

Interes publiczny jako kryterium odstąpienia od zasady *one stop* w kontroli koncentracji w UE

Wprowadzenie

W Unii Europejskiej od kilku lat toczy się debata na temat funkcji prawa konkurencji. Przeważająca część poglądów skłania się do uznania prawa konkurencji za instrument zapewniający ochronę konsumentów. Mniejsza część opinii wskazuje, że prawo konkurencji powinno służyć realizacji gospodarczych i pozagospodarczych ambicji, jak np. wspieranie narodowego przemysłu, ochrona zatrudnienia czy ochrona środowiska. Z jednej strony można zgodzić się z poglądem, że prawo konkurencji jest jednym z narzędzi polityki gospodarczej i nie powinno utrudniać realizacji innych polityk UE. Nie można jednak zapomnieć, że są inne bezpośrednie środki umożliwiające osiągnięcie celów ogólnogospodarczych i prawo konkurencji może nie być efektywnym środkiem. Z drugiej jednak strony należy zwrócić uwagę, że wykorzystywanie prawa konkurencji do innych celów osłabia pewność obrotu prawnego dla uczestników rynku. W konsekwencji może to skutkować zahamowaniem efektywnego rozwoju i szkodzić konsumentom. Istnieje też ryzyko, że cele polityczne będą determinować decyzje w zakresie prawa konkurencji, a tym samym, że prawo konkurencji może czasami mieć drugorzędne znaczenie wśród innych wartości. Warto zatem zastanowić się nad tym, czy system prawa konkurencji uwzględnia interes publiczny państw członkowskich, a jeśli tak, to w jakim stopniu. Problem ten stał się szczególnie aktualny po wprowadzeniu reguły *one stop*, czyli zasady wyłącznej jurysdykcji Komisji Europejskiej w sprawach koncentracji. W niniejszym opracowaniu w szczególności podjęto analizę tej zasady i możliwości derogacji ze względu na interes publiczny. W oparciu o decyzje Komisji Europejskiej i orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS) oraz Sądu Pierwszej Instancji (SPI) podjęto próbę odpowiedzi na pytanie, na ile przepisy prawa konkurencji pozwalają na zabezpieczenie interesu publicznego w określonym państwie członkowskim.

1. Jurysdykcja Komisji Europejskiej i państw członkowskich w zakresie kontroli koncentracji w UE – zarys regulacji

Kontrola koncentracji w Unii Europejskiej może być przeprowadzana na poziomie unijnym lub krajowym, przy czym może obejmować jurysdykcję jednego lub kilku państw członkowskich. Taki system może rodzić poważne komplikacje zarówno dla przedsiębiorców, jak i dla organów ochrony konkurencji. W szczególności, gdy koncentracja może być kontrolowana w kilku systemach prawnych. Wielokrotne postępowania prowadzą bowiem do administracyjnej nieefektywności, dublowania, opóźnień, kosztów, niepewności i możliwości wydania sprzecznych decyzji przez organy ochrony konkurencji w różnych państwach. Aby uniknąć takich komplikacji, w rozporządzeniu o kontroli koncentracji¹ wprowadzona została reguła *one stop*. Reguła ta jest centralną zasadą rozp. 139/04 o kontroli koncentracji. Umożliwia ona skuteczne i sprawne egzekwowanie prawa konkurencji na poziomie całej Unii Europejskiej. Oznacza to, że koncentracja mająca wymiar europejski powinna być badana w ramach UE tylko przez Komisję.

Wymiar europejski jest określany w oparciu o poziom obrotów zainteresowanych przedsiębiorców, określony w art. 1 ust. 2 i 3 rozp. 139/04. W przypadku, gdy określona koncentracja nie posiada wymiaru europejskiego, nie wchodzi w zakres rozporządzenia o kontroli koncentracji i jest poddana reżimowi prawa konkurencji państw członkowskich. Takie rozwiązanie jest niezbędne, aby uniknąć nakładania się jurysdykcji Komisji i państw członkowskich w zakresie tej samej transakcji, ale nie gwarantuje zabezpieczenia interesów krajowych poszczególnych członków UE. Rozporządzenie o kontroli koncentracji przewiduje wprawdzie możliwość przekazania państwu członkowskiemu kompetencji Komisji Europejskiej, jeśli zmianę jurysdykcji uzasadnia interes publiczny. Jednak praktyka potwierdza, że Komisja jest ostrożna w podejmowaniu decyzji co do realokacji jurysdykcji w sprawach koncentracji, a państwom członkowskim nie jest łatwo wykazać istnienie interesu publicznego potwierdzającego konieczność przekazania mu kompetencji należących do Komisji. W tym kontekście rodzą się pytania, jak należy rozumieć „interes publiczny” i jakie są możliwości jego zabezpieczenia w ramach przepisów prawnych dotyczących kontroli koncentracji. W literaturze pojęcie „interes publiczny” jest definiowane różnie. Na przykład „jest on pojmowany jako relacja pomiędzy jakimś stanem obiektywnym, aktualnym lub przyszłym a oceną tego stanu z punktu widzenia korzyści, które on przynosi lub może przynieść określonej jednostce lub grupie

¹ Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/04 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, Dz. Urz. 2004, nr L 24/1 (dalej jako rozp. 139/04 lub rozporządzenie o kontroli koncentracji).

społecznej”². Zimmermann wskazuje, że „interes publiczny nie jest prostą sumą interesów indywidualnych, ale jest wyprowadzany z wartości związanych z interesami indywidualnymi [...] chodzi o to, żeby administracja publiczna z natury rzeczy zobowiązana do realizacji interesu publicznego, nie ignorowała interesu indywidualnego i żeby nie działała mechanicznie, zawsze dając pierwszeństwo temu interesowi, który uzna za publiczny”³. Interes publiczny jest definiowany także przez prymat stosunków administracyjnoprawnych: „rozumienie interesu publicznego znajduje przede wszystkim wyraz w obowiązującym prawie, którego normy precyzyjnie określają relacje między położeniem jednostki (obywatela) a działalnością administracji publicznej, nakierowaną na zapewnienie dobra wspólnego”⁴. W kontekście ochrony konkurencji interesem publicznym jest zapewnienie skutecznej konkurencji na rynku, która przynosi korzyści zarówno konkurentom, jak i konsumentom. Jednakże interes publiczny w zakresie koncentracji przedsiębiorców należy rozumieć szerzej. W art. 21 ust. 4 rozp. 139/04 za interes publiczny uznano w szczególności bezpieczeństwo publiczne, pluralizm mediów i reguły ostrożnościowe, tzn. regulacje zapewniające stabilność i bezpieczeństwo finansowe banków oraz ubezpieczycieli. Oczywiście, zapewnienie sprawnej konkurencji musi mieścić się w granicach norm prawnych⁵. Wydaje się, że z punktu widzenia problemów, jakie może wywoływać koncentracja przedsiębiorców, interesem publicznym będzie także realizacja celów gospodarczych, takich jak ochrona miejsc pracy czy ochrona upadających przedsiębiorców. Ze względu na taki szeroko pojmowany interes publiczny w przepisach prawa konkurencji UE przewidziano możliwość odstępstwa od zasady wyłącznej jurysdykcji Komisji Europejskiej w sprawach koncentracji o wymiarze europejskim.

2. Wyjątki od reguły one stop

Rozporządzenie z 2004 r. przewiduje wyjątki od zasady wyłącznej jurysdykcji Komisji Europejskiej, w tym m.in. możliwość stosowania prawa krajowego państw członkowskich w zakresie koncentracji o wymiarze europejskim, aby ochronić uzasadniony interes krajowy.

Art. 9 rozp. o kontroli łączeń stanowi wyjątek, jeżeli koncentracja dotyczy odrębnego rynku krajowego⁶. Przewiduje on, że państwo członkowskie może w terminie 15

² W. Jakimowicz, *Wykładnia w prawie administracyjnym*, Kraków 2006, s. 116.

³ J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Zakamycze 2006, s. 314.

⁴ H. Izdebski, M. Kulesza, *Administracja publiczna - zagadnienia ogólne*, Warszawa 2004, s. 96.

⁵ Zob. A. Błaś, [w:] A. Błaś, J. Boć, J. Jeżewski, *Administracja publiczna*, Wrocław 2004, s. 141.

⁶ Organy niemieckie naciskały na włączenie tego wyjątku do rozp. 139/04 i dlatego jest on określany jako „klauzula niemiecka”.

dni roboczych od otrzymania kopii notyfikacji żądać, aby Komisja przekazała mu kompetencje do kontroli koncentracji posiadającej wymiar europejski, która:

1. zagraża znaczącym zakłóceniem konkurencji na rynku państwa członkowskiego, który zawiera wszystkie cechy rynku odrębnego⁷ lub
2. narusza konkurencję na rynku, na którym rynek państwa członkowskiego stanowi wszystkie cechy odrębnego rynku i nie stanowi znaczącej części wspólnego rynku⁸. Może się to odnosić do rynku geograficznego, mieszczącego się w ramach pojedynczego państwa członkowskiego⁹. Komisja przy rozważaniu, czy te kryteria są spełnione, ma obowiązek przekazać całość lub część sprawy państwu członkowskiemu w zależności od wpływu koncentracji na ten odrębny rynek. Nie będzie ona właściwa do zablokowania koncentracji, która w żaden sposób nie zakłóca konkurencji na obszarze wspólnego rynku.

Inaczej mówiąc, fakt, że koncentracja narusza odrębny rynek w państwie członkowskim, będzie podstawą dla odesłania tylko wówczas, gdy rynek będący przedmiotem zainteresowania nie stanowi istotnej części rynku UE lub koncentracja znacząco narusza konkurencję na rynku.

Koncentracja posiadająca wymiar europejski może być odesłana przez Komisję do państwa członkowskiego także na podstawie art. 4 ust. 4. Przepis ten był znaczącą innowacją w rozp. 139/04. Pozwolił on stronom transakcji na złożenie wniosku do Komisji, wskazując, że koncentracja będzie znacząco naruszać konkurencję na rynku państwa członkowskiego, który zawiera wszystkie cechy odrębnego rynku, i dlatego powinna być zbadana w części lub w całości przez państwo członkowskie.

Jeśli koncentracja może wpływać na konkurencję na wielu krajowych rynkach, Komisja może uznać za właściwe utrzymanie własnej jurysdykcji w sprawie. To pozwala uniknąć potrzeby koordynacji postępowań śledczych w licznych organach ochrony konkurencji i bezpieczeństwa konfliktowych decyzji. Jednakże przekazanie sprawy kilku państwom członkowskim może nastąpić, szczególnie gdy warunki konkurencji różnią się w poszczególnych państwach.

Odesłanie sprawy do państwa członkowskiego może jednak rodzić problemy dla przedsiębiorców, których ona dotyczy. W sprawie Tesco/Carrefour¹⁰ koncentracja została zaakceptowana przez Komisję Europejską w grudniu 2005 r., ale zamiar przejęcia został zabroniony w Słowacji w następstwie przekazania sprawy w odniesieniu do tej

⁷ Rozporządzenie 139/04 art. 9 ust. 2a.

⁸ *Ibidem*, art. 9 ust. 2b.

⁹ Obwieszczenie Komisji w sprawie odsyłania spraw dotyczących koncentracji, Dz. Urz. 2005 C 56/02, par. 40.

¹⁰ Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 22 grudnia 2005 r. w sprawie nr M.3905 Tesco/Carrefour.

części transakcji na podstawie art. 9 ust. 2 b). Inaczej jest w sprawach, które nie posiadają wymiaru europejskiego.

W sprawach koncentracji nieposiadających wymiaru europejskiego punktem wyjścia jest to, że podlegają one krajowemu systemowi kontroli koncentracji w państwie członkowskim. Z wyjątkiem Luksemburga każde państwo członkowskie posiada system kontroli łączeń i może zdarzyć się tak, że jedna transakcja będzie badana w różnych państwach. Jak już wskazano, wielokrotne badanie może być niepożądane zarówno przez przedsiębiorców, jak i przez organy ochrony konkurencji.

Rozporządzenie o kontroli łączeń pozwala stronom koncentracji na złożenie uzasadnionego wniosku o przekazanie sprawy przez państwo członkowskie do Komisji, jeśli koncentracja może być zbadana w oparciu o krajowe prawo przynajmniej trzech państw członkowskich. Art. 4 ust. 5 rozp. o kontroli łączeń jest ostrożny w ograniczaniu możliwości żądania przekazania sprawy, jeśli transakcja stanowi koncentrację bez względu na to, jak definiowane jest pojęcie koncentracji w państwach członkowskich.

W opinii Komisji najbardziej właściwe przypadki dla odesłania w świetle art. 4 ust. 5 są takie, gdzie potencjalny wpływ na konkurencję będzie odczuwalny na rynkach, które są szersze niż rynek krajowy w wymiarze geograficznym. Wówczas jest bardzo prawdopodobne, że najlepszą pozycję do rozpatrywania takich spraw będzie posiadała Komisja¹¹.

Państwo członkowskie może także złożyć wniosek, aby Komisja zbadała koncentrację, która nie posiada wymiaru europejskiego, ale narusza handel między państwami członkowskimi i zagraża znaczącym zakłóceniem konkurencji na obszarze państwa członkowskiego składającego wniosek (art. 22 rozp. 139/04). Możliwość ta jest przejęta z wcześniejszego rozporządzenia o kontroli łączeń i początkowo takie rozwiązanie miało na celu pozwolić państwom członkowskim nieposiadającym własnego systemu kontroli łączeń lub posiadającym mniej skuteczny system, na przekazanie sprawy do Komisji. Możliwość przekazania sprawy Komisji przez państwo członkowskie była nieformalnie określana jako „klauzula duńska” (w odróżnieniu od klauzuli niemieckiej omówionej powyżej).

W celu zapewnienia możliwości ochrony interesu publicznego państw członkowskich art. 21 ust. 4 rozp. 139/04 pozwala na stosowanie prawa krajowego w zakresie koncentracji o wymiarze europejskim. Państwa członkowskie mogą także podjąć właściwe działania w celu ochrony interesu publicznego innego niż określony w ww. przepisie. Decyzja w tej sprawie należy do Komisji, która ma 25 dni roboczych, aby zdecy-

¹¹ Obwieszczenie Komisji w sprawie odsyłania spraw, *op. cit.*, par. 28.

dować, czy interes taki jest uzasadniony, i pozwolić państwu członkowskiemu na kontrolę transakcji koncentracyjnej.

Do okoliczności, w których państwo członkowskie może prowadzić postępowanie i nawet zabronić koncentracji, należą także następujące sytuacje:

- przejęcie krajowego przedsiębiorcy przez obcego (zagranicznego),
- niebezpieczeństwo wzrostu bezrobocia i niepokojów społecznych na skutek koncentracji,
- chęć utrzymania przez państwo wpływu na określony sektor gospodarki, w którym przeprowadzana jest koncentracja, jeśli jest on wrażliwy i pozycja państwa może zostać osłabiona przez szerszą grupę uczestników.

Niektóre przypadki ingerencji państwa członkowskiego, zmierzającej do powstrzymania koncentracji z przedsiębiorcą z innego państwa członkowskiego, mogą naruszać przepisy traktatowe. Na przykład art. 63 TFUE¹² dotyczący swobody przepływu kapitału. W takich sytuacjach Komisja może prowadzić postępowanie przeciwko państwu członkowskiemu poprzez wszczęcie postępowania przed ETS stosownie do art. 258 TFUE. W innych przypadkach Komisja może wszcząć postępowanie przeciwko państwu członkowskiemu, które próbuje zablokować koncentrację o wymiarze europejskim, jeśli narusza ono rozp. 139/04. Chodzi o to, aby zapewnić przestrzeganie zasad jednolitego rynku i uniemożliwić nieuzasadnione ograniczanie koncentracji. Analiza praktyki decyzyjnej Komisji Europejskiej oraz orzecznictwa ETS i SPI pokazuje, że takie przypadki rzadko znajdują potwierdzenie w rzeczywistości gospodarczej.

3. Ochrona interesu publicznego w decyzjach Komisji Europejskiej oraz orzecznictwie ETS i SPI

Decyzje zezwalające państwu członkowskiemu na przeprowadzenie postępowania na podstawie art. 21 ust. 4 należą do rzadkości. Dlatego też poniżej zwrócono uwagę na kilka najważniejszych przypadków, w których nie było uzasadnienia dla zastosowania art. 21 ust. 4 rozporządzenia o kontroli koncentracji.

W sprawie *UniCredito/HVB*¹³ Komisja zatwierdziła planowane przejęcie przez UniCredito banku HVB. Jednakże Polska wymagała, aby UniCredito zbył swoje udziały w polskim banku BPH, który był pośrednio kontrolowany przez HVB. Polska argumentowała swoje stanowisko naruszeniem przez UniCredito warunków wcześniejszego po-

¹² Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), Dz. Urz. C 115/49.

¹³ Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 18 października 2005 r. w sprawie M. 3894 UniCredito/HVB. Państwo polskie wytoczyło powództwo przeciwko Komisji, wnosząc o zgodę na łączenie, sprawa T-41/06 (sprawa wycofana w 2008 r.).

rozumienia (w 1999 r. UniCredito nabył inny bank – PeKaO – w procesie prywatyzacji kapitałowej). Komisja powiadomiła polski rząd, że w jej opinii naruszył on art. 21 rozp. 139/04 i art. 119 oraz 63 TFUE dotyczący swobody przedsiębiorczości i swobody przepływu kapitału. Ostatecznie transakcja została zaakceptowana przez Komisję, przy czym bank HVB był zobowiązany do zbycia 200 oddziałów banku BPH innemu przedsiębiorcy prowadzącemu działalność bankową. W sprawie *Banco Santander Central Hispano/Champalimand*¹⁴ koncentracja w sektorze usług finansowych posiadająca wymiar europejski została zgłoszona Komisji. Jednakże portugalski minister finansów sprzeciwił się transakcji, twierdząc, że obawia się o nadzór ostrożnościowy, i uznał, że koncentracja będzie sprzeczna z narodowym interesem Portugalii. Ponadto twierdził, że transakcja ta będzie szkodliwa dla gospodarki i systemu finansowego. Jednakże Komisja odrzuciła te argumenty i nakazała ministrowi powstrzymać się od blokowania łączenia¹⁵.

Podobny pogląd wyraziła Komisja w sprawie *Secil/Holderbank/Cimpor*. Portugalski minister finansów sprzeciwił się planowanemu przejściu portugalskiej spółki cementowej – Cimpor, która była objęta procesem prywatyzacji. Planowane przejście miało wymiar europejski i dlatego podlegało wyłącznej jurysdykcji Komisji¹⁶. Komisja podjęła decyzję nakazującą Portugalii wycofanie się z podjętej decyzji blokującej przejście na podstawie faktu, że Portugalia nie wykazała publicznego interesu w rozumieniu art. 21 ust. 4 rozp. 139/04¹⁷. Rząd Portugalii zaskarżył decyzję Komisji do ETS¹⁸, który utrzymał w mocy rozstrzygnięcie Komisji, stwierdzając, że państwo członkowskie nie wykazało uzasadnionego interesu publicznego. Ponadto Trybunał orzekł, że Komisja była uprawniona do zastosowania art. 21, aby zapewnić „*effet utile*” przepisu art. 21 ust. 4 rozp. 139/04.

W sprawie *E.ON/Endesa*¹⁹ Komisja zaakceptowała proponowane przejście przez E.ON of Germany hiszpańskiego przedsiębiorcy z sektora energetycznego – Endesa. Hiszpania podjęła środki, aby utrudnić przejście, co doprowadziło do wydania przez Komisję dwóch decyzji w sprawie naruszenia art. 21 rozp. 139/04. W marcu 2007 r.

¹⁴ Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 3 sierpnia 1999 r. w sprawie M. 1616 *Banco Santander Central Hispano/Champalimand*, Dz. Urz. 1999, C 306/37.

¹⁵ 29 Raport z polityki konkurencji, s. 194-196.

¹⁶ Notyfikacja w tej sprawie została wycofana przez strony, zanim Komisja wydała decyzję. Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 22 października 1999 r. w sprawie M. 2054 *Secil/Holderbank/Cimpor*.

¹⁷ Orzeczenie ETS w sprawie w sprawie C-367/98 *Komisja przeciwko Portugalii*, Zb. Orz. 2002, s. I-4731.

¹⁸ Orzeczenie ETS w sprawie C-42/01 *Portugalia przeciwko Komisji*, Zb. Orz. 2004, s. I-6079.

¹⁹ Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 25 kwietnia 2006 r. w sprawie M. 4110 *E.ON/Endesa*.

Komisja złożyła Hiszpanii formalny wniosek, aby zastosować się do tej decyzji. Hiszpania nie spełniła oczekiwań Komisji, w wyniku czego Komisja skierowała sprawę do ETS, który w marcu 2008 r. orzekł, że Hiszpania naruszyła swoje zobowiązania w świetle prawa UE²⁰. Podobnie Komisja twierdziła, że państwo włoskie naruszyło art. 21 w związku ze sprawą *Abertis/Autostrade*. Komisja zezwoliła na dokonanie transakcji²¹, ale Włochy wyraziły sprzeciw, ponieważ uznały, że hiszpański Abertis nie był w stanie zrealizować inwestycji wymaganych dla utrzymania i ulepszenia sieci autostrad we Włoszech. Kilka miesięcy później Włochy powołały się na interes publiczny, jednakże Komisja ponownie stwierdziła, że Włochy naruszyły art. 21 rozp. 13904.

Oprócz art. 21 rozp.139/04 kryterium interesu publicznego zostało także przewidziane w art. 346 ust. 1 b TFUE TFUE, który stanowi, że państwa członkowskie mogą podjąć takie środki, jakie uznają za konieczne w sprawach bezpieczeństwa w przemyśle obronnym. Środki wykorzystywane przez państwa członkowskie nie powinny naruszać warunków konkurencji na wspólnym rynku w odniesieniu do produktów, które nie były wytwarzane na potrzeby obronności. Oznacza to, że państwo członkowskie może badać aspekty obronności przy koncentracji, a Komisja aspekty cywilne. Takie rozróżnienie rodzi problem co do tego, jak traktować produkty posiadające „podwójne wykorzystanie”, czyli takie, które mogą być zarówno wykorzystywane w celach obronnych, jak i cywilnych. Rząd Wielkiej Brytanii skutecznie przywołał art. 346 ust. 2 b TFUE w odniesieniu do proponowanego przejęcia VSEL przez British Aerospace²², w której obie spółki wytwarzały sprzęt militarny dla brytyjskich sił obronnych. W tym przypadku *British Aerospace* nie miał obowiązku notyfikowania Komisji elementów militarnych przejęcia. Ostatnio wydaje się, że Komisja przyjmuje surowsze podejście w odniesieniu do art. 346 TFUE i łączenia w sektorze obronnym w UE są w pełni notyfikowane Komisji²³.

²⁰ Orzeczenie ETS w sprawie C-196/07 *Komisja przeciwko Królestwu Hiszpanii*, wyrok z 6 marca 2008, Zb. Orz. 2008, s. I-41.

²¹ Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 22 września 2006 r. w sprawie M 4249 *Abertis/Autostrade*.

²² Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 7 grudnia 1994 r. w sprawie M 529 *VSEL/GEC*.

²³ Zob. decyzja Komisji Europejskiej z dnia 28 lipca 2005 r. nr M.3803-*EADS/NOKIA*; decyzja z dnia 19 sierpnia 2005 r. w sprawie M.3821-*RHEINMETTAL/DIEHL/AIM*; decyzja z dnia 30 stycznia 2006 r. w sprawie M.4044-*SAAB/TIETOENATOR/TIETOSAAB SYSTEMS JV*; decyzja z dnia 21 grudnia 2007 r. w sprawie M.4910-*MOTOROLA/VERTEX*; decyzja z dnia 20 maja 2010 r. w sprawie M.5810 *INVESTOR/SAAB*; decyzja z dnia 23 września 2010 r. w sprawie M.5956 *EADS/OPIP/JV*.

4. Ochrona upadających przedsiębiorców w prawie konkurencji UE

Do kategorii ochrony interesu publicznego można zaliczyć także przypadki ochrony upadających przedsiębiorców. W takich sytuacjach koncentracja pomimo prawdopodobieństwa powstania lub umocnienia pozycji dominującej może być uznana za zgodną ze wspólnym rynkiem, jeśli przedsiębiorca celu jest w stanie upadłości. Uzasadnienie ochrony upadających przedsiębiorców jest oparte na wymogu związku przyczynowego w świetle przepisów rozp. 139/04. Łączenie nie może być uznane za przyczynę pogorszenia struktury konkurencji na rynku, jeśli upadający przedsiębiorca opuściłby rynek, gdyby nie został przejęty przez innego²⁴.

Postępowanie organów antymonopolowych w sprawach, w których koncentracja jest uzasadniana ochroną upadających przedsiębiorców²⁵, wymaga ustalenia, na ile rzeczywiście istnieje ryzyko upadłości. Przedsiębiorca musi wykazać, że w długim okresie odczuje znaczne pogorszenie swojej sytuacji ekonomicznej. Zgłaszająca strona powinna być zdolna do wykazania znaczących strat po stronie upadającej ze względu na problemy, takie jak zużycie urządzeń produkcyjnych, wysokie koszty pracy i produkcji, nieefektywny system dystrybucji i to, że przedsiębiorca będzie zmuszony wycofać się z rynku. Organy ochrony konkurencji będą badały nieuchronność likwidacji upadającego przedsiębiorcy i istnienie mniej antykonkurencyjnego nabywcy, zanim wyrażą zgodę na łączenie²⁶.

W praktyce decyzyjnej Komisji Europejskiej można znaleźć zarówno przypadki skutecznej, jak i nieskutecznej ochrony tego typu przedsiębiorców. W sprawie *Kali und Salz/MDK/Treuhand*²⁷ przedsiębiorca Kali und Salz posiadający pozycję dominującą na rynku dążył do przejęcia mniejszego konkurenta – Treuhand. Komisja była niechętna tej transakcji, ponieważ łączenie to spowodowałoby wzrost udziału w rynku nowej spółki na niemieckim rynku węgla potasu z 80 do 98%. Komisja zezwoliła na łączenie, stwierdzając, że nie było związku przyczynowego między łączeniem a pogorszeniem struktury konkurencji na rynku. Argumentowała ona swoje stanowisko przestarzałą strukturą organizacyjną i załamaniem rynków wschodnioeuropejskich. Treuhand nie był już rentowny i byłby zmuszony wyjść z rynku, gdyby nie został przejęty przez prywatną

²⁴ Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw, Dz. Urz. 2004, C 31/03, par. 89.

²⁵ Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 30 lipca 1997 r. w sprawie *Boeing/McDonnell Douglas*, M.877, Dz. Urz. 1997 L336/16.

²⁶ Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw, *op. cit.*, par. 90.

²⁷ Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 14 grudnia 1993 r. w sprawie *Kali und Salz/MdK Treuhand*, M.308, Dz. Urz. 1994 L 186/38.

spółkę. ETS unieważnił decyzję Komisji w całości ze względu na błędną ocenę możliwości powstania kolektywnej pozycji dominującej na rynkach UE poza Niemcami. Ostatecznie Komisja wydała nową decyzję, w której powtórzyła swoje wnioski:

1. Treuhand zostałby zmuszony do opuszczenia rynku, gdyby nie został przejęty,
2. Kali und Salz uzyskałaby udział w rynku pozwalający na zamknięcie Treuhand bez względu na łączenie,
3. nie było mniej antykonkurencyjnego alternatywnego nabywcy²⁸.

Analiza przeprowadzona w sprawie *Kali und Salz/MdK/Treuhand*²⁹ została następnie wykorzystana przez Komisję w sprawie *BASF/Eurodiol/Pantochim*³⁰. Komisja zaakceptowała koncentrację, pomimo że udział w rynku BASF po połączeniu wynosił ponad 45%. Uznała ona w szczególności, że w przypadku braku kupującego upadek spółek objętych postępowaniem upadłościowym prowadzonym przez sąd belgijski³¹ byłby nieunikniony. Według Komisji bez połączenia spółki te opuściłyby rynek³². Także pomimo zaangażowania sądu belgijskiego i Komisji w znalezienie innego nabywcy, BASF był jedynym przedsiębiorcą, który złożył ofertę nabycia ww. spółek³³. Dlatego Komisja wskazała, że transakcja ta będzie miała mniej szkodliwy wpływ na rynek niż upadłość spółek przejmowanych przez BASF³⁴.

W wielu przypadkach strony nie były jednak zdolne do wykazania, że zmiana struktury konkurencyjnej następowała niezależnie od łączenia. W sprawie *Saint Gobain/Wacher Chemie*³⁵ i *Bertelsmann/Kirch/Première*³⁶ Komisja stwierdziła, że istniał związek przyczynowy między łączeniem i negatywnymi skutkami dla konkurencji. Inną sprawą, w której Komisja odrzuciła założenie o konieczności ochrony upadającego przedsiębiorcy, był przypadek *Rewe/Meinl*³⁷. W tej decyzji Komisja podkreśliła trudno-

²⁸ Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 9 lipca 1997 r. w sprawie *Kali und Salz/MK II*, M.308, Dz. Urz. 1998 C 275/3, pkt 19-24.

²⁹ Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 14 grudnia 1993 r. w sprawie *Kali und Salz/MdK Treuhand*, *op. cit.*, pkt 19-24.

³⁰ Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 11 lipca 2001 r. w sprawie *BASF/Eurodiol/Pantochim*, M.2314.

³¹ *Ibidem*, par. 144-145.

³² *Ibidem*, par. 156.

³³ *Ibidem*, par. 148.

³⁴ *Ibidem*, par. 163.

³⁵ Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 4 grudnia 1996 r. w sprawie *Saint Gobain/Wacher Chemie/NOM*, M.774, Dz. Urz. 1997 L 247/1.

³⁶ Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 27 maja 1998 r. w sprawie *Bertelsmann/Kirch/Première*, M.993, Dz. Urz. 1999 L 53/1.

³⁷ Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 3 lutego 1999 r. w sprawie *Rewe/Meinl*, M.1221, Dz. Urz. 1999 L 274/1.

ści w uzasadnieniu ochrony upadającego przedsiębiorcy. Stronom nie udało się wykazać, że ich celem jest ochrona upadającej jednostki, a nie ochrona całej spółki. Dlatego też łączenie w sprawie *Rewe/Meinl* zostało uznane za zgodne ze wspólnym rynkiem po ograniczeniu go do części działalności gospodarczej.

5. Pozostałe kryteria ochrony interesu publicznego

Jeżeli interes publiczny postrzegamy jako dobro ogółu, to z pewnością w kontroli koncentracji należy wziąć pod uwagę obawy przedsiębiorców, udziałowców, pracowników, a często także obawy państwa odnośnie do ekonomicznych skutków transakcji. Ci pierwsi mogą sprzeciwiać się wrogiemu przejęciu lub łączeniu między dwoma rywalami, powodującemu wzrost ich konkurencyjności. Udziałowcy mogą obawiać się, że takie transakcje będą miały niekorzystny wpływ na wartość posiadanych przez nich papierów wartościowych. Pracownicy mogą obawiać się o redukcję miejsc pracy. Także rząd, jak już wcześniej wskazano, może sprzeciwiać się łączeniom z wielu powodów, np. może sprzeciwiać się, aby zagraniczny inwestor przejął krajowe przedsiębiorstwo, lub sprzeciwiać się łączeniu, które uniemożliwi realizację jego własnej polityki przemysłowej. Wreszcie może być niechętny transakcji, która będzie prowadzić do likwidacji produkcji i wzrostu bezrobocia. Z tych też względów niektóre systemy prawa konkurencji pozwalają brać pod uwagę szerokie kryteria interesu publicznego w ogólnej ocenie koncentracji i tym samym ograniczać koncentracje wywołujące negatywne skutki społeczne i gospodarcze. Na przykład łączenia mogą być zabronione z tego względu, że prowadzą przedsiębiorców do takiego rozmiaru i takiej siły, która jest sprzeczna z dystrybucją bogactwa. Jest to argument socjopolityczny, ale szeroko akceptowany przy rosnącej koncentracji przemysłu. Biorąc pod uwagę konieczność ochrony pewnych interesów publicznych, można wskazać wiele argumentów przemawiających przeciwko koncentracji przedsiębiorców. Należy do nich z pewnością możliwość wyprzedzaży aktywów spółki bez względu na konsekwencje społeczne. Często wynikiem obaw o kwestie społeczne jest sprzeciw wobec przejęć, szczególnie jeśli przejmującym są fundusze akcji. W niektórych sektorach w gospodarce wręcz uzasadnione wydaje się tworzenie przez państwo ograniczeń utrudniających łączenia. Na przykład w Wielkiej Brytanii, jak i w innych państwach, szczególnym warunkom są poddane łączenia w sektorze mediów. Wyjątkowo dokładnie kontrolowane mogą być też łączenia w przemyśle wydobywczym, energetycznym, obronnym czy w bankowości. Takie działania uzasadnia art. 21 ust. 4 rozp. 139/04 wskazujący, że państwa członkowskie mogą mieć uzasadniony interes w zakresie kontroli łączeń mających inne skutki niż szkoda dla konkurencji.

Zakończenie

Zasada *one stop* niewątpliwie porządkuje system kontroli koncentracji w UE, eliminując konieczność wielokrotnego zgłaszania tej samej transakcji do kilku krajowych organów ochrony konkurencji w różnych państwach. Zapobiega też wydawaniu sprzecznych ocen przez krajowe organy ochrony konkurencji w różnych państwach członkowskich UE. Tym samym ogranicza koszty transakcyjne i niepewność prawną przedsiębiorców. W konsekwencji zapewnia ona korzyści dla przedsiębiorców, co nie zawsze znajduje potwierdzenie w odniesieniu do państw członkowskich zainteresowanych kontrolą określonej transakcji i jej analizą z punktu widzenia własnego interesu. Państwa członkowskie mogą nie być zainteresowane realizacją określonych transakcji koncentracyjnych ze względu na cele ogólnogospodarcze (rozwój regionalny) czy społeczne (ochrona miejsc pracy). Rozporządzenie 139/04 (art. 21 ust. 4 rozp.) wprawdzie przewiduje możliwość odstępstwa od zasady *one stop*. Jednakże analiza praktyki decyzyjnej Komisji, a także orzecznictwa ETS oraz SPI skłania do wniosku, że w praktyce niełatwo jest państwom członkowskim wykazać interes publiczny uzasadniający zmianę jurysdykcji Komisji Europejskiej w sprawach koncentracji.