.04.2008, s. 1.

³⁶ Dz. Urz. UE C 56 z 05.03.2005, s. 2.

³⁷ Dz. Urz. UE C 31 z 05.02.2004, s. 5.

³⁸ Dz. Urz. UE C 265 z 18.10.2008, s. 6.

³⁹ Dz. Urz. UE C 267 z 22.10.2008, s. 1.

⁴⁰ Zob. Communication from the Commission to the Council. Report on the functioning of Regulation No. 139/2004, COM(2009) 281 final.

9. Rozporządzenie nr 139/2004 zachowało wiele podstawowych rozwiązań funkcjonujących po rządami wcześniejszego rozporządzenia nr 4064/89⁴¹. Przede wszystkim utrzymana została zasada, iż koncentracje⁴² o wymiarze wspólnotowym (o czym decyduje generalnie wielkość obrotów zainteresowanych przedsiębiorstw) podlegają wyłącznej jurysdykcji Komisji (zasada „pojedynczej instytucji” – *one-stop shop*)⁴³. Tym samym koncentracje, które nie osiągają określonych w rozporządzeniu progów i kryteriów obrotów, podlegają badaniu przez organy krajowe i przy zastosowaniu krajowych przepisów dotyczących kontroli koncentracji.

Zasada ta nie jest jednak bezwzględna. Zarówno na etapie poprzedzającym formalne zgłoszenie (możliwości takiej nie było pod rządami rozporządzenia nr 4064/89)⁴⁴, jak i po dokonaniu takiego zgłoszenia⁴⁵ sprawa może zostać bowiem (przy spełnieniu określonych przesłanek) przekazana do organu lub organów krajowych. Istnieje także możliwość przejęcia przez Komisję (zarówno na etapie poprzedzającym zgłoszenie⁴⁶, jak i po dokonaniu zgłoszenia⁴⁷) sprawy koncentracji, które nie posiada wymiaru wspólnotowego. Sprawy te zostaną szerzej przedstawione w rozdziale III.

Zgłoszenie koncentracji do Komisji powinno nastąpić na specjalnym formularzu CO⁴⁸. Jeżeli zgłoszenie zawiera komplet wymaganych informacji,

⁴¹ Por. T. Skoczny, *Stosowanie wspólnotowych reguł konkurencji – także w Polsce – po 1 maja 2004 r. (w świetle wspólnotowych rozporządzeń nr 1/2003 i 139/2004 oraz nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2004 r.)*, *Kwartalnik Prawa Publicznego* 2004, nr 2, s. 163–166. Na temat zmian w zakresie wspólnotowej kontroli koncentracji wprowadzonych przez rozporządzenie nr 139/2004 zob. np. S. Maudhuit, T. Soames, *Changes in EU Merger Control*, cz. 1, cz. 2, cz. 3, *ECLR* 2005, vol. 26, s. odpowiednio: 57–64, 75–82, 144–150; B. Pęczalska, *Kontrola koncentracji...*, s. 169–269; M. Sendrowicz, *Kontrola koncentracji przedsiębiorców w prawie Unii Europejskiej – wybrane zagadnienia* (w: A. Łazowski, R. Ostrihansky (red.), *Współczesne wyzwania europejskiej przestrzeni prawnej. Księga pamiątkowa dla uczczenia 70. urodzin Profesora Eugeniusza Piontka*, Kraków 2005, s. 379–408; M. Szydło, *Kontrola operacji koncentracyjnych w prawie wspólnotowym. Wybrane zagadnienia prawne*, *Studia Europejskie* 2005, nr 4, s. 75–100; K. Strzyczkowski, *Kontrola koncentracji przedsiębiorstw w prawie wspólnotowym*, *PUG* 2006, nr 4, s. 2–14; T. Korbutowicz (w: A. Cieśliński (red.), *Wspólnotowe prawo gospodarcze*, t. II, Warszawa 2007, s. 636–643; T. Skoczny, *Przeciwdziałanie nadmiernej koncentracji* (w: J. Barcz (red.), *Prawo Unii Europejskiej. Prawo materialne i polityki*, Warszawa 2005, s. II-387–II-406; M. Królikowska-Olczak, *Kontrola koncentracji przedsiębiorstw w prawie konkurencji Unii Europejskiej* (w: R. Biskup, M. Ganczar red., *Warunki podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej w rejonach przygranicznych Polski i Ukrainy*, Lublin 2007, s. 46–52; P. Sobolewski, *Kontrola przedsiębiorców we wspólnotowym prawie konkurencji*, *PPH* 2007, nr 6, s. 27–33.

⁴² Pojęcie koncentracji zostało zdefiniowane w art. 3 rozporządzenia nr 139/2004.

⁴³ Art. 1 i 5 rozporządzenia nr 139/2004. Zob. szerzej rozdział II.

⁴⁴ Art. 4 ust. 4 rozporządzenia nr 139/2004.

⁴⁵ Art. 9 rozporządzenia nr 139/2004.

⁴⁶ Art. 4 ust. 5 rozporządzenia nr 139/2004.

⁴⁷ Art. 22 rozporządzenia nr 139/2004.

⁴⁸ Art. 4 ust. 1–2 rozporządzenia nr 139/2004.

rozpoczyna bieg 25-dniowy termin, w którym Komisja powinna wydać decyzję kończącą pierwszą fazę postępowania (w szczególnych przypadkach termin ten ulega przedłużeniu do 35 dni roboczych)⁴⁹. Komisja może uznać, że koncentracja nie wchodzi w zakres rozporządzenia lub nie wzbudza poważnych wątpliwości co do jej zgodności z rynkiem wewnętrznym (wraz z wejściem w życie traktatu z Lizbony pojęcie wspólnego rynku zostało zastąpione pojęciem rynku wewnętrznego – por. np. art. 4 ust. 3 TUE i art. 26 TFUE)⁵⁰. Obie te decyzją kończą postępowanie przed Komisją. W przypadku gdy zgłoszona koncentracja posiadająca wymiar wspólnotowy wzbudza jednak poważne wątpliwości co do jej zgodności z rynkiem wewnętrznym, Komisja rozpoczyna drugą fazę postępowania, która powinna zakończyć się decyzją w ciągu 90 dni (wyjątkowo 125 dni) roboczych licząc od daty wszczęcia postępowania⁵¹. Bezskuteczny upływ terminów przewidzianych przez rozporządzenie nr 139/2004 na załatwienie sprawy przez Komisję wywołuje daleko idące skutki materialnoprawne. Skutkuje bowiem uznaniem danej koncentracji za zgodną z rynkiem wewnętrznym z mocy samego prawa⁵². Podkreślić należy, iż koncentracja nie może zostać wprowadzona w życie ani przed jej zgłoszeniem do Komisji, ani do czasu uznania jej za zgodną z rynkiem wewnętrznym (w formie stosownej decyzji Komisji lub *ex lege*)⁵³.

Rozporządzenie nr 139/2004 wprowadziło nowy test zgodności koncentracji ze wspólnym rynkiem (obecnie rynkiem wewnętrznym). W miejsce dotychczasowych kryteriów dotyczących wyłącznie uzyskania lub umocnienia pozycji dominującej Komisja bada obecnie, czy dana koncentracja „przeszkadza znacząco skutecznej konkurencji” (*significantly impede effective competition*)⁵⁴. Stworzenie lub umocnienie pozycji dominującej pozostaje zaś jedynie szczególnym przypadkiem tego rodzaju przeszkody⁵⁵.

W ramach tego badania Komisja kieruje się trzema zestawami kryteriów szczegółowych⁵⁶. Pierwszy z nich dotyczy potrzeby zachowania i rozwoju skutecznej konkurencji na rynku wewnętrznym⁵⁷. Oznacza to w szczególności konieczność uwzględnienia struktury rynku oraz rzeczywistej lub

⁴⁹ Art. 10 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004.

⁵⁰ Art. 6 ust. 1 lit. a–b rozporządzenia nr 139/2004.

⁵¹ Art. 10 ust. 3 rozporządzenia nr 139/2004.

⁵² Art. 10 ust. 6 rozporządzenia nr 139/2004.

⁵³ Art. 7 rozporządzenia nr 139/2004.

⁵⁴ Formułę tę określa się jako „test SIEC”.

⁵⁵ Art. 2 i 8 rozporządzenia nr 139/2004.

⁵⁶ Odrębne kryteria dotyczą kontroli przez Komisję koordynacyjnych skutków utworzenia wspólnego przedsiębiorstwa. Zob. art. 2 ust. 4 i 5 rozporządzenia nr 139/2004.

⁵⁷ Art. 2 ust. 1 lit. a rozporządzenia nr 139/2004.

potencjalnej konkurencji ze strony przedsiębiorstw zlokalizowanych w UE lub poza nią. Drugi zestaw kryteriów odnosi się do poszczególnych rynków dotkniętych koncentracją oraz do zainteresowanych przedsiębiorstw uczestniczących w koncentracji⁵⁸. Komisja powinna zatem zbadać 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, a także trendy podaży i popytu w stosunku do właściwych dóbr i usług. Trzeci zestaw kryteriów wiąże się z koniecznością uwzględnienia w procedurze badania koncentracji o wymiarze wspólnotowym interesów konsumentów pośrednich i końcowych oraz kwestii dotyczących rozwoju postępu technicznego i gospodarczego⁵⁹. Wymogi postępu technicznego i gospodarczego (wymogi efektywności) mogą zostać przy tym uwzględnione tylko pod warunkiem, że postęp ten dokonuje się z korzyścią dla konsumentów i nie stanowi przeszkody dla konkurencji⁶⁰.

Efektywne stosowanie przepisów rozporządzenia zapewniają przepisy dotyczące prawa żądania przez Komisję koniecznych informacji m.in. od przedsiębiorstw i ich związków⁶¹, przeprowadzenia inspekcji w przedsiębiorstwach i ich związkach⁶², a także nakładania potencjalnie dotkliwych grzywn (nawet do 10% obrotu) i okresowych kar pieniężnych za naruszenie przepisów rozporządzenia⁶³.

Nowe rozporządzenie spotkało się zasadniczo z pozytywną oceną w literaturze prawniczej⁶⁴. Uznaje się je za akt nowoczesny, wystarczająco elastyczny i skuteczny, prowadzący do istotnego ulepszenia unijnego systemu kontroli koncentracji. Wskazuje się, iż przynosi ono korzyści zarówno

⁵⁸ Art. 2 ust. 1 lit. b *in principio* rozporządzenia nr 139/2004.

⁵⁹ Art. 2 ust. 1 lit. b *in fine* rozporządzenia nr 139/2004.

⁶⁰ Zob. szerzej np.: K. Kohutek, *Kryteria oceny koncentracji przedsiębiorstw w prawie antymonopolowym UE*, PPH 2005, nr 2, s. 4–11; L.M. Davison, *EU Merger Control and the Compatibility Test Revisited*, *Intereconomics* 2006, vol. 41, s. 258–267; P. Christensen, K. Fountoukakos, D. Sjöblom (w:) J. Faull, A. Nikpay (red.), *The EC Law...*, s. 467–525; A. Jones, B. Sufrin, *EC Competition Law...*, s. 1010–1072; F. Montag, A. von Bonin (w:) G. Hirsch, F. Montag, F.J. Säcker (red.), *Competition Law...*, s. 1975–2122; R. Whish, *Competition Law*, Oxford 2009, s. 851–868; D.G. Goyder, J. Goyder, A. Albers-Llorens, *Goyder's...*, s. 403–407.

⁶¹ Art. 11 rozporządzenia nr 139/2004.

⁶² Art. 12 i 13 rozporządzenia nr 139/2004.

⁶³ Art. 14 i 15 rozporządzenia nr 139/2004.

⁶⁴ Por. np. W. Berg, *The New EC merger regulation: A First Assessment of its Practical Impact*, *Northwestern Journal of International Law & Business* 2004, vol. 24, s. 683–713; Ph. Lowe, *Current Issues of E.U. Competition Law: The New Competition Enforcement Regime*, *Northwestern Journal of International Law & Business* 2004, vol. 24, s. 574–580; J. Schmidt, *The New E.C.M.R.: "Significant Impediment" or "Significant Improvement"?*, *CMLRev.* 2004, vol. 41, s. 1555–1582.

konsumentom, jak i samym zainteresowanym przedsiębiorstwom, gwarantując bardziej realistyczną ocenę skutków koncentracji w odniesieniu do konkurentów, użytkowników i konsumentów.

Podkreślić należy, że choć unijna kontrola koncentracji przedsiębiorstw (z przyczyn, o których była mowa wcześniej) została uregulowana w rozporządzeniu Rady, a więc akcie prawa pochodnego, a nie bezpośrednio w przepisach traktatowych, to obok traktatowych zakazów karteli (art. 101 TFUE) i nadużywania pozycji dominującej (art. 102 TFUE), stanowi ona trwały fundament prawa konkurencji UE. Trudno obecnie wyobrazić sobie wręcz, by na szczeblu krajowym lub ponadnarodowym mogło istnieć prawo konkurencji funkcjonujące w rozwiniętej gospodarce rynkowej pozbawione możliwości skutecznej kontroli zachodzących na rynku procesów zmian strukturalnych. Istnienie na szczeblu unijnym systemu kontroli koncentracji uznać należy zatem za warunek konieczny właściwego funkcjonowania rynku wewnętrznego UE. Potwierdza to pośrednio przyjęty przez traktat z Lizbony protokół w sprawie rynku wewnętrznego i konkurencji⁶⁵. Zgodnie z jego postanowieniami, „rynek wewnętrzny zdefiniowany w artykule 3 Traktatu o Unii Europejskiej obejmuje system zapewniający niezakłóconą konkurencję”. Twórcy lizbońskiej reformy traktatowej wyraźnie przesadzili przy tym, że ustanawianie reguł konkurencji niezbędnych do funkcjonowania rynku wewnętrznego należy do zakresu wyłącznych kompetencji UE (art. 3 ust. 1 lit. b TFUE). Sprawom tym nadano więc szczególną rangę. Trudno wyobrazić sobie zatem jakkolwiek „renacjonalizację” tych kompetencji bez równoczesnego „demon-tażu” Unii jako całości. Swoistą gwarancją trwałości unijnej kontroli koncentracji jest również to postanowienie powyższego protokołu, które wskazuje na możliwość podejmowania przez Unię w celu ochrony niezakłóconej konkurencji („w razie konieczności”) środków „na mocy postanowień Traktatów, w tym artykułu 352 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej”. Ten ostatni przepis (poprzednio oznaczony jako art. 308 TWE) był bowiem podstawą wydania rozporządzenia nr 139/2004. Podkreślenie znaczenia tego przepisu dla właściwego funkcjonowania systemu zapewniającego niezakłóconą konkurencję stanowi w istocie pośrednie zaakcentowanie znaczenia jednego z kluczowych aktów wydanych na jego podstawie, tj. rozporządzenia nr 139/2004. Chodziło również o usunięcie ewentualnych wątpliwości co do możliwości skorzystania z tego przepisu przez UE w przyszłości, w tym w ramach prac nad ewentualnymi zmianami rozporządzenia nr 139/2004.

⁶⁵ Zgodnie z art. 51 TUE protokół ten stanowi integralną część traktatów założycielskich.

Rozdział II

Zasada wyłączności rozporządzenia nr 139/2004 i zasada wyłączności kompetencji Komisji Europejskiej dla oceny koncentracji o wymiarze wspólnotowym

1. Wstęp

1. Rozporządzenie nr 139/2004 ustanawia dwie podstawowe zasady dotyczące kontroli koncentracji o wymiarze wspólnotowym. Pierwsza z nich odpowiada na pytanie o prawo właściwe dla oceny tego rodzaju koncentracji. Można ją określić jako zasadę wyłączności tegoż rozporządzenia jako podstawy prawnej dla oceny koncentracji o wymiarze wspólnotowym z punktu widzenia ich wpływu na konkurencję na rynku wewnętrznym. Druga z nich odpowiada z kolei na pytanie o organ właściwy do dokonywania takiej oceny koncentracji. Pytanie to jest tym bardziej zasadne, iż po wejściu w życie rozporządzenia nr 1/2003¹ organy krajowe są w pełni uprawnione i zobowiązane do stosowania unijnych zakazów karteli oraz nadużywania pozycji dominującej. Kwestia ta przedstawia się jednak inaczej w przypadku unijnej kontroli połączeń przedsiębiorstw. W tym przypadku obowiązuje zasada wyłącznej kompetencji Komisji co do oceny zgodności koncentracji ze wspólnym rynkiem (obecnie: rynkiem wewnętrznym). Zasada ta w samym rozporządzeniu nr 139/2004 (zob. pkt 8 motywów) jest określana jako zasada „pojedynczej instytucji” (*one-stop shop*)².

¹ Zob. rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz. Urz. WE L 1 z 04.01.2003, s. 1).

² Zob. szerzej: T. Skoczny, *Jurysdykcyjne dylematy prewencyjnej kontroli koncentracji w europejskiej przestrzeni prawnej* (w:) *Współczesne wyzwania europejskiej przestrzeni prawnej. Księga pamiątkowa dla uczczenia 70. urodzin Profesora Eugeniusza Piontka*, red. A. Łazowski, R. Ostrihansky, Kraków 2005, s. 351–356.

Po wejściu w życie traktatu z Lizbony zasada wyłączności rozporządzenia zyskała dodatkowe gwarancje traktatowe. Zgodnie z art. 3 ust. 1 lit. b TFUE do wyłącznych kompetencji Unii należy bowiem „ustanawianie reguł konkurencji niezbędnych do funkcjonowania rynku wewnętrznego”. Mając na uwadze, iż kontrola koncentracji o odpowiednio znaczących rozmiarach na obecnym etapie integracji europejskiej stanowi niezbędny element unijnego prawa konkurencji warunkujący właściwe funkcjonowanie rynku wewnętrznego, podmiotem wyłącznie uprawnionym do stanowienia norm prawnych w tym zakresie pozostaje UE³. TFUE przesądza zatem, iż w sprawach tych państwa członkowskie nie mogą stanowić własnych przepisów inaczej niż w oparciu o upoważnienie płynące z prawa unijnego względnie w celu wykonania aktów Unii (art. 2 ust. 1 TFUE).

Ponieważ obie zasady odnoszą się, po pierwsze, do koncentracji, po drugie, do koncentracji spełniających określone kryteria składające się na tzw. „wymiar wspólnotowy, bliższą charakterystykę tych zasad rozpocząć należy od analizy obu powyższych pojęć.

2. Pojęcie koncentracji w przepisach rozporządzenia nr 139/2004

2. Pojęcie koncentracji zostało zdefiniowane w art. 3 rozporządzenia nr 139/2004. Wyróżnia się tam jej dwie podstawowe formy, a to:

- a) łączenie się przedsiębiorstw (*merger*),
- b) przejęcie kontroli (*acquisition of control*)⁴.

Podkreślić należy, iż zarówno samo pojęcie koncentracji, jak i pojęcia łączenia się przedsiębiorstw oraz przejęcia kontroli są pojęciami prawa UE, których znaczenie nie może być ustalane przez pryzmat prawa stanowionego w państwach członkowskich UE. Powinny być one zatem wykładane

³ Zaznaczyć należy, że przepis TFUE dotyczący wyłącznych kompetencji w obszarze prawa konkurencji jest krytykowany w literaturze jako niejasny i budzący wątpliwości. Zob. K. Kowalik-Bañczyk, *Porównanie systemu kompetencji Unii Europejskiej w Konstytucji dla Europy z dotychczasowym systemem* (w: S. Dudzik (red.), *Konstytucja dla Europy. Przyszły fundament Unii Europejskiej*, Kraków 2005, s. 131.

⁴ Zob. szerzej np. P. Christensen, K. Fountoukakos, D. Sjöblom (w:) J. Faull, A. Nikpay (red.), *The EC Law of Competition*, Oxford 2007, s. 427–444; P. Roth, V. Rose (red.), Bellamy & Child *European Community law of Competition*, Oxford 2008, s. 636–658; A. Jones, B. Sufrin, *EC Competition Law*, Oxford 2008, s. 958–966; R. Whish, *Competition Law*, Oxford 2009, s. 823–827; D.G. Goyder, J. Goyder, A. Albers-Llorens, *Goyder's EC Competition Law*, Oxford 2009, s. 398–401.

autonomicznie na potrzeby przepisów tego rozporządzenia⁵. Odwołując się do orzecznictwa ETS, przez przedsiębiorstwo w znaczeniu przyjmowanym na potrzeby unijnej kontroli koncentracji rozumieć należy każdą jednostkę wykonującą działalność gospodarczą, niezależnie od jej formy prawnej i sposobu finansowania. Działalnością gospodarczą jest przy tym każda działalność polegająca na oferowaniu towarów lub usług na danym rynku⁶. Za jedno przedsiębiorstwo uznana zostanie jednostka gospodarcza składająca się nawet z wielu osób fizycznych lub prawnych, o ile osoby te zachowują się na rynku w jednolity sposób.

3. Każda koncentracja powinna spełniać trzy fundamentalne kryteria⁷. Po pierwsze, koncentracja prowadzić powinna do istotnej zmiany struktury zainteresowanych przedsiębiorstw (to ostatnie pojęcie zostanie wyjaśnione w dalszej części niniejszego rozdziału), a tym samym do zmiany struktury rynku. Zmiana struktury polegać może na zmianie kontroli w odniesieniu do udziałów/akcji danego przedsiębiorstwa, przekształceniu wspólnego przedsiębiorstwa dotychczas niesamodzielnego (w rozumieniu

⁵ Zob. T.W. Wessely, A.C. Wegner (w:) G. Hirsch, F. Montag, F.J. Säcker (red.), *Competition Law: European Community Practice and Procedure. Article-by-Article Commentary*, London 2008, s. 2127. Por. rozważania na temat pojęcia koncentracji w naukach ekonomicznych i prawnych: W. Szpringer, *Łączenie przedsiębiorstw a regulacja antymonopolowa. Wpływ państwa na procesy koncentracji i dekoncentracji w gospodarce. Aspekty instytucjonalne*, Warszawa 1993, s. 58–114; A.K. Jażdżewski, *Koncentracja gospodarcza jako forma współdziałania gospodarczego – uwagi teoretycznoprawne*, RPEiS 2000, z. 2, s. 87–104; J. Olszewski, *Nadzór nad koncentracją przedsiębiorców jako forma prewencyjnej ochrony konkurencji*, Rzeszów 2004, s. 67–83; A. Fornalczyk, *Biznes a ochrona konkurencji*, Kraków 2007, s. 135–152.

⁶ Zob. np. wyroki ETS w sprawach: C-41/90, *Höfner i Elser*, Zb. Orz. 1991, s. I-1979, pkt 21; C-264/01, C-306/01, C-354/01 i C-355/01, *AOK Bundesverband i in.*, Zb. Orz. 2004, s. I-2493, pkt 46; C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze*, Zb. Orz. 2006, s. I-289, pkt 107–108; C-237/04, *Enirisorse*, Zb. Orz. 2006, s. I-2843, pkt 28–29; C-217/05, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio v. Compañía Española de Petróleos SA*, Zb. Orz. 2006, s. I-11987, pkt 39–41; C-280/06, *Ente Tabacchi Italiani i in.*, Zb. Orz. 2007, s. I-10893, pkt 38. W literaturze obcej zob. np. A. Nikpay, J. Faull (w:) J. Faull, A. Nikpay (red.), *The EC Law...*, s. 188–195; A. Jones, B. Sufrin, *EC Competition Law...*, s. 128–147; A. Toth, *Undertaking* (w:) A.G. Toth (red.), *The Oxford Encyclopedia of European Community Law*, vol. III, *Competition Law and Policy*, Oxford 2008, s. 757–767; R. Whish, *Competition Law...*, s. 82–97; D.G. Goyder, J. Goyder, A. Albers-Llorens, *Goyder's...*, s. 74–81. W literaturze polskiej zob. np. G. Materna, *Pojęcie „przedsiębiorca” a relacje między wspólnotowym i krajowym prawem ochrony konkurencji* (w:) C. Banasiński, M. Kepiński, B. Popowska, T. Rabaska (red.), *Aktualne problemy polskiego i europejskiego prawa ochrony konkurencji*, Warszawa 2006, s. 47–58; tegoż, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2009, s. 113–147; A. Cieśliński, T. Korbutowicz (w:) A. Cieśliński (red.), *Wspólnotowe prawo gospodarcze*, t. II, Warszawa 2007, s. 581–582; D. Miąsik (w:) A. Wróbel (red.), *Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską. Komentarz*, t. II, red. K. Kowalik-Bañczyk, M. Szwarc-Kuczer, Warszawa 2009, s. 330–339 oraz wskazana tam dalsza literatura.

⁷ Por. E. Navarro Varona, A. Font Galarza, J. Folguera Crespo, J. Briones Alonso, *Merger Control...*, s. 8–12; E. Navarro Varona, B. Martinez Cortal, A. Rodriguez Encinas, *Merger Control* (w:) A.G. Toth (red.), *The Oxford Encyclopedia...*, vol. III, s. 509–510.