

internetowy  
KWARTALNIK

4(11)

2022

# ANTYMONOPOLOWY I REGULACYJNY

SERIA ANTYMONOPOLOWA

- **Kontrola inwestycji zagranicznych – wstępna ocena polskiego ustawodawstwa i praktyki w kontekście europejskich i światowych trendów**
- **Problem uwzględniania pozaekonomicznych czynników oceny koncentracji przez Prezesa UOKiK**
- **Koniec „zabójczych przejęć” czy pewności prawa? Reinterpretacja art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw**
- **Rabaty retrospektywne w prawie antymonopolowym i przepisach ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej**
- **Glosa do wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 12 maja 2022 r. w sprawie XVII AmA 61/21**
- **Glosa do wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 7 czerwca 2021 roku, dotyczącego decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 5 lutego 2021 r.**
- **Problematyka *killer acquisitions* w świetle wyroku w sprawie *Illumina/Graile* przeciwko Komisji Europejskiej**

ISSN 2299-5749

CAR'S  
Centre for Antitrust and Regulatory Studies  
Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych



internetowy  
KWARTALNIK  
ANTYMONOPOLOWY I  
REGULACYJNY

4(11)

2022

138. publikacja Programu Wydawniczego CARS

Redaktor naczelny: dr hab. Anna Piszcz, prof. UwB

Redaktor statystyczny: prof. dr hab. Jerzy Wierziński

Redaktor językowy: Anita Sosnowska

Projekt okładki: Darek Kondefer

ISSN: 2299-5749

Licencja: Creative Commons 4.0 Polska

Redakcja: Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych (CARS);

PL – 02-678 Warszawa, ul. Szturmowa 3; tel. (+48-22) 55-34-126;

[www.ikar.wz.uw.edu.pl](http://www.ikar.wz.uw.edu.pl)

e-mail: [ikar@wz.uw.edu.pl](mailto:ikar@wz.uw.edu.pl)

Wydawca: Uniwersytet Warszawski, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28,

PL – 00-927 Warszawa; tel. (+48-22) 55-34-164

Skład i łamanie: Dom Wydawniczy ELIPSA;

PL – 00-189 Warszawa, ul. Inflancka 15/198;

tel.: (+48-22) 635-03-01; [www.elipsa.pl](http://www.elipsa.pl)

e-mail: [elipsa@elipsa.pl](mailto:elipsa@elipsa.pl)

CARS

Centre for Antitrust and Regulatory Studies  
Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych



## RADA NAUKOWA

Prof. dr hab. **Andrzej Wróbel** (sędzia Sądu Najwyższego w stanie spoczynku) – przewodniczący.

Prof. dr hab. **Cezary Kosikowski** (doktor honoris causa Uniwersytetu im. Pavla Jozefa Šafárika w Koszycach, emerytowany pracownik Uniwersytetu w Białymstoku) – wiceprzewodniczący.

Członkowie:

Prof. dr hab. **Jan Barcz** (kierownik Katedry Prawa Międzynarodowego i Prawa Unii Europejskiej Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie).

Prof. dr hab. **Sławomir Dudzik** (Katedra Prawa Europejskiego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego).

Prof. dr hab. **Anna Fornalczyk** (partner COMPER Fornalczyk i Wspólnicy Sp.j.).

Prof. ALK dr hab. **Waldemar Hoff** (kierownik Katedry Prawa Administracyjnego i Prawa Administracyjnego Gospodarczego Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie).

Prof. dr hab. **Leon Kieres** (sędzia Trybunału Konstytucyjnego).

Prof. dr hab. **Konrad Kohutek** (kierownik Katedry Publicznego Prawa Gospodarczego na Wydziale Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza-Modrzewskiego).

Dr hab. **Krystyna Kowalik-Bańczyk** (sędzia Sądu UE).

Prof. UMCS dr hab. **Grzegorz Koziół** (Instytut Nauk Prawnych, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Marii Skłodowskiej-Curie w Lublinie).

Prof. dr hab. **Małgorzata Król-Bogomilska** (kierownik Katedry Prawa Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego).

Prof. INP PAN dr hab. **Dawid Miąsik** (Zakład Prawa Europejskiego INP PAN; sędzia Sądu Najwyższego).

Prof. USZ dr hab. **Rajmund Molski** (kierownik Katedry Prawa Gospodarczego Publicznego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego).

Prof. ALK dr hab. **Bartłomiej Nowak** (Katedra Prawa Międzynarodowego i Prawa UE Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie; Prorektor ds. Współpracy z Otoczeniem w Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie).

Prof. UAM dr hab. **Bożena Popowska** (Zakład Publicznego Prawa Gospodarczego, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu; emerytowana sędzia NSA).

Prof. dr hab. **Tadeusz Skoczny** (honorowy dyrektor CARS).

Prof. dr hab. **Kazimierz Strzyczkowski** (Akademia Ekonomiczno-Humanistyczna w Warszawie).

Prof. dr hab. **Włodzimierz Szpringer** (Kierownik Katedry Prawa Administracyjnego i Finansowego Przedsiębiorstw w Szkole Głównej Handlowej; Katedra Prawnych Problemów Administracji i Zarządzania Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego).

## KOLEGIUM REDAKCYJNE

Prof. UwB dr hab. **Anna Piszcz** (kierownik Pracowni Prawa Gospodarczego Publicznego Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku) – redaktor naczelna; e-mail: [piszcz@uwb.edu.pl](mailto:piszcz@uwb.edu.pl).

Dr hab. **Maciej Bernatt** (dyrektor Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych i kierownik Zakładu Europejskiego Prawa Gospodarczego na Wydziale Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – zastępca redaktora naczelnego ds. ochrony konkurencji i konsumentów; e-mail: [mbernatt@wz.uw.edu.pl](mailto:mbernatt@wz.uw.edu.pl).

Prof. dr hab. **Stanisław Piątek** (kierownik Zakładu Administracyjno-Prawnych Problemów Zarządzania Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – zastępca redaktora naczelnego ds. regulacji sektorowych; e-mail: [spiatek@wz.uw.edu.pl](mailto:spiatek@wz.uw.edu.pl).

Prof. dr hab. **Jerzy Wierzbński** (kierownik Zakładu Metod Matematycznych i Statystycznych Zarządzania Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego) – redaktor statystyczny; e-mail: [wierzbinski@wz.uw.edu.pl](mailto:wierzbinski@wz.uw.edu.pl).

Prof. UW dr hab. **Cezary Banasiński** (kierownik Centrum Prawa Technologii Cyfrowych i Przedsiębiorczości WPIA UW) – redaktor tematyczny ds. ustrojowego prawa konkurencji; e-mail: [c.banasinski@wpia.uw.edu.pl](mailto:c.banasinski@wpia.uw.edu.pl).

Dr **Michał Będkowski-Koziół** (Zakład Publicznego Prawa Gospodarczego, Katedra Prawa Gospodarczego i Gospodarki Cyfrowej, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie) – redaktor tematyczny ds. regulacji transportu; e-mail: [m.bedkowski.koziol@uksw.edu.pl](mailto:m.bedkowski.koziol@uksw.edu.pl).

Dr **Mateusz Chołodecki** (CARS) – redaktor tematyczny ds. regulacji komunikacji elektronicznej; e-mail: [mateusz.cholodecki@amu.edu.pl](mailto:mateusz.cholodecki@amu.edu.pl).

Prof. UEKat dr hab. **Marzena Czarnecka** (Katedra Prawa i Ubezpieczeń na Wydziale Finansów Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach) – redaktor tematyczna ds. regulacji sektora elektroenergetycznego i odnawialnych źródeł energii; e-mail: [marzena.czarnecka@ue.katowice.pl](mailto:marzena.czarnecka@ue.katowice.pl).

Prof. WSliZ dr hab. **Agata Jurkowska-Gomułka** (kierownik Katedry Nauk o Polityce i Administracji w Kolegium Mediów i Komunikacji Społecznej Wyższej Szkoły Informatyki i Zarządzania w Rzeszowie; prorektor WSliZ ds. Nauki) – redaktor tematyczna ds. materialnoprawnych reguł konkurencji; e-mail: [ajurkowska@wsiz.edu.pl](mailto:ajurkowska@wsiz.edu.pl).

Dr **Magdalena Knapp** (Katedra Prawa Własności Intelektualnej, Prawa Gospodarczego Publicznego i Prawa Pracy Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku) – redaktor tematyczna ds. przeciwdziałania nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej; e-mail: [m.knapp@uwb.edu.pl](mailto:m.knapp@uwb.edu.pl).

Dr **Marcin Kraśniewski** (Katedra Prawa i Ubezpieczeń na Wydziale Finansów Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach) – redaktor tematyczny ds. regulacji sektora gazowego, ciepłowniczego i paliwowego; e-mail: [marcin.krasniewski@uekat.pl](mailto:marcin.krasniewski@uekat.pl).

Prof. INP PAN dr hab. **Grzegorz Materna** (kierownik Zakładu Prawa Konkurencji, Instytut Nauk Prawnych PAN) – redaktor tematyczny ds. procesowego prawa konkurencji; e-mail: [g\\_materna@wp.pl](mailto:g_materna@wp.pl).

Prof. UŁ dr hab. **Monika Namysłowska** (kierownik Katedry Europejskiego Prawa Gospodarczego WPIA UŁ) – redaktor tematyczna ds. ochrony konsumentów; e-mail: [mnamyslowska@wpia.uni.lodz.pl](mailto:mnamyslowska@wpia.uni.lodz.pl).

Prof. UW r dr hab. **Edyta Rutkowska-Tomaszewska** (Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski) – redaktor tematyczna ds. regulacji rynku finansowego i ochrony klienta usług finansowych; e-mail: [edyta.rutkowska-tomaszewska@uwr.edu.pl](mailto:edyta.rutkowska-tomaszewska@uwr.edu.pl).

Dr **Dominik Wolski** (Akademia Górnośląska im. Wojciecha Korfańskiego w Katowicach) – redaktor tematyczny ds. prywatnoprawnego egzekwowania prawa konkurencji; e-mail: [dominik.wolski@gwsh.pl](mailto:dominik.wolski@gwsh.pl).

**Agnieszka Kotowska** (Koordynatorka Krajowa CARS), redaktor techniczna; e-mail: [ikar@wz.uw.edu.pl](mailto:ikar@wz.uw.edu.pl); [akotowska@wz.uw.edu.pl](mailto:akotowska@wz.uw.edu.pl).

## Spis treści

<b>Nadzór nad koncentracjami przedsiębiorców – rok inny niż wszystkie?</b> (od redaktora prowadzącego) .....	6
---	---

### Artykuły

Katarzyna Czapracka, Maciej Gac, Jakub Gubański, Iwo Małobęcki, <b>Kontrola inwestycji zagranicznych – wstępna ocena polskiego ustawodawstwa i praktyki w kontekście europejskich i światowych trendów</b> .....	8
Michał Konrad Derdak, <b>Problem uwzględniania pozaekonomicznych czynników oceny koncentracji przez Prezesa UOKiK na przykładzie pluralizmu mediów</b> .....	32
Monika Woźniak-Cichuta, <b>Koniec „zabójczych przejęć” czy pewności prawa? Reinterpretacja art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw</b> .....	53
Katarzyna Racka, Weronika Herbet-Homenda, Wojciech Dorabialski, <b>Rabaty retrospektywne w prawie antymonopolowym i przepisach ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej</b> .....	74

### Przegląd prawa i orzecznictwa

Małgorzata Kozak, <b>Glosa do wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 12 maja 2022 r. w sprawie XVII AmA 61/21</b> .....	102
Tomasz Krzyżewski, <b>Glosa do wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów sygn. akt XVII Amo 1/21 z dnia 7 czerwca 2021 roku, dotyczącego decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nr DKK-34/2021 z 5 lutego 2021 roku</b> .....	125
Damian Kopera, Filip Wiliński, <b>Problematyka <i>killer acquisitions</i> w świetle wyroku w sprawie <i>Illumina/Grail</i> przeciwko Komisji Europejskiej</b> .....	134

### Sprawozdania

<b>Sprawozdanie z Kongresu Prawa Ochrony Konkurencji (podtytuł „Instytucje ochrony konkurencji – jak nam służą?”), Warszawa, 7–8 czerwca 2022 roku (Piotr Semeniuk)</b> .....	144
<b>Sprawozdanie z konferencji „Trendy w ochronie konkurencji w Polsce”, Warszawa, 14 czerwca 2022 roku (Monika Woźniak-Cichuta)</b> .....	149

## Recenzje piśmiennictwa

Tomasz Krzyżewski, *Zakaz konkurencji w polskim i unijnym prawie antymonopolowym*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2022

(Cezary Banasiński) .....155

**Contents, Summaries and Key Words** .....158

## Nadzór nad koncentracjami przedsiębiorców – rok inny niż wszystkie? (od redaktora prowadzącego)

Głównym tematem niniejszego numeru iKAR-a jest prewencyjny nadzór nad koncentracjami przedsiębiorców. Ostatnie kilka lat zaowocowało wydaniem istotnych, a także nowatorskich rozstrzygnięć w zakresie tego filaru publicznoprawnej ochrony konkurencji. Mieliśmy do czynienia zarówno z istotnymi decyzjami wydanymi przez Prezesa UOKiK (w tym w szczególności z rzadko stosowanym zakazem dokonania koncentracji – w sprawie *Agora/RadioZet*) czy też z bezprecedensowym odwołaniem od wydanej przez Prezesa UOKiK zgody na dokonanie koncentracji *Orlen/Polska Press*, które zostało wniesione przez Rzecznika Praw Obywatelskich i wywołało ożywioną dyskusję dotyczącą celów stosowania prawa ochrony konkurencji w Polsce.

Wiele działa się także na gruncie prawa unijnego, gdzie doszło do wydania precedensowego rozstrzygnięcia w sprawie *Illumina/Grail* dotyczącego stosowania rozporządzenia 139/2004 i kwestii tzw. zabójczych przejęć. Wydanie orzeczenia poprzedziła decyzja Komisji Europejskiej, równie szeroko komentowana.

W zebranych tekstach znajduje się stanowisko autorów co do wszystkich wyżej wskazanych aspektów publicznoprawnego nadzoru nad koncentracjami przedsiębiorców. Monika Woźniak-Cichuta przedstawiła w zakresie ostatniego ze wskazanych wątków artykuł, w którym zajęła się oceną nowej polityki Komisji Europejskiej wobec potencjalnie antykonkurencyjnych transakcji zawieranych przez platformy cyfrowe o znaczącej sile rynkowej i związanego z tym funkcjonowania art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw. W zakresie praktyki stosowania prawa polskiego Michał Derdak podjął próbę polemiki z dotychczas przedstawionymi poglądami doktryny i zobrazowania własnego podejścia do umiejscowienia kategorii pluralizmu mediów w procesie „kontroli koncentracji”. Jednocześnie część przeznaczoną dla artykułów naukowych rozpoczyna artykuł autorów z kancelarii White&Case, poświęcony kontroli inwestycji zagranicznych (FDI), zawierający wstępną ocenę polskiego ustawodawstwa i praktyki w kontekście europejskich i światowych trendów. Jest to z pewnością pierwsze tak kompleksowe opracowanie nowych uprawnień przyznanych Prezesowi UOKiK w czasach pandemii COVID-19. Prezentowany numer iKAR-a uzupełnia artykuł ukazujący analizę ekonomiczną rabatów retrospektywnych w prawie antymonopolowym i przepisach ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej.

W części przeglądu orzecznictwa znalazły się dwie glosy dotyczące niezwykle ciekawych i aktualnych wyroków Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. W pierwszej z nich Małgorzata Kozak glosuje wyrok SOKiK z dnia z 12 maja 2022 r. w sprawie XVII AmA 61/21 (dotyczący koncentracji *Agora/Radio Zet*). W drugiej Tomasz Krzyżewski odnosi się do równie ważnego wyroku SOKiK z dnia 7 czerwca 2021 roku (dotyczącego koncentracji *Orlen/Polska Press*, sygn. XVII Amo 1/21). Tę część numeru uzupełnia tekst Damiana Kopery oraz Filipa Wilińskiego poruszający problematykę wyroku w sprawie *Illumina/Grail*.

Numer kończą sprawozdania z konferencji Kongresu Prawa Ochrony Konkurencji (podtytuł „Instytucje ochrony konkurencji – jak nam służą?”) (Piotra Semeniuka) oraz „Trendy w ochronie konkurencji w Polsce” (Moniki Woźniak-Cichuty). Numer zawiera także przygotowaną przez Cezarego Banasińskiego recenzję ważnej z punktu widzenia praktyki książki Tomasza Krzyżewskiego (*Zakaz konkurowania w polskim i unijnym prawie antymonopolowym*).

Serdecznie dziękujemy wszystkim Autorom artykułów i innych materiałów opublikowanych w oddawanym IKAR-ze. Szczególne podziękowania kierujemy także do Recenzentów. Mamy nadzieję, że przytoczone teksty pomogą Czytelnikom w codziennej pracy naukowej, dydaktycznej oraz zawodowej.

Życzymy owocnej lektury!

*dr Dariusz Aziewicz LL.M.*

Katarzyna Czapracka\*, Maciej Gac\*\*,  
Jakub Gubański\*\*\*, Iwo Małobęcki\*\*\*\*

## **Kontrola inwestycji zagranicznych – wstępna ocena polskiego ustawodawstwa i praktyki w kontekście europejskich i światowych trendów**

### **Spis treści**

- I. Wstęp
  1. Kontrola inwestycji zagranicznych – nowe otwarcie
  2. Kontrola inwestycji zagranicznych w Europie i na świecie – mozaika krajowych rozwiązań
- II. Kontrola inwestycji zagranicznych w Polsce – analiza obecnego modelu
  1. Stary reżim
  2. Nowy reżim
    - 2.1. Podmiot będący celem transakcji
    - 2.2. Osoba inwestora
    - 2.3. Rodzaj transakcji
- III. Ocena nowego mechanizmu kontroli inwestycji zagranicznych z perspektywy dwóch lat funkcjonowania
  1. Ustawa o kontroli niektórych inwestycji a Wytyczne – problem niespójności
  2. Liczenie obrotów podmiotu chronionego – brak jednoznacznych wskazówek
  3. Zakres działalności podmiotu chronionego – nieprecyzyjne kryteria
  4. Forma transakcji – problem właściwej oceny
  5. Zgłoszenie trudności z określeniem podmiotu zobowiązanego do dokonania zgłoszenia
- IV. Transakcje międzynarodowe a kontrola inwestycji zagranicznych – problemy praktyczne
  1. Obowiązki potencjalnego inwestora zagranicznego
    - 1.1. Analiza multijurysdykcyjna
    - 1.2. Zgłoszenie transakcji
  2. Wpływ na pewność i dynamikę transakcji
    - 2.1. Warunki
    - 2.2. Aukcje
    - 2.3. Brak pewności prawa
- V. Podsumowanie

---

\* Partner międzynarodowy w kancelarii White & Case, doktor nauk prawnych, e-mail: [kczapracka@whitecase.com](mailto:kczapracka@whitecase.com)

\*\* Starszy prawnik w kancelarii White & Case, doktor nauk prawnych, e-mail: [mzac@whitecase.com](mailto:mzac@whitecase.com)

\*\*\* Partner lokalny w kancelarii White & Case, e-mail: [jgubanski@whitecase.com](mailto:jgubanski@whitecase.com)

\*\*\*\* Starszy prawnik w kancelarii White & Case, e-mail: [imalobecki@whitecase.com](mailto:imalobecki@whitecase.com)



## Streszczenie

Artykuł przedstawia zyskującą na znaczeniu w Polsce i na świecie problematykę kontroli inwestycji zagranicznych. Celem artykułu jest pokazanie polskiego i międzynarodowego podejścia do kontroli inwestycji zagranicznych, dokonanie wstępnej oceny nowego krajowego reżimu kontroli inwestycji zagranicznych z perspektywy dwóch lat jego funkcjonowania oraz sformułowanie propozycji *de lege ferenda* pozwalających na udoskonalenie polskiego systemu tego typu kontroli. Artykuł skupia się również na praktycznych aspektach związanych z realizowaniem międzynarodowych transakcji w aktualnym otoczeniu regulacyjnym i pokazuje wyzwania z jakimi mierzą się inwestorzy realizujący transakcje z elementem transgranicznym (zarówno w Polsce, jak i poza jej granicami).

**Słowa kluczowe:** kontrola inwestycji zagranicznych; FDI; transakcje międzynarodowe.

**JEL:** K21

## I. Wstęp

### 1. Kontrola inwestycji zagranicznych – nowe otwarcie

Lata 2019–2022 to czas wzmożonej dyskusji oraz zmian prawnych w obszarze kontroli inwestycji zagranicznych na szczeblu krajowym i międzynarodowym. Samo zagadnienie kontroli inwestycji zagranicznych nie jest czymś nowym, a wiele krajów, w tym Polska, posiadało już od pewnego czasu mechanizmy pozwalające na ochronę spółek o szczególnym znaczeniu dla krajowej gospodarki<sup>1</sup>, jednak ostatnie lata zaowocowały istotnymi zmianami w tym obszarze.

Rosnąca skala inwestycji chińskich i rosyjskich w latach 2019–2020, wybuch pandemii w roku 2020 oraz problemy związane z bezpieczeństwem dostaw, które uwypukliły się w tym okresie, stanowiły istotne impulsy dla ustawodawców krajowych oraz instytucji międzynarodowych do podjęcia bardziej zdecydowanych działań, zmierzających do ochrony rynku oraz przedsiębiorstw krajowych przed rosnącymi zagrożeniami natury geopolitycznej czy makroekonomicznej. Spowodowało to daleko idące zmiany w zakresie regulacji inwestycji zagranicznych w Polsce i w wielu innych państwach europejskich, które tradycyjnie były otwarte na napływ inwestycji zagranicznych. Zmiany te polegały na rewidowaniu dotychczas funkcjonujących mechanizmów kontroli inwestycji, ale również na tworzeniu nowych rozwiązań, pozwalających na wypełnienie luki w systemie kontroli inwestycji.

W Polsce zdecydowano się na rozszerzenie stosowania dotychczas obowiązującego mechanizmu przewidzianego w ustawie z 24 lipca 2015 r. o kontroli niektórych inwestycji (dalej: ustawa o kontroli niektórych inwestycji lub „uokni”). Przyjęte rozwiązania, o których bardziej szczegółowo w punkcie II niniejszego artykułu, doprowadziły do stworzenia dwóch autonomicznych systemów kontroli inwestycji w Polsce. Systemu dotychczasowego (tzw. starego reżimu) ograniczonego do niewielkiej liczby enumeratywnie wskazanych spółek, w odniesieniu do których zarówno zagraniczne, jak i krajowe inwestycje wymagają zgody właściwego organu, oraz nowego systemu

<sup>1</sup> Zob. ustawa z 24.07.2015 r. o kontroli niektórych inwestycji (t.j. Dz. U. 2020 poz. 2145) oraz regulacje innych krajów opisywane w pkt. I i II niniejszego artykułu.

(tzw. nowego reżimu) wprowadzonego w celu ochrony szerokiej grupy podmiotów przed potencjalnym wzrostem skali inwestycji zagranicznych.

Jak wskazano w uzasadnieniu do ustawy o kontroli niektórych inwestycji, „W celu wzmocnienia ochrony krajowych spółek przed przejęciami przez podmioty spoza UE/EOG proponuje się wprowadzić tymczasowe (na okres 24 miesięcy), kompleksowe ramy kontroli działań, które mogłyby zagrozić zapewnieniu bezpieczeństwa, porządku i zdrowia publicznego w związku z pogarszającą się sytuacją gospodarczą wywołaną epidemią COVID-19, wpływającą m.in. na zwiększenie ryzyka obniżenia poziomu płynności finansowej przedsiębiorstw. [...] Obecne przepisy ustawy o kontroli inwestycji nie są wystarczające, ponieważ chronią jedynie kilka kluczowych polskich spółek”.<sup>2</sup>

Również w innych jurysdykcjach zdecydowano się na wdrożenie zmian w odpowiedzi na postępujące skutki globalnego kryzysu. Dynamicznie przyjmowane regulacje zaowocowały powstaniem lub zmodyfikowaniem krajowych systemów kontroli inwestycji zagranicznych w ponad 80 krajach na przestrzeni ostatnich lat<sup>3</sup>. W państwach UE można mówić wręcz o regulacyjnym tsunami na przestrzeni ostatnich dwóch lat. W pierwszym raporcie KE o kontroli inwestycji zagranicznych<sup>4</sup> odnotowano, że szesnaście państw członkowskich UE (Austria, Czechy, Dania, Francja, Finlandia, Hiszpania, Litwa, Łotwa, Malta, Niemcy, Polska, Rumunia, Słowacja, Słowenia, Węgry oraz Włochy) przyjęły w latach 2020–2021 nowe lub znowelizowane ustawy dotyczące kontroli inwestycji zagranicznych. Osiem dodatkowych państw (Belgia, Estonia, Grecja, Holandia, Irlandia, Luksemburg, Portugalia oraz Szwecja) podjęło inicjatywy legislacyjne mające na celu wprowadzenie lub rozszerzenie kontroli inwestycji zagranicznych<sup>5</sup>. W drugim raporcie opublikowanym we wrześniu 2022 roku KE wskazuje, że Dania oraz Słowacja już takie regulacje przyjęły, a zatem osiemnaście z dwudziestu siedmiu państw członkowskich wprowadziło lub znacznie rozszerzyło krajowe reżimy dotyczące kontroli inwestycji zagranicznych<sup>6</sup>.

Na skutek wdrażanych zmian zaledwie na przestrzeni paru lat powstała siatka rozwiązań krajowych i międzynarodowych, która jak zostanie opisane w niniejszym artykule, stawia ogromne wyzwania przed zarówno przedsiębiorcami planującymi i realizującymi transakcje z elementem międzynarodowym, jak i organami stosującymi nowe regulacje. Powyższe zmiany wpisują się w rosnący krajowy protekcjonizm, który ma stanowić przeciwwagę dla potencjalnych negatywnych skutków globalnych kryzysów dla krajowego kapitału. Tym samym elementy porządku publicznego, bezpieczeństwa czy polityki państwa, które ze swej natury są zmienne i często nieprzewidywalne, zaczynają zyskiwać na znaczeniu w obszarze inwestycji transgranicznych. W świetle ostatnich wydarzeń na arenie międzynarodowej należy oczekiwać, że trend ten będzie się pogłębiał.

Celem niniejszego artykułu jest pokazanie polskiego i międzynarodowego podejścia do kontroli inwestycji zagranicznych, zidentyfikowanie głównych problemów związanych ze stosowaniem ustawy o kontroli niektórych inwestycji, sformułowanie propozycji *de lege ferenda* pozwalających na udoskonalenie krajowego reżimu kontroli inwestycji zagranicznych oraz podjęcie próby opisan

<sup>2</sup> Uzasadnienie do projektu ustawy o kontroli niektórych inwestycji. Pozyskano z: <https://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/EDA006ADCEf12769C1257E52002F08D2/%24File/3454-ustawa.docx>

<sup>3</sup> Dane własne autorów.

<sup>4</sup> Report from The Commission to The European Parliament and The Council. *First Annual Report on the screening of foreign direct investments into the Union*. Brussels 23.11.2021 (COM (2021) 714 final). Pozyskano z: [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/november/tradoc\\_159935.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/november/tradoc_159935.pdf).

<sup>5</sup> Ibidem, s. 8–9.

<sup>6</sup> Report from The Commission to The European Parliament and The Council. *Second Annual Report on the screening of foreign direct investments into the Union*. Brussels 1.09.2022 (COM(2022)433). Pozyskano z: [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM\(2022\)433&lang=en](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2022)433&lang=en).

praktycznych aspektów związanych z realizowaniem międzynarodowych transakcji w aktualnym otoczeniu regulacyjnym.

Zagadnienia poruszane w niniejszym artykule są tym bardziej aktualne w obliczu kolejnego kryzysu, jaki przyniósł rok 2022 (inwazja Rosji na Ukrainę) oraz decyzji polskiego ustawodawcy o przedłużeniu obowiązywania nowego reżimu<sup>7</sup>. W rezultacie, w kolejnych latach możemy się spodziewać rosnącego znaczenia mechanizmów kontroli inwestycji zagranicznych, które obecnie stają się nieodłącznym elementem w planowaniu transakcji międzynarodowych (obok tradycyjnych mechanizmów kontroli koncentracji).

## 2. Kontrola inwestycji zagranicznych w Europie i na świecie – mozaika krajowych rozwiązań

Jak już wskazano na wstępie, choć dynamiczny wzrost liczby regulacji dotyczących inwestycji zagranicznych jest efektem paru ostatnich lat, to w wielu krajach istniały one już sporo wcześniej. Dobrym przykładem są Stany Zjednoczone, gdzie od 1975 r. działa Komisja ds. Inwestycji Zagranicznych (*Committee on Foreign Investment in the United States*; dalej: CFIUS), wyposażona w szerokie kompetencje do oceny transakcji prowadzących do przejścia przez zagraniczne podmioty kontroli nad przedsiębiorstwami działającymi na rynku amerykańskim<sup>8</sup>.

Pierwotnie rola CFIUS ograniczona była do zbierania informacji i wydawania niewiązujących opinii na temat transakcji, które mogły mieć wpływ na bezpieczeństwo narodowe Stanów Zjednoczonych. W latach 80. XX wieku, w obliczu zwiększonej liczby inwestycji zagranicznych w amerykańskie podmioty, Kongres Stanów Zjednoczonych zdecydował się wzmocnić zakres kompetencji CFIUS, przyznając jej prawo do blokowania transakcji mogących negatywnie wpływać na bezpieczeństwo narodowe<sup>9</sup>.

Do ostatniej istotnej przebudowy i wzmocnienia regulacji dotyczących kontroli inwestycji zagranicznych w Stanach Zjednoczonych doszło za prezydentury Donalda Trumpa, który 3 sierpnia 2018 r. podpisał ustawę *Foreign Investment Risk Review Modernization Act* (dalej: FIRRMA)<sup>10</sup>, znacząco poszerzającą dotychczasowe kompetencje CFIUS oraz zakres kontrolowanych transakcji.

W przeciwieństwie do krajów europejskich, gdzie bezpośrednią przyczyną wprowadzenia nowych regulacji był kryzys gospodarczy wynikający z pandemii COVID-19, w Stanach Zjednoczonych przedmiotowa reforma została wprowadzona wcześniej (tj. podczas apogeum tzw. amerykańsko-chińskiej wojny handlowej) i przetrwała w praktycznie niezmienionej formie przez cały okres kryzysu związanego z pandemią (Ahlborn, Barth, & dos Santos Goncalves, 2020).

Na podstawie FIRRMA, CFIUS może aktualnie sprawdzać inwestycje prowadzące do przejścia przez zagranicznych inwestorów kontroli nad przedsiębiorstwami działającymi na rynku amerykańskim, tj. świadczącymi usługi lub sprzedającymi towary do i w Stanach Zjednoczonych. CFIUS może również kontrolować transakcje zagraniczne dotyczące podmiotów działających w sektorach

<sup>7</sup> Na mocy art. 6 ustawy z 12.05.2022 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz niektórych innych ustaw przedłużono termin obowiązywania nowego reżimu o dodatkowe 3 lata, tj. do 24.07.2025 r. Jednocześnie doprecyzowano, że celem obowiązywania tych przepisów jest już nie tylko ochrona przed sytuacją wywołaną pandemią COVID-19, lecz także ochrona przed sytuacją międzynarodową zakłócającą rynek lub konkurencję, co można niewątpliwie uznać za bardzo szerokie *ratio legis* dla obowiązywania analizowanych przepisów.

<sup>8</sup> CFIUS została utworzona na mocy rozporządzenia wykonawczego prezydenta Geralda Forda z dnia 7.05.1975 r. (*Executive Order 11858 of May 7, 1975*, 40 FR 20263). Pozyskano z: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-1975-05-09/pdf/FR-1975-05-09.pdf#page=1> (04.09.2022).

<sup>9</sup> *Exon-Florio Amendment* z 1988 r., 50 U.S.C. Appendix 2170.

<sup>10</sup> *Foreign Investment Risk Review Modernization Act* z 2018 r., H. R. 5841

wrażliwych (np. korzystających z technologii i infrastruktury krytycznej lub zbierających dane obywateli), niektóre inwestycje typu *private equity* (dotyczące podmiotów niedopuszczonych do publicznego obrotu) oraz transakcje nieruchomościowe dotyczące obszarów położonych w pobliżu strategicznych instalacji wojskowych lub cywilnych (porty morskie, lotniska itp.).

Dopełnieniem amerykańskiego systemu kontroli inwestycji zagranicznych jest wprowadzony przez FIRREA dodatkowy obowiązek polegający na informowaniu CFIUS o sytuacji, w której inwestor zagraniczny powiązany z władzami innego państwa (np. spółka kontrolowana przez obcy rząd lub przez państwowy fundusz majątkowy) uzyskuje znaczący udział (tj. większy niż 10% głosów w kapitale zakładowym) w podmiocie amerykańskim działającym w jednym z wrażliwych sektorów gospodarki lub wykorzystującym krytyczną infrastrukturę lub technologię<sup>11</sup>.

Przechodząc na grunt europejski należy wskazać, że kluczowe zmiany w obszarze kontroli inwestycji zagranicznych miały miejsce na przestrzeni ostatnich paru lat, kiedy to podjęto następujące działania:

- 1) w marcu 2019 r. przyjęto rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/452 z dnia 19 marca 2019 r. ustanawiające ramy monitorowania bezpośrednich inwestycji zagranicznych w UE (dalej: rozporządzenie FDI)<sup>12</sup>;
- 2) w marcu 2020 r. opublikowano wytyczne dla państw członkowskich dotyczące bezpośrednich inwestycji zagranicznych, swobodnego przepływu kapitału z państw trzecich i ochrony europejskich aktywów strategicznych (dalej: Wytyczne FDI)<sup>13</sup>;
- 3) w czerwcu 2020 r. opublikowano Białą Księgę w sprawie wyrównywania szans w związku z subsydiami zagranicznymi (dalej: Biała Księga)<sup>14</sup>;
- 4) w kwietniu 2022 r. opublikowano Komunikat w sprawie kontroli inwestycji zagranicznych z Rosji i Białorusi, który doprecyzowuje ogólne zasady dotyczące kontroli inwestycji zagranicznych<sup>15</sup>.

Głównym celem unijnych rozwiązań było zagwarantowanie pewności prawa w odniesieniu do mechanizmów kontroli inwestycji zagranicznych stosowanych przez państwa członkowskie oraz zapewnienie koordynacji i współpracy w całej UE w zakresie monitorowania inwestycji zagranicznych<sup>16</sup>. Dodatkowo, rozwiązania wdrażane na szczeblu unijnym miały stanowić wskazówki dla państw członkowskich podejmujących problematykę kontroli inwestycji zagranicznych w swoich krajowych reżimach<sup>17</sup>. Wreszcie, stanowiły one odpowiedź na międzynarodowe trendy w kontroli inwestycji zagranicznych<sup>18</sup>. Kluczowym elementem przedmiotowych mechanizmów jest wprowadzony przez rozporządzenie FDI obowiązek wymiany informacji między państwami członkowskimi i KE, jak również możliwość wydawania przez KE i państwa członkowskie opinii i uwag na temat konkretnych transakcji<sup>19</sup>. Zebrane dane publikowane są przez KE corocznie w formie

<sup>11</sup> Por. art. 302, *Foreign Investment Risk Review Modernization Act* z 2018 r., H. R. 5841.

<sup>12</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/452 z 19.03.2019 r. ustanawiające ramy monitorowania bezpośrednich inwestycji zagranicznych w UE (OJ L 79I, 21.03.2019, s. 1–14).

<sup>13</sup> Komunikat KE: Wytyczne dla państw członkowskich dotyczące bezpośrednich inwestycji zagranicznych, swobodnego przepływu kapitału z państw trzecich i ochrony europejskich aktywów strategicznych – sytuacja przed zastosowaniem rozporządzenia (UE) 2019/452 (rozporządzenie w sprawie monitorowania BIZ) (OJ C 99I, 26.03.2020, s. 1–5).

<sup>14</sup> BIAŁA KSIĘGA w sprawie wyrównywania szans w związku z subsydiami zagranicznymi (COM/2020/253 *final*).

<sup>15</sup> Komunikat KE: Wytyczne dla państw członkowskich dotyczące bezpośrednich inwestycji zagranicznych z Rosji i Białorusi w związku z agresją wojсковą wobec Ukrainy oraz środkami ograniczającymi określonymi w niedawnych rozporządzeniach Rady w sprawie sankcji (OJ C 151, 06.04.2022, s. 1).

<sup>16</sup> Zob. rozporządzenie FDI, pkt 5 preambuły.

<sup>17</sup> Ibidem, pkt 10–15.

<sup>18</sup> Ibidem, pkt 5.

<sup>19</sup> Por. art. 6 rozporządzenia FDI.

skonsolidowanego raportu<sup>20</sup>, który ma na celu nie tylko prezentację trendów, lecz także ocenę efektywności krajowych regulacji dotyczących kontroli inwestycji zagranicznych<sup>21</sup>.

W momencie, w którym przyjęto rozporządzenie FDI, aż 14 państw członkowskich<sup>22</sup> posiadało już regulacje w obszarze kontroli inwestycji zagranicznych, choć niektóre z tych regulacji, tak jak przykładowo polski stary reżim, miały ograniczony zakres zastosowania.

Przyjęcie rozporządzenia FDI zbiegło się w czasie z kryzysem wywołanym pandemią COVID-19. W obliczu nowych wyzwań, KE zaapelowała do państw członkowskich posiadających już mechanizmy kontroli inwestycji zagranicznych, aby „w pełni korzystały z narzędzi dostępnych na mocy prawa unijnego i krajowego w celu zapobiegania przepływowi kapitału z państw trzecich, które mogłyby zagrozić bezpieczeństwu i porządkowi publicznemu w Europie”<sup>23</sup>. Pozostałe państwa członkowskie były natomiast zachęcane, aby „utworzyły kompleksowe mechanizmy monitorowania, a w międzyczasie rozważyły wszelkie możliwości, w pełnej zgodności z prawem Unii i z zobowiązaniami międzynarodowymi, w celu uwzględnienia przypadków, w których nabycie danego przedsiębiorstwa, infrastruktury lub technologii lub przejęcie nad nimi kontroli przez inwestora zagranicznego stwarzałoby ryzyko dla bezpieczeństwa lub porządku publicznego w UE”<sup>24</sup>. Dynamicznie zmieniająca się sytuacja gospodarcza oraz apele KE, wsparte dodatkowo publikacją aktów typu *soft law* w postaci Wytycznych FDI czy Białej Księgi, doprowadziły do istotnej zmiany sposobu postrzegania dotychczasowych mechanizmów kontroli inwestycji zagranicznych i zaowocowały uchwaleniem szeregu nowych aktów prawnych na szczeblu krajowym.

Cechą charakterystyczną unijnego podejścia do kontroli inwestycji zagranicznych jest brak harmonizacji oraz jego zdecentralizowany charakter. Na gruncie istniejących obecnie regulacji rola KE jest ograniczona głównie do funkcji opiniodawczej i konsultacyjnej, które realizowane są zarówno poprzez analizę i ocenę konkretnych transakcji zgłaszanych przez państwa członkowskie, jak i publikację podsumowań analiz i badań na temat skuteczności krajowych systemów. W przeciwieństwie do CFIUS, KE nie posiada kompetencji do samodzielnego sprawdzania czy blokowania inwestycji zagranicznych. Przedmiotowe uprawnienia są przeniesione na poziom poszczególnych państw. Każde z państw członkowskich ma w konsekwencji szerokie możliwości do dość swobodnego kształtowania i stosowania krajowych przepisów dotyczących kontroli inwestycji zagranicznych<sup>25</sup>.

Przedmiotowa swoboda nie ma oczywiście charakteru absolutnego. Ponieważ krajowe przepisy dotyczące inwestycji zagranicznych mogą ograniczać swobodę przepływu kapitału określoną w art. 63 TFUE (obowiązującą w obrębie UE, ale również w relacjach z państwami trzecimi), to powinny one spełniać szereg warunków wskazanych w TFUE<sup>26</sup> i rozwiniętych w orzecznictwie sądów unijnych. Jak wskazują Wytyczne FDI, ograniczenia swobody przepływu kapitału „powinny być odpowiednie, niezbędne i proporcjonalne do osiągnięcia uzasadnionych celów polityki publicznej”, które z kolei „(...) nie powinny mieć charakteru wyłącznie

<sup>20</sup> Por. art. 5 rozporządzenia FDI.

<sup>21</sup> Na moment publikacji niniejszego artykułu KE opublikowała dwa takie raporty: (i) *First Annual Report on the screening of foreign direct investments into the Union* (COM(2021) 714), op. cit. oraz (ii) *Second Annual Report on the screening of foreign direct investments into the Union* (COM(2022) 433), op. cit.

<sup>22</sup> Były to: Austria, Dania, Finlandia, Francja, Niemcy, Węgry, Włochy, Łotwa, Litwa, Polska, Portugalia, Rumunia, Hiszpania, Holandia.

<sup>23</sup> Por. Koronawirus: Komisja wydaje wytyczne w celu ochrony krytycznych europejskich aktywów i technologii w związku z obecnym kryzysem Komunikat prasowy KE z 25.03.2020 r. Pozyskano z: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pl/ip\\_20\\_528](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pl/ip_20_528). (04.09.2022).

<sup>24</sup> Ibidem.

<sup>25</sup> Lista krajowych aktów prawnych regulujących kwestię kontroli inwestycji zagranicznych, które zostały zgłoszone przez państwa członkowskie do KE jest dostępna na stronie: [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc\\_157946.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc_157946.pdf).

<sup>26</sup> Por. np. art. 65 TFUE.

ekonomicznego”<sup>27</sup>. Dodatkowo, ograniczenia swobody przepływu kapitału z uwagi na potrzebę ochrony porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego i zdrowia publicznego, mogą być wprowadzane pod warunkiem, że „istnieje rzeczywiste i wystarczająco poważne zagrożenie dla podstawowych interesów społeczeństwa”<sup>28</sup>. Wreszcie, rozporządzenie FDI precyzuje, że przepisy i procedury dotyczące kontroli inwestycji zagranicznych „powinny być przejrzyste i nie powinny wprowadzać dyskryminacji między państwami trzecimi”<sup>29</sup> oraz powinny dawać „możliwość odwołania się przez inwestorów zagranicznych od decyzji dotyczących monitorowania”<sup>30</sup>.

Pomimo istnienia unijnych ram dla rozwoju krajowych systemów kontroli inwestycji zagranicznych, należy stwierdzić, że są one dość ogólne i nieostre. W połączeniu ze zdecentralizowaną koncepcją europejskiego systemu kontroli inwestycji zagranicznych, przekłada się to na znaczną różnorodność krajowych aktów prawnych regulujących tę materię, co z kolei stanowi ogromne wyzwanie dla inwestorów realizujących transakcje w ramach UE. Należy jednak oczekiwać, że część z tych rozbieżności powinna w przyszłości zostać odpowiednio zaadresowana. KE pracuje obecnie nad analizą istniejących mechanizmów koordynacji kontroli inwestycji zagranicznych na poziomie UE, czego skutkiem może być nowelizacja rozporządzenia FDI oraz dalej idąca harmonizacja lub centralizacja kontroli inwestycji na poziomie europejskim. Rozważane jest także przyjęcie regulacji unijnych upoważniających KE bezpośrednio do kontroli inwestycji zagranicznych. W szczególności PE przyjął w czerwcu 2022 roku rezolucję, w której wzywa KE „do przedstawienia bardziej szczegółowych danych na temat tego, czy napływające BIZ wspierają zrównoważoną działalność gospodarczą i inwestycje od podstaw, a także do oceny różnych wariantów monitorowania działań wspieranych przez przepływy wychodzące oraz do oceny możliwości doprecyzowania, czy inne sektory należy uznać za sektory strategiczne; ponadto zwraca się do Komisji, by zbadała możliwość wzmocnienia unijnego mechanizmu kontroli bezpośrednich inwestycji zagranicznych, tak aby nadać mu, za zgodą państw członkowskich, uprawnienia do blokowania inwestycji, które stwarzałyby zagrożenie dla bezpieczeństwa i porządku publicznego”<sup>31</sup>.

## II. Kontrola inwestycji zagranicznych w Polsce – analiza obecnego modelu

Polski system kontroli inwestycji zagranicznych jest regulowany na mocy ustawy o kontroli niektórych inwestycji. Poza wymienioną ustawą możemy również zidentyfikować inne akty prawne, które w pośredni sposób wpływają na możliwość realizowania inwestycji zagranicznych w Polsce. Są to w szczególności ustawa z 18 marca 2010 r. o szczególnych uprawnieniach ministra właściwego do spraw aktywów państwowych oraz ich wykonywaniu w niektórych spółkach kapitałowych lub grupach kapitałowych prowadzących działalność w sektorach energii elektrycznej, ropy naftowej oraz paliw gazowych<sup>32</sup>; ustawa z 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania

<sup>27</sup> Załącznik do Wytycznych FDI, pkt 4.

<sup>28</sup> Ibidem.

<sup>29</sup> Rozporządzenie FDI, art. 3(2) oraz pkt 15 preambuły.

<sup>30</sup> Ibidem, art. 3(5) oraz pkt. 15 preambuły.

<sup>31</sup> Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 23.06.2022 r. w sprawie przyszłości polityki UE dotyczącej inwestycji międzynarodowych. Pozyskano z: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0268\\_PL.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0268_PL.html).

<sup>32</sup> Ustawa z 18.03.2010 r. o szczególnych uprawnieniach ministra właściwego do spraw aktywów państwowych oraz ich wykonywaniu w niektórych spółkach kapitałowych lub grupach kapitałowych prowadzących działalność w sektorach energii elektrycznej, ropy naftowej oraz paliw gazowych (t.j. Dz. U. 2020 poz. 2173).

mieniem państwowym<sup>33</sup>; ustawa z 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji<sup>34</sup>; ustawa z 3 lipca 2002 r. – Prawo lotnicze<sup>35</sup> czy ustawa z 20 grudnia 1996 r. o portach i przystaniach morskich<sup>36</sup>. Warto pamiętać o tych regulacjach, analizując inwestycje zagraniczne dotyczące polskich podmiotów, jednak szczegółowa analiza tych aktów prawnych pozostaje poza zakresem problematyki niniejszego artykułu.

Jak już wskazano we wstępie, polski system kontroli inwestycji zagranicznych charakteryzuje się równoległym funkcjonowaniem dwóch autonomicznych reżimów, nazywanych na potrzeby niniejszego artykułu starym i nowym. Z uwagi na specyfikę niniejszego artykułu, którego celem jest skupienie się na kwestiach praktycznych związanych ze stosowaniem najnowszych rozwiązań w zakresie kontroli inwestycji zagranicznych, poniżej zostaną przedstawione jedynie ogólne założenia każdego z reżimów, a w dalszej części artykuł skoncentruje się na analizie stosowania nowego reżimu na przestrzeni ostatnich dwóch lat.

## 1. Stary reżim

Przepisy starego reżimu (art. 1–12 oraz 15–16 uokni) stosują się do podmiotów o strategicznym znaczeniu dla państwa, enumeratywnie wymienionych w rozporządzeniu Rady Ministrów w sprawie wykazu podmiotów podlegających ochronie oraz właściwych dla nich organów kontroli<sup>37</sup>.

Lista podmiotów podlegających ochronie jest aktualizowana (co do zasady) raz do roku i obowiązuje przez kolejny rok. Analiza dotychczasowych zmian na liście podmiotów podlegających ochronie wskazuje na dużą dyskrejonalność Rady Ministrów w jej tworzeniu, a sam proces legislacyjny jest bardzo krótki i pozbawiony konsultacji.

Podstawowe kryteria, jakie Rada Ministrów uwzględniła, decydując o wpisaniu danego podmiotu na listę podmiotów podlegających ochronie to: istotny udział danego podmiotu w rynku, skala prowadzonej działalności, rzeczywiste i wystarczająco poważne zagrożenia dla fundamentalnych interesów społeczeństwa związane z prowadzeniem działalności przez dany podmiot. Obecnie na liście podmiotów podlegających ochronie znajduje się 15 spółek z sektora zbrojeniowego, energetycznego, paliwowego, górnictwo-hutniczego i telekomunikacyjnego<sup>38</sup>.

Kontrola dotycząca inwestycji w te podmioty jest sprawowana przez wskazanych w ustawie ministrów i ma na celu ocenę czy uzyskanie dominacji nad podmiotem podlegającym ochronie albo statusu znaczącego uczestnictwa w tym podmiocie przez inwestora (bez względu na kraj jego pochodzenia) jest zagrożeniem dla porządku lub bezpieczeństwa publicznego, zdolności obronnych kraju albo możliwości zaspokojenia niezbędnych dla ludności potrzeb w celu ochrony zdrowia i życia.

Co istotne, kontrola ta realizowana jest niezależnie od kontroli koncentracji dokonywanej przez Prezesa UOKiK, a podmioty chronione w ramach starego reżimu są wyłączone spod kontroli w ramach nowego reżimu (zob. art. 12a ust. 2 uokni).

<sup>33</sup> Ustawa z 16.12.2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym (t.j. Dz. U. 2021 poz. 1933).

<sup>34</sup> Ustawa z 29.12.1992 r. o radiofonii i telewizji (t.j. Dz. U. 2020 poz. 805).

<sup>35</sup> Ustawa z 3.07.2002 r. – Prawo lotnicze (t.j. Dz. U. 2022 poz. 1235).

<sup>36</sup> Ustawa z 20.12.1996 r. o portach i przystaniach morskich (t.j. Dz. U. 2021 poz. 491).

<sup>37</sup> Obecnie obowiązuje rozporządzenie Rady Ministrów w sprawie wykazu podmiotów podlegających ochronie oraz właściwych dla nich organów kontroli z 16.12.2022 r. (Dz. 2022 poz. 2838).

<sup>38</sup> Na dzień 9 stycznia 2023 r. są to: Centrum Rozwojowo-Wdrożeniowe „Telesystem-Mesko” sp. z o.o.; EmiTel S.A.; Gaspol S.A.; Grupa Azoty S.A.; HAWA TELEKOM sp. z o.o. w restrukturyzacji; KGHM Polska Miedź S.A.; Orange Polska S.A.; PKP Energetyka S.A.; Polkomtel sp. z o.o.; Polski Koncern Naftowy Orlen S.A.; Rafineria Gdańska Sp. z o.o.; Stoen Operator Sp. z o.o.; Tauron Polska Energia S.A.; TK Telekom sp. z o.o.; UNIMOT S.A.

## 2. Nowy reżim

W dniu 24 lipca 2020 r. polski system kontroli inwestycji został uzupełniony o nowy i całkowicie autonomiczny mechanizm kontroli, który miał obowiązywać przez dwa lata. Z dniem 1 lipca 2022 r. okres obowiązywania nowego reżimu został przedłużony o kolejne 3 lata, tj. do 24 lipca 2025 roku.

Zgodnie z nowym reżimem, transakcja podlega osobnemu zgłoszeniu do Prezesa UOKiK (poza ewentualnym zgłoszeniem dotyczącym kontroli koncentracji), jeżeli kumulatywnie spełnione są wszystkie trzy poniższe warunki, dotyczące podmiotu będącego celem transakcji, osoby inwestora oraz rodzaju transakcji.

### 2.1. Podmiot będący celem transakcji

Przepisy nowego reżimu znajdują zastosowanie wyłącznie, gdy transakcja dotyczy podmiotu chronionego<sup>39</sup>, tj.:

- a) podmiotu mającego siedzibę na terytorium RP oraz
- b) osiągającego obrót ze sprzedaży towarów i świadczenia usług na terytorium RP przekraczający, w którymkolwiek z dwóch lat obrotowych poprzedzających zgłoszenie, równowartość 10 mln euro oraz
- c) prowadzącego działalność podlegającą ochronie, tzn.:
  - posiadającego status spółki publicznej lub
  - posiadającego mienie wchodzące w skład infrastruktury krytycznej (np. sieci energetyczne, sieci teleinformatyczne, sieci transportowe, sieci wodociągowe), lub
  - opracowującego lub modyfikującego określone oprogramowanie (np. dla branży energetycznej, telekomunikacyjnej, transportowej, finansowej, spożywczej), lub
  - prowadzącego usługi gromadzenia lub przetwarzania danych w chmurze obliczeniowej, lub
  - prowadzącego działalność gospodarczą w określonym sektorze wymienionym w ustawie o kontroli niektórych inwestycji (obecnie są to 23 sektory, od energetyki, przez obrót bronią i produkcję leków, aż do przetwórstwa owoców i warzyw).

Już sama analiza powyższych elementów pokazuje jak złożonym procesem jest ocena czy dany podmiot podlega ochronie na mocy przepisów ustawy o kontroli niektórych inwestycji. O praktycznych problemach z tym związanych, dotyczących w szczególności takich kwestii, jak liczenie obrotów czy określenie przedmiotu działalności wykonywanej przez podmiot potencjalnie chroniony uokni, piszemy szerzej w punkcie III niniejszego artykułu.

Zestawiając krajowe podejście do podmiotu chronionego z regulacjami obowiązującymi w innych krajach, należy stwierdzić, że nie odbiega ono znacznie od trendów światowych i wpisuje się w ogólną tendencję do rozszerzenia zakresu sektorów/aktywności wymagających ochrony w ramach mechanizmu kontroli inwestycji zagranicznych.

Historycznie regulacje dotyczące kontroli inwestycji zagranicznych miały na celu ochronę podmiotów działających w konkretnych sektorach, mających strategiczne znaczenie z perspektywy porządku publicznego i bezpieczeństwa narodowego poszczególnych krajów (tak było

<sup>39</sup> Zob. art. 12d uokni. Brak w nowym reżimie zamkniętej liczby podmiotów chronionych, a to czy dany podmiot podlega ochronie w ramach ustawy o kontroli niektórych inwestycji wymaga każdorazowej oceny.



np. w Stanach Zjednoczonych, Francji lub Niemczech). Czasami powyższe regulacje były dodatkowo wzmacniane przywilejem „złotej akcji” (Dumkiewicz, 2020) lub publikowaniem listy strategicznych podmiotów, w których nabycie kontroli (lub pakietu akcji/udziałów) wymaga uzyskania uprzedniej zgody odpowiedniego organu władzy publicznej (Mataczyński, 2016). Efektem dynamicznego rozwoju mechanizmów kontroli inwestycji zagranicznych w ostatnich pięciu latach było natomiast znaczne poszerzenie katalogu sektorów, które państwa pierwotnie postrzegały jako strategiczne i wymagające specjalnej ochrony.

W sprawozdaniu dotyczącym monitoringu inwestycji zagranicznych<sup>40</sup> KE wskazuje, że aż 36% wszystkich zaraportowanych w 2021 r. przez państwa członkowskie inwestycji zagranicznych dotyczyło sektora technologii informacyjno-telekomunikacyjnych, których podstawą jest przetwarzanie, gromadzenie i przesyłanie informacji w formie elektronicznej. Na kolejnym miejscu (25% wszystkich zgłoszonych w 2021 r. spraw) znalazł się sektor wytwórczy, ze szczególnym uwzględnieniem działalności obejmującej przemysł obronny, lotniczy, energetyczny, ochronę zdrowia (w tym przemysł farmaceutyczny) oraz produkcję półprzewodników<sup>41</sup>. Kolejne miejsca zajęły odpowiednio działalności związane z sektorem finansowym (9,5%), sprzedażą detaliczną i hurtową (8,5%) oraz budownictwem (4%)<sup>42</sup>.

W przypadku Stanów Zjednoczonych, w 2021 r. do CFIUS najczęściej zgłaszane były transakcje dotyczące sektorów m.in. wydawniczego, finansowego, telekomunikacyjnego, przetwarzania danych, chemicznego, technologii komputerowych (w tym produkcji oprogramowania), wytwarzania i dystrybucji energii elektrycznej, produkcji półprzewodników<sup>43</sup>.

Poszczególne kraje mają w praktyce bardzo zróżnicowane podejście do sposobu określania katalogu działalności chronionej. W przypadku krajów, takich jak Wielka Brytania, Francja lub Polska zdecydowano się na wskazanie listy określonych działalności/sektorów gospodarki, które uznawane są za chronione. W przypadku tego typu jurysdykcji wystarczające jest zwykle, aby podmiot będący przedmiotem transakcji prowadził określoną działalność, aby uznać go za podmiot chroniony (bez znaczenia ma zwykle, np. skala prowadzonej działalności chronionej). W niektórych krajach warunki uznania działalności za chronioną są bardziej złożone. Dobrym przykładem są Niemcy, gdzie sam fakt, że inwestycja dotyczy podmiotu prowadzącego działalność w sektorze chronionym, nie jest zawsze wystarczająca do uznania, że jest on objęty mechanizmem kontroli. Często konieczne w tym celu jest dodatkowe potwierdzenie czy działalność ta spełnia warunki, które pozwoliłyby uznać tę działalność za istotną z punktu widzenia przepisów o kontroli inwestycji zagranicznych. Dzieje się tak np. w przypadku działalności w zakresie świadczenia usług w chmurze obliczeniowej (*cloud-computing*). Przedmiotowa działalność (podobnie jak w Polsce) jest uznawana za chronioną, pod warunkiem jednak, że osiągnęła ona odpowiednią skalę (np. wartość energii wykorzystywana przy świadczeniu usług przekroczyła 3,5 MW lub wartość przetworzonych w chmurze obliczeniowych danych przekroczyła 75 000 TB rocznie itp.)<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> Por. *Second Annual Report on the screening of foreign direct investments into the Union* (COM(2022) 433), op. cit., s. 14.

<sup>41</sup> Ibidem, s. 17.

<sup>42</sup> Ibidem, s. 14.

<sup>43</sup> The Committee on Foreign Investment in The United States Annual Report to Congress. Report Period: CY 2021. Pozyskano z: <https://home.treasury.gov/system/files/206/CFIUS-Public-AnnualReporttoCongressCY2021>, s. 19–31.

<sup>44</sup> Por. art. 55a ust. 4 *Außenwirtschaftsverordnung* z 2.08.2013 (BGBl. I S. 2865; 2021 I S. 4304).

## 2.2. Osoba inwestora

Przepisy nowego reżimu stosują się wyłącznie do inwestycji realizowanych przez inwestorów zagranicznych<sup>45</sup>, tj.:

- a) osoby fizyczne nieposiadające obywatelstwa państwa członkowskiego UE, EOG lub OECD;
- b) podmioty niebędące osobami fizycznymi, które nie posiadają lub nie posiadały od co najmniej dwóch lat od dnia poprzedzającego zgłoszenie siedziby na terytorium UE, EOG lub OECD.

Kryterium to wydaje się jednoznaczne, jednak dostarcza wielu trudności praktycznych, w szczególności gdy mamy do czynienia z dużymi funduszami *private equity* inwestującymi pośrednio lub bezpośrednio w polskie spółki. W tym przypadku, określenie podmiotu dominującego inwestora i jego siedziby może być trudnym zadaniem. Podobnie jest w przypadku podmiotów ze złożoną strukturą, gdzie więcej niż jeden podmiot sprawuje kontrolę nad grupą. Te zagadnienia powodują istotne trudności praktyczne, o czym mowa w punkcie III.

Porównując krajowe podejście do definicji inwestora zagranicznego z europejskim standardem, należy stwierdzić, że nasza regulacja różni się od obowiązujących w Europie. Większość obecnie obowiązujących mechanizmów kontroli inwestycji zagranicznych w państwach członkowskich UE do inwestorów zagranicznych zalicza podmioty pochodzące spoza Europejskiego Obszaru Gospodarczego (dalej: EOG). Ciekawostką w tym kontekście jest fakt, że w około połowie z 414 inwestycji zagranicznych zareportowanych w 2021 r. do KE przez państwa członkowskie inwestorami zagranicznymi były podmioty ze Stanów Zjednoczonych (aż 40% wszystkich zgłoszonych przypadków) oraz Wielkiej Brytanii (ok. 10% wszystkich spraw)<sup>46</sup>. Inwestorzy z Chin oraz Rosji odpowiedzialni byli za mniej niż 10%<sup>47</sup> wszystkich zareportowanych transakcji w 2021 roku<sup>48</sup>.

W Niemczech przykładowo definicja zagranicznego inwestora zależy od rodzaju mechanizmu, który ma zastosowanie do określonej transakcji. W przypadku mechanizmu sektorowego (*sektorspezifisch*), który ochroną obejmuje przede wszystkim przedsiębiorstwa działające w branży zbrojeniowej, przemyśle obronnym oraz technologii bezpieczeństwa, za inwestora zagranicznego uznaje się każdy podmiot pochodzący spoza Niemiec (a więc również podmioty z innych krajów członkowskich UE i EFTA)<sup>49</sup>. W przypadku mechanizmu międzysektorowego (*sektorübergreifend*), który ochroną obejmuje wszystkie podmioty spełniające odpowiednie kryteria lub prowadzące odpowiedni rodzaj działalności, za inwestora zagranicznego uznawany jest każdy podmiot pochodzący spoza państw członkowskich UE i EFTA<sup>50</sup>.

Francuski mechanizm kontroli inwestycji zagranicznych obok definicji „zagranicznego inwestora” wprowadza również definicję „inwestora z UE lub EFTA”. Za inwestora zagranicznego uznano każdy podmiot, który (i) nie jest zarejestrowany we Francji lub (ii) który pomimo faktu bycia zarejestrowanym we Francji, jest kontrolowany przez podmiot mający siedzibę poza Francją<sup>51</sup>. W przypadku osób fizycznych, za inwestora zagranicznego zostały uznane nie tylko osoby mające

<sup>45</sup> Zob. art. 12a ust. 1 pkt 1 uokni.

<sup>46</sup> Por. *Second Annual Report on the screening of foreign direct investments into the Union* (COM(2022) 433), op. cit., s. 18.

<sup>47</sup> W przypadku Chin było to 7% natomiast w przypadku Rosji jedynie 1,5% wszystkich zgłoszonych przez państwa członkowskie spraw. Liczba ta może być w rzeczywistości nieznacznie zafalszowana, m.in. ze względu na fakt, że część inwestorów pochodziła z tzw. rajów podatkowych, ze szczególnym uwzględnieniem Kajmanów, które odpowiadały za ok. 5% wszystkich spraw zgłoszonych KE.

<sup>48</sup> Por. *Second Annual Report on the screening of foreign direct investments into the Union* (COM(2022) 433), op. cit., s. 18.

<sup>49</sup> Por. *Außenwirtschaftsverordnung* z 02.08.2013 (BGBl. I S. 2865; 2021 I S. 4304), art. 60–62.

<sup>50</sup> Por. *Ibidem*, art. 55–59.

<sup>51</sup> Art. R.151-1 *Code monétaire et financier*. Pozyskano z: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGISCTA000041461624/> (14.09.2022).

obywatelstwo inne niż francuskie, lecz także obywatele francuscy, którzy mają miejsce stałego zamieszkania poza terytorium Francji<sup>52</sup>. Mechanizm francuski precyzuje, w przypadku jakich transakcji inwestorzy mający swoją siedzibę w krajach UE lub EFTA (lub posiadające obywatelstwo tych krajów) nie korzystają z wyłączenia spod obowiązku zgłoszenia do właściwego organu kontrolnego<sup>53</sup>.

W analizowanych państwach spoza UE, przykładowo na gruncie przepisów brytyjskich, pochodzenie inwestora nie ma większego znaczenia przy analizie obowiązku czy konkretna transakcja będzie wymagała zgłoszenia regulacyjnego. W Wielkiej Brytanii elementem determinującym istnienie tego obowiązku jest przede wszystkim rodzaj działalności przedsiębiorstwa będącego przedmiotem inwestycji – w przypadku, gdy podmiot przejmowany działa w Wielkiej Brytanii w co najmniej jednym z siedemnastu sektorów uznanych za wrażliwe, obowiązek zgłoszenia będzie dotyczył również inwestorów brytyjskich<sup>54</sup>. Natomiast w przypadku mechanizmu mającego zastosowania do transakcji zgłaszanych do CFIUS, podmiotem zagranicznym jest każdy podmiot (włączając osoby fizyczne, prawne, jak również rządy innych krajów) pochodzący (mający swoją siedzibę lub obywatelstwo) z krajów innych niż Stany Zjednoczone<sup>55</sup>.

### 2.3. Rodzaj transakcji

Transakcja podlega ochronie pod nowym reżimem, jeżeli przyjmuje ona formę:

- a) nabycia dominacji lub
- b) nabycia znaczącego uczestnictwa, tj. nabycia/objęcia udziałów albo akcji lub praw z udziałów, albo akcji skutkującego osiągnięciem lub przekroczeniem progu 20 i 40% ogólnej liczby głosów w organie stanowiącym podmiotu objętego ochroną, udziału w zyskach podmiotu objętego ochroną lub udziału kapitałowego w spółce osobowej.

Ocena tego kryterium również może dostarczyć wielu praktycznych problemów, jak chociażby związanych z oceną transakcji pośrednich, transakcji wewnątrzgrupowych czy transakcji polegających na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy, o czym szerzej w punkcie III niniejszego artykułu.

Spełnienie powyższych warunków oznacza, że transakcja będzie podlegała obowiązkowi zgłoszenia do Prezesa UOKiK przed jej zrealizowaniem. Do momentu zakończenia postępowania przez Prezesa UOKiK transakcja nie będzie mogła być zamknięta. Wyjątkiem jest sytuacja oceny następczej (zob. art. 12f ust. 3 uokni), która dokonywana jest już po zrealizowaniu transakcji, a zatem zamknięcie transakcji następuje przed dokonaniem zgłoszenia.

Nowy reżim przewiduje dotkliwe sankcje za brak zgłoszenia lub zrealizowanie transakcji mimo sprzeciwu Prezesa UOKiK. W przypadku wydania przez Prezesa UOKiK decyzji o sprzeciwie wobec planowanej transakcji lub dokonania transakcji bez złożenia zawiadomienia, dokonanie transakcji będzie nieważne, a przyznane prawa głosu nie będą mogły być wykonywane. Wyjątkiem od tej reguły są transakcje pośrednie realizowane w oparciu o przepisy prawa obcego, tj. transakcje polegające na nabyciu dominacji nad podmiotem z siedzibą poza granicami Polski, który z kolei

<sup>52</sup> Ibidem.

<sup>53</sup> Dotyczy to w szczególności transakcji obejmujących podmioty francuskie działające w strategicznych sektorach, tj. branży zbrojeniowej, przemyśle obronnym lub sektorze IT zajmującym się rozwiązaniami z zakresu cyberbezpieczeństwa, sztucznej inteligencji, jak również biotechnologii oraz sektorów gwarantujących bezpieczeństwo dostaw energii lub wody oraz sieci telekomunikacyjnych itp.

<sup>54</sup> Por. zał. 1–17 do *National Security and Investment Act* z 2021 r. Pozyskano z: <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2021/1264/contents> (14.09.2022).

<sup>55</sup> Por. § 800.224 Code of Federal Regulations. Pozyskano z: <https://www.ecfr.gov/current/title-31/subtitle-B/chapter-VIII/part-800/subpart-B/section-800.224> (14.09.2022).

posiada dominację lub znaczące uczestnictwo w polskim podmiocie wchodzącym w perymetr transakcji, w przypadku których sankcja nieważności nie znajdzie zastosowania. Dodatkowo, za dokonanie transakcji bez złożenia zawiadomienia grozi grzywna w wysokości do 50 mln zł lub kara pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 5 lat. Ustawa sankcjonuje również działania podmiotów prowadzących sprawę lub wykonujących prawa głosu w imieniu podmiotu zależnego, który nie dokonał zawiadomienia następczego za co przewiduje karę w wysokości grzywny do 5 mln zł lub karę pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 5 lat.

Jeśli chodzi o sankcje, to polski reżim kontroli inwestycji zagranicznych wpisuje się w światowe trendy. Dominującym trendem wśród większości mechanizmów kontroli inwestycji zagranicznych w UE jest bowiem wymóg powstrzymania się od sfinalizowania transakcji do czasu uzyskania zgody regulacyjnej (tzw. *standstill obligation*). Niedopełnienie powyższego obowiązku wiąże się zwykle z szeregiem konsekwencji dla zarówno samej transakcji, jak i stron w niej uczestniczących. Przykładowo, we Francji<sup>56</sup>, Wielkiej Brytanii<sup>57</sup> oraz Włoszech<sup>58</sup> sfinalizowanie transakcji objętej mechanizmem kontroli inwestycji zagranicznych bez wymaganej zgody regulacyjnej prowadzi do nieważności prawnej takiej czynności. W Niemczech sfinalizowanie takich transakcji jest uważane natomiast za tymczasowo nieważne, dopóki organ kontrolny nie zezwoli na przejęcie (lub nie upłynie termin na wydanie takiej zgody). W przypadku transakcji podlegających obowiązkowemu wymogowi zgłoszenia do CFIUS strony muszą odczekać 30 dni po złożeniu zgłoszenia na sfinalizowanie inwestycji. CFIUS może nałożyć kary do wartości transakcji na strony, które nie spełnią tego wymogu. W wielu krajach, obowiązek uzyskania zgody na sfinalizowanie inwestycji zagranicznych jest dodatkowo wzmacniany wprowadzeniem wysokich kar administracyjnych lub nawet przepisów karnych, które nakładają na podmioty (w tym osoby zarządzające) kary ograniczenia i pozbawienia wolności (tak jak to ma miejsce we Francji czy Wielkiej Brytanii).

### III. Ocena nowego mechanizmu kontroli inwestycji zagranicznych z perspektywy dwóch lat funkcjonowania

Dwa lata funkcjonowania nowego reżimu pozwalają na wyciągnięcie pierwszych wniosków i dokonanie oceny rozwiązań przyjętych w lipcu 2020 roku. Na wstępie należy zaznaczyć, że podczas gdy liczba prowadzonych przez Prezesa UOKiK postępowań na gruncie ustawy o kontroli niektórych inwestycji nie jest duża<sup>59</sup>, a praktyka decyzyjna jest nadal w fazie rozwoju<sup>60</sup>, to znaczenie tego mechanizmu dla oceny transakcji z elementem międzynarodowym jest ogromne.

Z uwagi na bardzo szeroki zakres ochrony przewidziany w ustawie o kontroli niektórych inwestycji, stosunkowo niski próg obrotowy pozwalający na zastosowanie wyłączenia *de minimis*

<sup>56</sup> Art. L.151-4 *Code monétaire et financier*. Pozyskano z: [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section\\_lc/LEGITEXT000006072026/LEGISCTA000006153982/#LEGISCTA000006153982/](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006072026/LEGISCTA000006153982/#LEGISCTA000006153982/) (14.09.2022).

<sup>57</sup> Art. 13(1) *National Security and Investment Act 2021*. Pozyskano z: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2021/25/section/13/enacted> (14.09.2022).

<sup>58</sup> Arty. 2(4) Dekretu ustawodawczego z 15.03.2012, nr. 21 *Norme in materia di poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni*. Pozyskano z: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legge:2012-03-15;211vig> (14.09.2022).

<sup>59</sup> Nie ma dostępnych jeszcze szczegółowych danych za rok 2022. Ze sprawozdania z działalności UOKiK za rok 2021 wynika, że w 2021 roku Prezes UOKiK prowadził dziewięć postępowań, z czego osiem wszczął w 2021 r. (zob. <https://uokik.gov.pl/download.php?plik=26510>).

<sup>60</sup> NZ publicznie dostępnych danych wynika, że na dzień 31.01.2023 r. Prezes UOKiK wydał zaledwie cztery decyzje. W trzech przypadkach odmówił wszczęcia postępowania kontrolnego i nie zgłosił sprzeciwu (dec. Prezesa UOKiK z 8.10.2020 r., DKK- 179/2020; dec. Prezesa UOKiK z 10.02.2021 r., DKK-42/2021; dec. Prezesa UOKiK z 16.11.2021 r., DKK- 248/2021). Jedna decyzja dotyczyła umorzenia postępowania (dec. Prezesa UOKiK z 3.11.2021 r., DKK-243/2021).

i szeroką kategorię inwestorów zagranicznych, wiele transakcji wymaga oceny z punktu widzenia obowiązków zgłoszeniowych. Wiąże się to z koniecznością odpowiedniego planowania transakcji i negocjowania dokumentacji transakcyjnej, o czym mowa szczegółowo w punkcie IV niniejszego artykułu.

Jak natomiast zostanie pokazane w kolejnej części artykułu, ponieważ ustawa o kontroli niektórych inwestycji i wydane na jej gruncie Wyjaśnienia proceduralne w sprawie składania Prezesowi UOKiK zawiadomień oraz prowadzenia postępowań objętych zakresem ustawy o kontroli inwestycji<sup>61</sup> są często nieprecyzyjne, a obowiązująca procedura nie przewiduje możliwości prenotyfikacji lub formalnej konsultacji z Prezesem UOKiK przed dokonaniem ewentualnego zgłoszenia, to w wielu przypadkach jednoznaczna ocena istnienia bądź braku obowiązku zgłoszenia jest bardzo trudna. Zważywszy z kolei na dotkliwe sankcje za brak zgłoszenia, prawidłowa ocena obowiązku zgłoszeniowego wiąże się często z dużym ryzykiem po stronie przedsiębiorców.

W kolejnych punktach wskażemy główne problemy związane ze stosowaniem ustawy o kontroli niektórych inwestycji, z którymi mierzymy się w praktyce, a które często wynikają z niejednoznacznego brzmienia jej przepisów lub tekstu Wytycznych, czy też niedoskonałości w technice legislacyjnej omawianego aktu prawnego.

## 1. Ustawa o kontroli niektórych inwestycji a Wytyczne – problem niespójności

Podczas gdy Wytyczne nie mają wiążącego charakteru, doświadczenie stosowania prawa przez Prezesa UOKiK wskazuje, że organ często sięga do publikowanych przez siebie dokumentów. Prezes UOKiK podkreśla to również we wstępie do Wytycznych, który stanowi że: „Wyjaśnienia nie mają charakteru prawnie wiążącego, niemniej jednak fakt ich opublikowania należy interpretować w ten sposób, iż w sprawach uregulowanych ustawą o kontroli inwestycji Prezes Urzędu stosuje się do nich”.

Jest to szczególnie istotne w nowej dziedzinie stosowania prawa, jaką jest kontrola inwestycji zagranicznych. Wobec braku rozwiniętej praktyki decyzyjnej Prezesa UOKiK czy orzecznictwa sądowego, przedsiębiorcy zdani są wyłącznie na wykładnię przepisów ustawy o kontroli niektórych inwestycji oraz postanowień Wytycznych.

Pomimo że pozytywnie oceniamy samo wydanie Wytycznych przez Prezesa UOKiK, dostrzegamy kilka obszarów, gdzie Wytyczne zamiast dawać większy komfort przedsiębiorcom, budzą ich istotne wątpliwości. Dodatkowo, w wielu miejscach można zauważyć niespójności pomiędzy Wytycznymi a ustawą o kontroli niektórych inwestycji, co często powoduje dodatkową niepewność po stronie przedsiębiorców i ich pełnomocników.

Jeśli chodzi o niespójności pomiędzy Wytycznymi a ustawą o kontroli niektórych inwestycji możemy przykładowo wskazać:

- 1) s. 21 Wytycznych: „Gdy obowiązek zawiadomienia powstał jednocześnie na podstawie art. 5 oraz art. 12f ust. 1–4 Ustawy, zawiadomienie należy zgłosić Prezesowi UOKiK na podstawie art. 12f ust. 1–4. W takiej sytuacji przyjmuje się, że obowiązek zawiadomienia na podstawie art. 5 nie powstał”. Powyższe wskazuje, że w przypadku inwestycji dotyczących podmiotów objętych ochroną na gruncie starego reżimu należałoby stosować nowe przepisy ustawy

<sup>61</sup> Wyjaśnienia proceduralne w sprawie składania Prezesowi UOKiK zawiadomień oraz prowadzenia postępowań objętych zakresem ustawy o kontroli inwestycji. Kontrola inwestycji. UOKiK. Pozyskano z: [https://uokik.gov.pl/wyjasnienia\\_i\\_wytyczne2.php](https://uokik.gov.pl/wyjasnienia_i_wytyczne2.php) (dalej: Wytyczne).

o kontroli niektórych inwestycji i dokonywać zgłoszenia transakcji do UOKiK. To zdaje się przeczyć art. 12a ust. 2 uokni, który stanowi: „Przepisów art. 12b–12k [aut.: nowy reżim] nie stosuje się do spraw dotyczących podmiotu podlegającego ochronie, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 [aut.: podmiot z listy podmiotów podlegających ochronie], prowadzonych przez organ kontroli, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 6”;

- 2) s. 38 Wytycznych: „Postępowanie kontrolne prowadzone przez Prezesa UOKiK kończy się wydaniem decyzji zezwalającej albo decyzji wyrażającej sprzeciw wobec nabycia lub osiągnięcia znaczącego uczestnictwa albo nabycia dominacji nad podmiotem objętym ochroną, w tym także w przypadku nabycia pośredniego lub następczego (art. 12h ust. 8 w zw. z art. 12j ust. 1 ustawy)”. Analizując przepisy ustawy o kontroli niektórych inwestycji nie znajdujemy jednak podstawy prawnej do wydania decyzji zezwalającej przez Prezesa UOKiK. Takie stanowisko zdaje się też potwierdzać decyzja Prezesa UOKiK w sprawie DKK-243/2021<sup>62</sup>, gdzie Prezes UOKiK po przeprowadzeniu postępowania kontrolnego i braku podstaw do wydania sprzeciwu wobec transakcji umorzył postępowanie, twierdząc, że: „Przepisy ustawy o kontroli niektórych inwestycji określają jedynie sytuacje, w których organ kontroli wyraża, po przeprowadzeniu postępowania kontrolnego, sprzeciw wobec osiągnięcia znaczącego uczestnictwa albo nabycia dominacji (art. 12j ust. 1). Nie wskazują natomiast, jakie rozstrzygnięcie należy wydać w przypadku, kiedy nie są spełnione przesłanki do wydania sprzeciwu po przeprowadzeniu postępowania kontrolnego. W związku z tym należy uznać, iż w takiej sytuacji zastosowanie będzie miał art. 105 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego, zgodnie z którym organ administracji publicznej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania, gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe”.

Dodatkowo warto wymienić niektóre poglądy wyrażone w Wytycznych, które w naszej ocenie nie znajdują ustawowego umocowania, a sam Prezes UOKiK w postępowaniach, w których mieliśmy okazję uczestniczyć, zdaje się zajmować stanowisko odmienne od wyrażonego w Wytycznych. Dobrym przykładem jest stanowisko wyrażone na s. 14 Wytycznych: „Oceniając, czy przedsiębiorca świadczy określone w ustawie rodzaje działalności informatycznej, czy też prowadzi działalność gospodarczą w enumeratywnie wymienionych branżach należy mieć na względzie faktycznie wykonywaną działalność gospodarczą bez względu na to czy jest to działalność główna, czy mająca charakter uboczny. Objęcie ochroną podmiotów, które spełniają przesłanki wskazane w ustawie nie należy również odnosić do podmiotów, które świadczą usługi informacyjne, czy pozostałe rodzaje działalności na własne potrzeby”. Pomimo że pozytywnie oceniamy wskazany w Wytycznych kierunek interpretacji ustawy o kontroli niektórych inwestycji w zakresie działalności prowadzonej przez podmiot potencjalnie objęty ochroną, należy podkreślić, że nie znajduje on swojego potwierdzenia w ustawie o kontroli niektórych inwestycji. Wymieniając różne obszary działalności chronionej w art. 12d ust. 2 i ust. 3 uokni, milczy ona na temat tego czy określona działalność ma być faktycznie prowadzona przez dany podmiot, czy ma generować obroty lub czy dane usługi lub towary mają być oferowane na rynku, a nie tylko wykorzystywane na własne potrzeby danego podmiotu. Takie stanowisko wyrażone w Wytycznych może zatem powodować istotne wątpliwości na etapie oceny obowiązku zgłoszenia, co zresztą potwierdza

<sup>62</sup> Dec. Prezesa UOKiK z 3.11.2021 r., DKK-243/2021.

praktyka stosowania ustawy o kontroli niektórych inwestycji przez Prezesa UOKiK. W jednym z prowadzonych postępowań staraliśmy się argumentować, że transakcja nie powinna podlegać zgłoszeniu z uwagi na fakt, że nabywana polska spółka prowadzi działalność chronioną wyłącznie na własne potrzeby. Prezes UOKiK nie odniósł się jednak do tego argumentu i wszczął wstępne postępowanie sprawdzające.

Powyższe niespójności pomiędzy Wytycznymi a ustawą o kontroli niektórych inwestycji z pewnością nie sprzyjają kształtowaniu pewności prawa i budowaniu poczucia przedsiębiorców o przewidywalności możliwych rozstrzygnięć podejmowanych na gruncie ustawy o kontroli niektórych inwestycji. Dlatego też w naszej ocenie pożądana jest rewizja Wytycznych, mająca na celu zaadresowanie wymienionych powyżej niedoskonałości, a także ewentualną korektę Wytycznych w oparciu o dotychczasowe doświadczenia UOKiK ze stosowaniem nowego reżimu.

## 2. Liczenie obrotów podmiotu chronionego – brak jednoznacznych wskazówek

Kolejnym elementem budzącym praktyczne wątpliwości jest sposób liczenia obrotów podmiotu, który potencjalnie może podlegać ochronie w ramach ustawy o kontroli niektórych inwestycji.

Ustawa wskazuje jedynie, że należy uwzględnić obroty spółki będącej przedmiotem transakcji osiągnane w dwóch poprzednich latach obrotowych<sup>63</sup>. Nie daje natomiast wskazówek, tak jak czyni to UOKiK w przepisach odnoszących się do kontroli koncentracji<sup>64</sup>, jak alokować obroty spółek zależnych, spółek współkontrolowanych itd. Również Wytyczne nie dają odpowiedzi w tym zakresie. Naturalnym, z uwagi na organ stosujący przepisy nowego reżimu, wydaje się sięgnięcie w tym zakresie do doświadczeń z postępowań prowadzonych przez UOKiK na gruncie kontroli koncentracji, jednak nie daje to pewności, że stanowisko Prezesa UOKiK na gruncie ustawy o kontroli niektórych inwestycji będzie tożsame.

W rezultacie, w tak kluczowej kwestii, jak ustalenie czy dany podmiot podlega ochronie na gruncie ustawy o kontroli niektórych inwestycji z uwagi na realizowane obroty, ustawa pozostawia szereg kwestii nieuregulowanych i budzących praktyczne wątpliwości.

Na marginesie warto również zaznaczyć, że nie jest zrozumiałym dlaczego w ustawie o kontroli niektórych inwestycji przewidziano, aby przeliczenia obrotów z waluty obcej na polskie złote dokonywać według kursu średniego walut obcych ogłaszanego przez Narodowy Bank Polski z ostatniego dnia roboczego miesiąca poprzedzającego miesiąc, w którym powstał obowiązek zawiadomienia<sup>65</sup>. Odejście od tradycyjnie stosowanego na gruncie kontroli koncentracji rozwiązania, zgodnie z którym przeliczenia dokonuje się po średnim kursie Narodowego Banku Polskiego z ostatniego dnia roku kalendarzowego poprzedzającego rok, w którym powstał obowiązek zgłoszenia, powoduje, że analizę kryterium obrotowego należy w praktyce powtarzać w każdym miesiącu. Biorąc pod uwagę dynamicznie zmieniające się kursy walut i czas realizacji transakcji, które często trwają miesiącami, takie rozwiązanie nie jest optymalne z punktu widzenia ekonomicznego czy biznesowego, a nie widzimy podstaw natury prawnej uzasadniających przyjęte podejście.

<sup>63</sup> Zob. art. 12d ust. 4 uokni.

<sup>64</sup> Zob. art. 16 ustawy z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. Dz. U. 2021 poz. 275).

<sup>65</sup> Zob. art. 12d ust. 5 uokni.

### 3. Zakres działalności podmiotu chronionego – nieprecyzyjne kryteria

Ocena zakresu działalności podmiotu chronionego wiąże się najczęściej z największymi trudnościami po stronie uczestników transakcji. Wpływa na to szereg czynników, jak chociażby:

- 1) bardzo szeroki katalog sektorów chronionych na gruncie ustawy o kontroli niektórych inwestycji – od sektora energetycznego, poprzez działalność telekomunikacyjną i zbrojeniową, aż po przetwórstwo żywności; w rezultacie, spółki które prowadzą działalność w sektorach powszechnie uznawanych za niewrażliwe, mogą często znaleźć się w obszarze stosowania ustawy o kontroli niektórych inwestycji;
- 2) brak jasności w zakresie aktów prawnych, do których należy się odwołać, dokonując oceny czy dany podmiot działa w określonym sektorze; ustawa o kontroli niektórych inwestycji posługuje się ogólnymi pojęciami, np. dystrybucja energii elektrycznej, produkcja wyrobów medycznych, ale nie daje odpowiedzi jakie akty prawne należy stosować, oceniając czy dana działalność mieści się w zakresie ustawy (np. czy będzie to ustawa z 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne; ustawa z 7 kwietnia 2022 r. o wyrobach medycznych itd.);
- 3) niezdefiniowanie w ustawie o kontroli niektórych inwestycji szeregu pojęć istotnych dla dokonywania oceny prowadzonej działalności, np. modyfikowanie oprogramowania, obsługa urządzeń lub systemów; w rezultacie, z uwagi na brak ustawowej definicji i niedookreślony charakter szeregu pojęć stosowanych przez ustawę o kontroli niektórych inwestycji, katalog możliwych aktywności objętych stosowaniem przepisów staje się niezwykle pojemny, a przedsiębiorcy nie mają pewności czy dana aktywność biznesowa mieści się w zakresie ustawy o kontroli niektórych inwestycji. Z naszej praktyki możemy na przykład wskazać na wątpliwości czy działalność operatora sklepu internetowego, polegająca na tworzeniu bramek (okien) do realizowania płatności w kanale on-line, może być uznana za działalność chronioną, o której mowa w art. 12d ust. 2 pkt 2 lit. d, tj. opracowywanie lub modyfikowanie oprogramowania do obsługi urządzeń lub systemów wykorzystywanych do płatności kartą. Jeśli mielibyśmy przyjąć literalną interpretację ustawy o kontroli niektórych inwestycji i udzielić odpowiedzi twierdzącej, to w zasadzie większość polskich spółek z branży e-commerce realizujących obroty przekraczające 10 mln euro rocznie podlegałyby ochronie w ramach ustawy o kontroli niektórych inwestycji;
- 4) niespójność pomiędzy Wytycznymi a ustawą o kontroli niektórych inwestycji w zakresie podejścia do oceny działalności realizowanej wyłącznie na własne potrzeby; przykładowo, wątpliwości może budzić czy przedsiębiorca prowadzący roboty budowlane i wykorzystujący w swojej działalności system radiotelefonicznej łączności dyspozytorskiej do kontaktów z pracownikami budowy i podwykonawcami przy użyciu krótkofalówek (do czego potrzebne jest zwykle pozwolenie na używanie pasma radiowego i związana z tym konieczność wpisu do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych) będzie mógł być uznany za podmiot chroniony prowadzący działalność telekomunikacyjną zgodnie z dyspozycją art. 12d ust. 3 pkt 12 uokni; choć literalna wykładnia wskazywałaby, że spełnione zostały wymogi uznania przedsiębiorcy za podmiot chroniony pod przepisami ustawy o kontroli niektórych inwestycji (podmiot wykonuje bowiem formalnie działalność telekomunikacyjną), to wykładnia celowościowa i funkcjonalna przemawiają za przeciwną konkluzją.



Powyższe pokazuje, że brak jasności w tak kluczowych kwestiach dla stosowania ustawy o kontroli niektórych inwestycji, połączone z nieprecyzyjnymi Wytycznymi, powoduje w praktyce istotne trudności dla przedsiębiorców oceniających ewentualny obowiązek dokonania zgłoszenia transakcji w ramach nowego reżimu. W rezultacie, wobec braku możliwości prenotyfikacji czy uzyskania formalnego stanowiska Prezesa UOKiK w zakresie obowiązku zgłoszenia na etapie jego oceny, przedsiębiorcy zmuszeni są często (a) inwestować czas i środki w celu zgłoszenia transakcji, które z racjonalnego punktu widzenia nie powinny być objęte ustawą o kontroli niektórych inwestycji, tylko po to, żeby Prezes UOKiK stwierdził, że transakcja nie podlega zgłoszeniu na gruncie ustawy o kontroli niektórych inwestycji i wydał postanowienia o odmowie wszczęcia wstępnego postępowania sprawdzającego lub (b) decydować się na brak zgłoszenia, opierając się na własnej wykładni niejasnych przepisów, podejmując ryzyko ewentualnej odmiennej oceny realizowanej transakcji w przyszłości przez Prezesa UOKiK.

Na pewno żadne z tych rozwiązań nie jest pożądanym, a większa jasność przepisów ustawy o kontroli niektórych inwestycji lub postanowień Wytycznych pozwoliłaby uniknąć tych problemów.

#### 4. Forma transakcji – problem właściwej oceny

Pomimo że ustawa o kontroli niektórych inwestycji dość kompleksowo podchodzi do możliwych form nabycia dominacji lub znaczącego uczestnictwa, to w praktyce zauważamy różne rodzaje transakcji, których ocena w oparciu o ustawę o kontroli niektórych inwestycji jest niejednoznaczna.

Pierwszym przykładem są transakcje wewnątrzgrupowe. Różnego rodzaju przekształcenia lub restrukturyzacje mogą często skutkować zmianami w strukturze właścicielskiej, które formalnie mogą spełniać przesłanki nabycia dominacji lub znaczącego uczestnictwa. Ustawa o kontroli niektórych inwestycji, odmiennie niż UOKiK<sup>66</sup>, nie wprowadza jednak definicji grupy kapitałowej i wyłączenia transakcji przedsiębiorców należących do tej samej grupy kapitałowej spod obowiązku zgłoszenia. W rezultacie pojawia się wątpliwość czy transakcje wewnątrzgrupowe wymagają zgłoszenia pod ustawą o kontroli niektórych inwestycji. Wykładnia funkcjonalna przepisów wskazuje, że nie, ale ich literalna interpretacja nie jest już tak oczywista.

Kolejny przykład to utworzenie wspólnego przedsiębiorcy. Ustawa nie definiuje tego rodzaju transakcji, która jest bardzo częstą formą inwestycji z kapitałem zagranicznym w Polsce. Po raz kolejny musimy zatem stosować pewne analogie do systemu kontroli koncentracji i zastanawiać się jak taką transakcję należałoby oceniać na gruncie ustawy o kontroli niektórych inwestycji. Wydaje się, że scenariusz polegający na utworzeniu nowej spółki (tzw. *greenfield JV*) z udziałem inwestora zagranicznego nie stanowiłby transakcji podlegającej zgłoszeniu na gruncie ustawy o kontroli niektórych inwestycji. Ciężko byłoby tu bowiem zidentyfikować podmiot chroniony, chociażby ze względu na brak obrotu dotychczas wygenerowanego przez nowo tworzoną spółkę. Większe wątpliwości budzi natomiast utworzenie nowej spółki na bazie istniejącego podmiotu (tzw. *brownfield JV*). Pojawia się bowiem pytanie czy wejście inwestora zagranicznego do takiej spółki, np. z jednoczesną zmianą lub rozszerzeniem przedmiotu jej działalności, będzie transakcją wymagającą ewentualnego zgłoszenia? Dodatkowo, czy zgłoszenie będzie wymagane, jeśli na w celu zrealizowania transakcji zostanie utworzona spółka celowa, do której wniesiona zostanie np. zorganizowana część przedsiębiorstwa polskiej firmy prowadzącej działalność w sektorze

<sup>66</sup> Zob. art. 14 pkt 5.

chronionym, a następnie inwestor zagraniczny nabędzie udziały w takiej spółce? Wreszcie jak w tej ostatniej sytuacji będzie należało liczyć obroty spółki będącej celem transakcji, aby przesądzić czy przekroczony jest próg *de minimis*? Czy obrót będzie się odnosił do przychodów wygenerowanych przez wnoszone mienie/zorganizowaną część przedsiębiorstwa, czy też do obrotu przedsiębiorcy wnoszącego przedmiotowe mienie/zorganizowaną część przedsiębiorstwa. Przepisy ustawy o kontroli niektórych inwestycji wskazują bowiem, że formą nabycia lub osiągnięcia znaczącego uczestnictwa może być nabycie lub wydzierżawienie od podmiotu objętego ochroną przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części<sup>67</sup>, ale już odnosząc się do kryterium obrotowego, wskazują jedynie na obrót generowany przez podmiot chroniony, a nie np. mienie podmiotu chronionego będącego celem transakcji<sup>68</sup>.

Trzeci przykład to transakcje, gdzie po stronie nabywcy działa kilku inwestorów uzyskujących wspólną kontrolę (czy też na gruncie uokni dominację) nad podmiotem chronionym. Ustawa milczy na temat nabycia wspólnej dominacji, a zatem znów otwiera się pole do interpretacji. Wprawdzie ustawa o kontroli niektórych inwestycji zawiera przepisy dotyczące nabywania znaczącego uczestnictwa lub dominacji przez grupę podmiotów działających w porozumieniu<sup>69</sup>, jednak nie regulują one wprost nabycia wspólnej dominacji. W rezultacie pojawia się wątpliwość jak oceniać tego typu transakcje, w szczególności czy koncept wspólnej dominacji jest rozpoznawany pod ustawą o kontroli niektórych inwestycji, jak ocenić osobę inwestora zagranicznego (czy wystarczającym jest żeby, jeden z wspólnie działających nabywców miał siedzibę poza UE/OECD, żeby obowiązek zgłoszenia się zmaterializował), na kim ciąży obowiązek zgłoszenia itd. Są to istotne pytania praktyczne, na które ponownie ustawa o kontroli niektórych inwestycji nie daje jednoznacznej odpowiedzi.

## 5. Zgłoszenie – trudności z określeniem podmiotu zobowiązanego do dokonania zgłoszenia

Ustawa o kontroli niektórych inwestycji i wydane na jej gruncie rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 25 lutego 2016 r. w sprawie dokumentów załączanych do zawiadomień o zamiarze nabycia lub osiągnięcia istotnego uczestnictwa albo nabycia dominacji w podmiocie podlegającym ochronie<sup>70</sup> przewidują bardzo szeroki zakres dokumentacji, której załączenie do zgłoszenia jest wymagane. Dotyczy ona m.in. dokumentacji korporacyjnej i rejestrowej zgłaszającego, informacji finansowych dotyczących zgłaszającego, danych na temat karalności zgłaszającego, jego członków zarządu i rady nadzorczej, czy wreszcie historii edukacji i zatrudnienia członków zarządu i rady nadzorczej zgłaszającego. Nasze doświadczenie pokazuje, że w przypadku spółek z siedzibą za granicą o rozbudowanej strukturze zarządczej bądź nadzorczej gromadzenie tego rodzaju dokumentacji może być procesem bardzo długotrwałym.

Na tę kwestię nakładają się trudności związane z prawidłowym określeniem zgłaszającego na gruncie ustawy o kontroli niektórych inwestycji, co powoduje ryzyko wzywania do uzupełnienia

<sup>67</sup> Zob. art. 12c ust. 5 pkt 3 uokni.

<sup>68</sup> Zob. art. 12d ust. 4 uokni.

<sup>69</sup> Zob. art. 12c ust. 6 pkt 5 i 6 uokni.

<sup>70</sup> Rozporządzenie Rady Ministrów z 25.02.2016 r. w sprawie dokumentów załączanych do zawiadomień o zamiarze nabycia lub osiągnięcia istotnego uczestnictwa albo nabycia dominacji w podmiocie podlegającym ochronie (Dz. U. 2016 poz. 324).

informacji i przedłużania postępowania, jeśli Prezes UOKiK uzna, że określone informacje należy przekazać dla innego podmiotu niż w zgłoszeniu.

Pierwsza sytuacja dotyczy transakcji pośrednich. Zgodnie z art. 12f ust. 3 obowiązek złożenia zgłoszenia następczego ciąży na nowo nabytym podmiocie zależnym inwestora zagranicznego, który z kolei posiada znaczące uczestnictwo w podmiocie objętym ochroną lub status podmiotu dominującego wobec podmiotu objętego ochroną. Pojawia się jednak pytanie, czy podmiot zależny, na którym ciąży obowiązek zgłoszeniowy, to bezpośredni udziałowiec/akcjonariusz w podmiocie chronionym, czy którakolwiek ze spółek sprawująca nad nim kontrolę, a będąca ostatecznie kontrolowana przez inwestora zagranicznego? Odpowiedź na te pytania nie jest jednoznaczna, a z punktu widzenia formalnego i zakresu dokumentacji, jaka musi być przygotowana na potrzebę zgłoszenia, są to kwestie kluczowe.

Druga sytuacja dotyczy transakcji realizowanych przez spółki celowe. Ustawa o kontroli niektórych inwestycji obowiązek zgłoszenia i zgromadzenia stosowanej dokumentacji nakłada na podmiot, który zamierza nabyć lub osiągnąć znaczące uczestnictwo albo nabyć dominację (zgłoszenie uprzednie – art. 12f ust. 1 i 2 uokni) lub podmiot zależny zagranicznego inwestora (zgłoszenie następcze – art. 12f ust. 3 uokni). Nasze doświadczenie pokazuje jednak, że transakcje są często realizowane przez spółki celowe, których weryfikacja przez Prezesa UOKiK może nie dawać odpowiedzi na pytania kim jest inwestor, kto zasiada w jego zarządzie czy radzie nadzorczej itd. W rezultacie, działając niejako z ostrożności procesowej i chcąc uniknąć przedłużania postępowania, a dokonując zgłoszenia, często gromadzimy i podajemy wymagane informacje nie tylko dla bezpośredniego uczestnika transakcji czy spółki zależnej inwestora zagranicznego, lecz także dla ostatecznego inwestora, choć literalnie nie jest to wymagane. Ten przykład ponownie obrazuje praktyczne trudności z wykładnią ustawy o kontroli niektórych inwestycji i jej odpowiednim zastosowaniem w skomplikowanych stanach faktycznych.

Podsumowując tę część rozważań, należy wskazać, że nowy reżim kontroli inwestycji zagranicznych jest rozwiązaniem pożądanym i wpisującym się w międzynarodowe trendy, choć identyfikujemy szereg obszarów, gdzie ustawa o kontroli niektórych inwestycji, Wytyczne oraz sposób ich stosowania przez Prezesa UOKiK wymagają korekty lub usprawnienia. W tym celu przedstawiliśmy powyżej swoje spostrzeżenia praktyczne, które mogą stanowić impuls do szerszej dyskusji.

Niewątpliwie rozczarowującym jest, że ustawodawca krajowy nie podjął próby oceny funkcjonowania nowego reżimu i korekty jego ewentualnych niedoskonałości, decydując się na przedłużenie jego obowiązywania w maju 2022 roku. Propozycja przedłużenia obowiązywania nowego reżimu pojawiła się w akcie zupełnie niezwiązanym z ustawą o kontroli niektórych inwestycji (tj. w ustawie o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz niektórych innych ustaw) i dla wielu osób była zaskoczeniem. Nie była poprzedzona szerszą dyskusją, konsultacjami i nie zaowocowała żadnymi zmianami do ustawy o kontroli niektórych inwestycji, poza opisywanymi powyżej przedłużeniem okresu jej obowiązywania o kolejne 3 lata i rozszerzeniem powodów dla funkcjonowania nowego reżimu.

Pomimo zatem zachowania *status quo* przez ustawodawcę, zasadnym jest podjęcie dyskusji na temat funkcjonowania nowego reżimu, która być może przyczyni się do zmian na poziomie ustawy o kontroli niektórych inwestycji bądź Wytycznych.

## IV. Transakcje międzynarodowe a kontrola inwestycji zagranicznych – problemy praktyczne

### 1. Obowiązki potencjalnego inwestora zagranicznego

Jak wskazaliśmy w punkcie II niniejszego artykułu, obecnie w Polsce obowiązują dwa systemy kontroli inwestycji, jednak tylko jeden z nich reguluje wyłącznie inwestycje zagraniczne i jego dotyczy niniejszy artykuł. Podobnie w odniesieniu do zagranicznych systemów kontroli, które omawialiśmy powyżej, dotyczą one inwestycji zagranicznych (a nie wewnątrz krajowych). Z definicji zatem analizowane przepisy wymagają uwzględnienia tylko w transakcjach międzynarodowych (transgranicznych).

Jakkolwiek pandemia COVID-19 spowolniła trendy globalizacyjne, naturalną i preferowaną ścieżką rozwoju innowacyjnych przedsiębiorstw nadal jest prowadzenie działalności na jak największej liczbie rynków geograficznych. Cel ten można osiągnąć w dwojaki sposób: przez tzw. rozwój organiczny lub przez akwizycje/połączenia. Ten sposób działania współczesnych przedsiębiorstw oznacza w praktyce, że inwestor zagraniczny planujący inwestycję w Polsce lub inwestor polski planujący inwestycję poza Polską muszą przeanalizować nie tylko czy, lecz także gdzie (w których państwach) planowana inwestycja może wymagać zgłoszenia odpowiednim organom kontrolnym (tzw. analiza multijurysdykcyjna).

#### 1.1. Analiza multijurysdykcyjna

Analiza multijurysdykcyjna jest od lat standardem w kontroli koncentracji. Nie wdając się w szczegóły, można jednak stwierdzić, że w zakresie kontroli koncentracji analiza taka jest ustandaryzowana, w czym niewątpliwie pomaga daleko idąca harmonizacja przepisów (w szczególności w ramach UE).

Sytuacja jest dużo trudniejsza w przypadku analizy kontroli inwestycji zagranicznych, przede wszystkim ze względu na istotne różnicowanie krajowych przepisów. Jeszcze do niedawna analizy takie prowadzone były tylko w transakcjach dotyczących sektorów tradycyjnie uważanych za „wrażliwe” (obrona, bezpieczeństwo publiczne). Obecnie jednak katalog sektorów chronionych jest tak szeroki i często tak nieprecyzyjny, że w praktyce każda transakcja międzynarodowa wymaga analizy multijurysdykcyjnej pod kątem kontroli inwestycji zagranicznych. Analiza taka wymaga nie tylko znajomości przepisów zagranicznych, lecz także możliwości sprawnego i efektywnego skonsultowania jej wyników z lokalnym specjalistą, a czasem nawet z lokalnym organem. Wynika to z omawianych wcześniej niejasności w przepisach oraz szczątkowego orzecznictwa i praktyki, które dopiero powstają.

Obecnie standardem stają się analizy obejmujące kilkanaście lub nawet kilkadziesiąt jurysdykcji, zazwyczaj zróżnicowanych pod względem definicji inwestora zagranicznego, sektorów chronionych, a także podmiotów chronionych. Sam ten proces, niezależnie od jego wyników (o czym poniżej) jest czasochłonny i wymaga zaangażowania specjalistów operujących w wielu jurysdykcjach, co generuje oczywiście dodatkowe koszty po stronie inwestora.

Osobnym zagadnieniem jest zakres informacji potrzebny do przeprowadzenia analizy. W praktyce wymaga ona dużej współpracy ze strony pomiotu będącego przedmiotem transakcji,

która nie zawsze może być zagwarantowana (np. podczas wezwania na akcje spółki publicznej, ogłoszonego bez wcześniejszego porozumienia z jej akcjonariuszami).

Brak natomiast takiej analizy może doprowadzić do przeprowadzenia transakcji bez wymaganej zgody, co z kolei może skutkować dotkliwymi sankcjami (z ryzykiem nieważności transakcji łącznie).

## 1.2. Zgłoszenie transakcji

Jakkolwiek nie jest to wniosek oparty na analizie statystycznej, opierając się na własnej praktyce, możemy stwierdzić, że w transakcji, w której badane jest 10 lub więcej jurysdykcji (a często także mniej), przynajmniej jedna jurysdykcja wymagała będzie zgłoszenia transakcji do organu kontroli inwestycji zagranicznych. Zazwyczaj nie będzie to wynikało z „unikalności” przedmiotu transakcji, ale z szerokich definicji przyjętych w systemach kontroli inwestycji. Bardzo często zdarzają się także sytuacje, kiedy zgłoszenie nie wydaje się być wymagane, ale ze względu na nieprecyzyjne przepisy nie można tego rozstrzygnąć jednoznacznie. W takiej sytuacji, mając w perspektywie ryzyko nieważności transakcji lub wysokie kary, inwestorzy decydują się zgłosić transakcję „na wszelki wypadek”. Dodatkowo, ponieważ większość systemów ochrony koncentracji (polski system jest tu akurat wyjątkiem), nie zawiera tzw. progów bagatelności, zdarza się, że zgłoszenie nie jest wymagane w państwie przeważającej działalności, ale jest wymagane w państwie, w którym dotychczasowa działalność była śladowa (pod względem obrotu), tylko dlatego, że np. w państwie tym założono odrębną spółkę. Z punktu widzenia efektywności systemu kontroli i zawsze ograniczonych środków publicznych, wskazane byłoby zastosowanie rozwiązań, które ograniczą (bo raczej nie wyeliminują) tego rodzaju zgłoszenia.

## 2. Wpływ na pewność i dynamikę transakcji

### 2.1. Warunki

Jakkolwiek w niektórych stanach faktycznych dopuszczalne jest zgłoszenie transakcji po jej dokonaniu, w większości przypadków zgoda (brak sprzeciwu) organu, jeśli jest wymagana, musi być uzyskana przed jej dokonaniem. Oznacza to konieczność zawarcia umowy warunkowej i wprowadzenia warunku uzyskania zgody organu. Wymaga to również dodatkowych negocjacji pomiędzy stronami dotyczących alokacji ryzyka (nieuzyskania zgody), współpracy podczas zgłaszania (w szczególności w zakresie dostarczania organowi wymaganych informacji), a także czasu, jaki strony są gotowe czekać na uzyskanie zgody. Tego typu postanowienia, wyjątkowe jeszcze kilka lat temu, obecnie stają się standardem i często przedmiotem trudnych negocjacji.

### 2.2. Aukcje

Wskazane powyżej kwestie mają zastosowanie także w transakcjach „jeden na jeden”, ale ich znaczenie jest zwielokrotnione w sytuacji, kiedy potencjalnych inwestorów jest kilku, a sprzedawca porównuje ich oferty w celu uzyskania najkorzystniejszych warunków. W takim (wcale nierzadkim) przypadku, wymogi dotyczące kontroli inwestycji zagranicznych stają się kolejnym czynnikiem, który sprzedawca będzie brał pod uwagę, wybierając najlepszą ofertę. Może to prowadzić do

sytuacji, w której oferta z innych powodów lepsza, ale dająca mniejszą pewność dokonania transakcji, albo wymagająca więcej czasu (ze względu na konieczność uzyskania dodatkowej zgody/zgod), przegra z ofertą gorszą, ale obwarowaną mniejszą ilością warunków.

### 2.3. Brak pewności prawa

Kolejnym problemem dla pewności obrotu jest duża dynamika zmian przepisów. Najbliższy nam przykład to przedłużenie obowiązywania ustawy o kontroli niektórych inwestycji, która miała obowiązywać jedynie do 24 lipca 2022 r., a nowelizacja przedłużająca ten okres o 3 lata weszła w życie 1 lipca 2022 roku. Aby się zabezpieczyć przed takimi zmianami, strony wprowadzają już nawet do umów zapisy „na wypadek zmian” przepisów o kontroli inwestycji. Są one jednak z definicji ułomne, ponieważ próbują regulować sytuacje przyszłe i nieznane.

## V. Podsumowanie

W świetle niedawnej decyzji o przedłużeniu obowiązywania ustawy o kontroli niektórych inwestycji oraz zważywszy na światowe i europejskie trendy w zakresie kontroli inwestycji zagranicznych jasnym jest, że nowy reżim kontroli inwestycji nie będzie jedynie czasowym rozwiązaniem na czas kryzysu związanego z pandemią. Co za tym idzie, każda transakcja międzynarodowa z elementem polskim będzie wymagała w (przewidywalnej) przyszłości zweryfikowania czy mogą mieć do niej zastosowanie obowiązki wynikające z ustawy o kontroli niektórych inwestycji.

Choć nowy reżim kontroli inwestycji zagranicznych w Polsce „zapożycza” z europejskich rozwiązań i nawiązuje do systemu kontroli koncentracji, przyjmuje szereg swoistych rozwiązań i przepisów, co do których interpretacji pojawiają się poważne wątpliwości. Jednocześnie, jak wskazujemy, brakuje w odniesieniu do kontroli inwestycji zagranicznych „europejskiego mianownika”, który to pozwala przykładowo w odniesieniu do prawa ochrony konkurencji na zaadresowanie niektórych wątpliwości czy luk prawnych. W tym kontekście oraz zważywszy na dotkliwość sankcji, które mogą być nałożone na podstawie ustawy o kontroli niektórych inwestycji, potrzeba przywrócenia pewności prawa i zapewnienia transparentności jego stosowania w przyszłości staje się coraz bardziej paląca.

Jako organ wykonujący przepisy ustawy o kontroli niektórych inwestycji, UOKiK zapewne wypracował stanowisko w odniesieniu do różnych zagadnień opisywanych przez nas powyżej. Wydaje się zatem, że podsumowanie dotychczasowego doświadczenia w stosowaniu ustawy o kontroli niektórych inwestycji i przyjęcie nowych Wytycznych mogłyby zaadresować przynajmniej niektóre z istotnych pytań dotyczących zakresu zastosowania ustawy o kontroli niektórych inwestycji. Byłoby także celowe uruchomienie procedury formalnych konsultacji, w ramach których na podstawie krótkiego opisu stanu faktycznego UOKiK byłby w stanie potwierdzić czy ustawa o kontroli niektórych inwestycji znajduje zastosowanie w określonej sytuacji.

W dłuższej perspektywie ułatwieniem dla inwestorów byłaby natomiast próba (choćaby ograniczonego) zharmonizowania przepisów dotyczących kontroli inwestycji zagranicznych na poziomie europejskim, być może oparta na doświadczeniu najbardziej zaawansowanych w Europie jurysdykcji (Austria, Francja, Hiszpania, Niemcy i Włochy). Taka harmonizacja mogłaby usprawnić *screening* międzynarodowych transakcji pod kątem przepisów o kontroli inwestycji zagranicznych

i wprowadzić wspólny mianownik, na podstawie którego przynajmniej na poziomie europejskim inwestorzy byłiby w stanie sprawnie ocenić czy planowane transakcje będą wymagały notyfikacji na podstawie przepisów o kontroli inwestycji zagranicznych. Oczywiście taka harmonizacja musiałaby mieć swoje ograniczenia, chociażby z uwagi na zakres obszarów tradycyjnie objętych przepisami o kontroli inwestycji zagranicznych, np. obronność, porządek publiczny czy bezpieczeństwo narodowe. Zdecydowanie większe szanse powodzenia miałyby propozycja harmonizacji procedur, ogólnych zasad czy mechanizmów na poziomie unijnym niż próba ujednoczenia merytorycznych kryteriów oceny transakcji, które to kryteria muszą pozostawić państwom członkowskim możliwość odpowiedniego zaadresowania ich szczególnych potrzeb w obszarach, w których kompetencje nie zostały sędowane na rzecz UE.

## Bibliografia

- Ahlborn, C., Barth, C., & dos Santos Goncalves, D. (2020, 17 December). Foreign investment: An overview of EU and national case law. *e-Competitions Foreign Direct Investment, (98126)*.  
Pozyskano z: <https://www.concurrences.com/en/bulletin/special-issues/foreign-investment/foreign-investment-an-overview-of-eu-and-national-case-law-98126>
- Dumkiewicz, M. (2020). *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. Wolters Kluwer/LEX.
- Mataczyński, M. (red.). (2016). *Ustawa o kontroli niektórych inwestycji. Komentarz*. Wolters Kluwer/LEX.

## Problem uwzględniania pozaekonomicznych czynników oceny koncentracji przez Prezesa UOKiK na przykładzie pluralizmu mediów

### Spis treści

- I. Wstęp
- II. Prawne ramy kontroli koncentracji
  1. Granice interesu publicznego w kontroli koncentracji
  2. Podstawa prawna dozwolenia i zablokowania koncentracji
  3. Kontrola koncentracji w szczególnych sektorach
  4. Zasada legalizmu
- III. Modele ujęcia pluralizmu mediów w ramach kontroli koncentracji
  1. Pojęcie „pluralizmu mediów”
  2. Pluralizm jako cel prawa konkurencji
  3. Pluralizm jako element dobrobytu konsumentów
  4. Pluralizm jako element interesu publicznego
- IV. Próba konceptualizacji analizy koncentracji pod kątem ochrony pluralizmu mediów
- V. Podsumowanie

### Streszczenie

Na początku 2021 roku Prezes UOKiK wydał w odstępie kilku tygodni dwie decyzje w sprawie zamierzonych koncentracji na rynkach medialnych, które wywołały ożywioną dyskusję nie tylko wśród specjalistów prawa konkurencji, lecz także w szerszym środowisku prawniczym, a nawet w dyskursie publicznym. Paliwa tej debacie dodało wydanie w połowie 2022 roku wyroków sądowych, z których jeden uchylił decyzję Prezesa UOKiK w sprawie planowanego przejęcia Eurozet sp. z o.o. przez Agora SA, a drugi utrzymał w mocy przejęcie Polska Press sp. z o.o. przez Polski Koncern Naftowy ORLEN SA. Jednym z kluczowych aspektów przedmiotowej dyskusji jest próba umiejscowienia kategorii pluralizmu mediów w procesie kontroli koncentracji oraz odpowiedzi na pytania, czy i na ile Prezes UOKiK powinien brać tę wartość pod uwagę w swoich postępowaniach. Pierwszym celem niniejszego artykułu jest rozważenie i krytyka potencjalnych modeli ujęcia pluralizmu mediów w ramach kontroli koncentracji. Drugim – jest próba konceptualizacji analizy koncentracji pod kątem ochrony pluralizmu mediów, a w jej wyniku próba odpowiedzi na pytanie, czy można rozsądnie oczekiwać, że ocena wpływu koncentracji

\* Radca prawny, współpracownik kancelarii Baker & McKenzie Krzyżowski i Wspólnicy sp.k., uczestnik Prawniczych Studiów Doktorskich w INP PAN; e-mail: mkd@list.pl. ORCID <https://orcid.org/0000-0002-3335-9824>. Opinie wyrażone w tym artykule są poglądami autora.



na pluralizm mediów mogłaby przynieść istotnie odmienne rozstrzygnięcia, aniżeli tradycyjna analiza ekonomiczna dokonana na podstawie testu istotnego ograniczenia konkurencji na rynku właściwym.

**Słowa kluczowe:** prawo konkurencji; kontrola koncentracji; pluralizm mediów.

**JEL:** K21

## I. Wstęp

Na podstawie decyzji nr DKK-1/2021<sup>1</sup>, Prezes UOKiK zakazał dokonania koncentracji polegającej na przejęciu przez Agora SA kontroli nad Eurozet sp. z o.o. W wydanej wkrótce potem decyzji nr DKK-34/2021<sup>2</sup> Prezes UOKiK wyraził zgodę na przejęcie przez Polski Koncern Naftowy ORLEN SA kontroli nad Polska Press sp. z o.o. Wymienione decyzje oraz następujące po nich postępowania odwoławcze (na chwilę oddania niniejszego artykułu zakończone w sprawie *PKN ORLEN/Polska Press*<sup>3</sup>, a niezakończony prawomocnie w sprawie *Agora/Eurozet*<sup>4</sup>) wywołały ożywioną dyskusję nie tylko wśród specjalistów prawa konkurencji i innych prawników, lecz także w szerszym dyskursie publicznym. Jednym z najistotniejszych dyskutowanych zagadnień był domniemany obowiązek uwzględnienia przez Prezesa UOKiK w jego praktyce decyzyjnej wpływu zamierzonych koncentracji na pluralizm mediów (choć rozstrzygnięcie tej kwestii musiałyby mieć wpływ na szerszą praktykę decyzyjną Prezesa UOKiK, np. dotyczącą porozumień ograniczających konkurencję). Mimo że wspomniana dyskusja wynikała z rozstrzygnięć w konkretnych sprawach, a więc jej pojawienie się ma charakter „punktowy”, to wpisuje się ona w szerszą debatę na temat uwzględniania czynników pozaekonomicznych w analizie prawnokonkurencyjnej<sup>5</sup>. Wydaje się, że spostrzeżenia dotyczące konieczności oraz możliwości uwzględnienia pluralizmu mediów w praktyce decyzyjnej organów ochrony konkurencji można analogicznie odnosić do innych proponowanych pozaekonomicznych czynników oceny koncentracji. Niewątpliwie pluralizm mediów ma swoją specyfikę wynikającą z jego powiązania z jedną z wartości konstytucyjnych (praw podstawowych), jaką jest wolność słowa. Niemniej jednak, do pluralizmu mediów odnoszą się okoliczności wspólne

<sup>1</sup> Dec. Prezesa UOKiK z 7.01.2021 r., DKK-1/2021 (*Agora/Eurozet*).

<sup>2</sup> Dec. Prezesa UOKiK z 5.02.2021 r., DKK-34/2021 (*PKN ORLEN/Polska Press*).

<sup>3</sup> Odwołanie od wspomnianej decyzji złożył 5.03.2021 r. Rzecznik Praw Obywatelskich. Wyrokiem z 7.06.2022 r., XVII Ama 43/21, SOKiK oddalił odwołanie. SOKiK oparł swój wyrok w głównej mierze na spostrzeżeniu, że ocena spełnienia przesłanki zachowania pluralizmu mediów nie należy do kompetencji Prezesa UOKiK w postępowaniu dotyczącym kontroli koncentracji. Tym samym, uwzględnienie przez Prezesa UOKiK tej przesłanki „byłoby działaniem pozbawionym podstawy prawnej i pozostającym poza granicami prawa” oraz „uniemożliwiałoby przedsiębiorcom planującym koncentrację wstępną analizę, czy w świetle przepisów obowiązującego prawa istnieją szanse na jej zrealizowanie”. Zarówno sam wyrok, jak i jego uzasadnienie należy uznać za co do zasady trafne w świetle rozważań przedstawionych w dalszej części niniejszego artykułu. W oświadczeniu z 3.08.2022 r. Rzecznik Praw Obywatelskich poinformował, że postanowił nie wnosić apelacji. Zob. <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/rpo-oswiadczenie-konieczne-zmiany-prawne-koncentracja-rynek-mediow>.

<sup>4</sup> Na skutek odwołania Agora SA od decyzji Prezesa UOKiK, SOKiK wydał wyrok 12.05.2022 r., XVII AmA 61/21, którym zmienił wspomnianą decyzję w ten sposób, że wydał zgodę na dokonanie koncentracji. W rozstrzygnięciu tym SOKiK uznał, że Prezes UOKiK nie uwiarygodnił proponowanej teorii szkody (czyli ryzyka ograniczenia konkurencji poprzez wystąpienie skutków skoordynowanych), w stopniu który uzasadniałby zakaz koncentracji (pkt 169–170 uzasadnienia wyroku). W ocenie SOKiK, Prezes UOKiK przyjął wprawdzie trafne kryteria dla oceny wystąpienia skutków skoordynowanych (pkt 197–199), natomiast nie dochował standardu dowodu, jakim w przypadku analizy *ex ante* w sprawach koncentracji jest wykazanie, że przewidywany przez organ scenariusz wpływu zamierzonej koncentracji na rynek jest wysoce prawdopodobny, a nawet najbardziej prawdopodobny spośród możliwych koncepcji (pkt 147–156). Jednocześnie, SOKiK odmówił zasadności wniosku Agora SA o stwierdzenie, że zaskarżona decyzja Prezesa UOKiK została wydana bez podstawy prawnej albo z rażącym naruszeniem prawa (pkt 298–299). Z perspektywy niniejszego artykułu zasadnicze znaczenie ma fakt, że zarówno decyzja, jak i wyrok mieściły się w ramach analizy wyznaczonych przez uokik, wobec czego należy uznać je za co do zasady poprawne oraz zgodne z zasadą legalizmu. Zgodnie z raportem bieżącym Agora SA nr 28/2022, 26 lipca 2022 r. Prezes UOKiK złożył apelację od wyroku SOKiK. Zob. <https://www.agora.pl/28-2022-apelacja-prezesa-urzedu-ochrony-konkurencji-i-konsumentow-od-wyrok-sadu-i-instancji-w-zmieniajacego-w-calosci-decyzje-prezesa-uokik-z-7-stycznia-2021-r-zakazujaca-koncentracji-polegajacej-na-przejeciu-przez-agore-s-a-kontroli-nad-eurozet-sp-z-o-o>.

<sup>5</sup> Która to debata w niektórych jurysdykcjach przekształcała się już w zauważalny trend działań organów ochrony konkurencji.

dla wszystkich pozaekonomicznych czynników oceny koncentracji, w szczególności brak precyzyjnego umocowania ustawowego (kompetencji) Prezesa UOKiK do uwzględniania tej kwestii w swojej praktyce, wątpliwości wynikające z aksjologii prawa konkurencji oraz konfliktu z celami uokik, a także oczekiwanie aktywizmu organu ochrony konkurencji w rozwiązywaniu problemów społecznych, w które nie jest on władny ingerować. W świetle powyższego należy uznać za badawczo uzasadnione rozpatrzenie problemu uwzględniania pozaekonomicznych czynników oceny koncentracji przez Prezesa UOKiK na przykładzie pluralizmu mediów, uwzględniając wypowiedzi związane ze sprawami *PKN ORLEN/Polska Press* oraz *Agora/Eurozet*.

Analiza tak zakreślonego problemu wymaga odpowiedniej perspektywy metodologicznej. Wydaje się, że rozważania należy rozpocząć od omówienia prawnych ram kontroli koncentracji, w szczególności zaś granic interesu publicznego w kontroli koncentracji, mając na względzie fakt, że pluralizm mediów i inne pozaekonomiczne czynniki oceny koncentracji właśnie w kategoriach interesu publicznego są najczęściej opisywane. W drugim kroku należy rozważyć, we wcześniej ustalonych ramach prawnych, potencjalne modele ujęcia pluralizmu mediów (i podobnych czynników) w ramach kontroli koncentracji. Na podstawie tak przeprowadzonej analizy można podjąć próbę konceptualizacji analizy koncentracji pod kątem ochrony pluralizmu mediów. Z jednej strony powinno to umożliwić ocenę, czy *de lege lata* w ogóle możliwe jest zgodne z prawem przeprowadzenie takiej analizy przez Prezesa UOKiK w ramach postępowania antymonopolowego w sprawach koncentracji, co postulował w pierwszym rządzie Rzecznik Praw Obywatelskich w odwołaniu od decyzji Prezesa UOKiK w sprawie *PKN ORLEN/Polska Press*. Z drugiej zaś – powinno to dać podstawę do próby odpowiedzi na pytanie, czy można rozsądnie oczekiwać, że ocena wpływu koncentracji na pluralizm mediów mogłaby przynieść istotnie odmienne rozstrzygnięcia, aniżeli tradycyjna analiza ekonomiczna dokonana na podstawie testu istotnego ograniczenia konkurencji na rynku właściwym.

## II. Prawne ramy kontroli koncentracji

### 1. Granice interesu publicznego w kontroli koncentracji

Nie ulega wątpliwości, że uokik służy przede wszystkim realizacji interesu publicznego w ochronie konkurencji (Bernatt, Jurkowska-Gomułka i Skoczny, 2014, s. 731). Pojęcie „interesu publicznego” nie zostało jednak wprost i jednoznacznie zdefiniowane w uokik. Wobec tego, klauzula interesu publicznego, jako klauzula generalna, „podlega dookreśleniu poprzez poszczególne przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów” (Blicharz, Horubski i Pawełczyk, 2018, s. 684). W piśmiennictwie powszechnie zaakceptowano pogląd M. Bernatta, A. Jurkowskiej-Gomułki i T. Skoczno, że interes publiczny w ochronie konkurencji ma dwie funkcje: jurysdykcyjną, w której służy „wyznaczeniu granic dla interwencji Prezesa [UOKiK]” oraz ewaluacyjną, w której służy „dookreśleniu rzeczywistego zakresu zastosowania [uokik]” (Bernatt i in., 2014, s. 734–739, zob. też Miąsik i Skoczny, 2014, s. 27, gdzie w swej funkcji ewaluacyjnej interes publiczny jest określany jako „przesłanka interwencyjna”).

W odniesieniu do kontroli koncentracji granice interesu publicznego zostały normatywnie określone w uokik poprzez przyznanie Prezesowi UOKiK upoważnienia do kontroli wyłącznie tych koncentracji, których uczestnicy przekroczyli określone progi obrotowe oraz które nie należą do

szczególnych kategorii niewymagających zdaniem ustawodawcy interwencji ze strony regulatora (Miąsik i Skoczny, 2014, s. 35). Okoliczności i kryteria, od których uzależniony jest obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji są jasne i nie pozostawiają Prezesowi UOKiK luzu decyzyjnego (Banasiński, 2015, s. 380), z czego nieodzownie wynika konstatacja, że Prezes UOKiK nie może wykroczyć poza przepisane ramy i oczekiwać zgłoszenia (ani nawet rozpoznawać zgłoszonej) koncentracji w przypadku niespełnienia wspomnianych okoliczności i kryteriów, nawet jeżeli przemawiałby za tym interes publiczny, na przykład wynikający z jakichkolwiek wartości konstytucyjnych.

Poza wyżej opisaną funkcją jurysdykcyjną, przesłanka interesu publicznego w ochronie konkurencji pełni również funkcję ewaluacyjną, która „może skutkować zarówno zawężeniem, jak i rozszerzeniem zakresu ingerencji (interwencji) organów ochrony konkurencji ograniczającej w wolność gospodarczą i własność prywatną”<sup>6</sup> (Bernatt i in., 2014, s. 734). Z pewnością przynajmniej częściowo wynika to z faktu, że kryteria oceny planowanych koncentracji nacechowane są dyskreccjonalnością organu antymonopolowego (Banasiński, 2015, s. 380), przez co Prezes UOKiK może, nawet *a casu ad casum*, wyklądać ich treść w sposób nacechowany większym lub mniejszym rygoryzmem oraz kładąc nacisk na inne przesłanki uzasadniające podjęcie decyzji w sprawie koncentracji. Należy przy tym odnotować, że według SN „[p]ojęcie interesu publicznego należy interpretować przez pryzmat aksjologii ustawodawstwa antymonopolowego”<sup>7</sup>. Z tego stanowiska wprost wynika konkluzja, że to, jakie działania przedsiębiorców (w tym również koncentracje) będą uznane za antykonkurencyjne zależy od celu lub celów ustawodawstwa antymonopolowego (Bernatt i in., 2014, s. 740). To, czy ochrona pluralizmu mediów jest uzasadnionym celem prawa konkurencji wydaje się aktualnie budzić pewne kontrowersje (Banasiński i Rojszczak, 2021, *passim*, zob. też Polański, 2021, *passim*), które jednak trudno uzasadnić na gruncie stricte prawnym<sup>8</sup>.

Rozważania na temat granic interesu publicznego w ochronie konkurencji należy uzupełnić omówieniem przewidzianej w art. 20 ust. 2 uokik możliwości stwierdzenia przez Prezesa UOKiK, że w określonej sprawie ochrona konkurencji nie leży w interesie publicznym, a w konsekwencji wyrażenia zgody na koncentrację, w której wyniku konkurencja na rynku zostanie istotnie ograniczona. Co prawda uokik jedynie bardzo ogólnie wskazuje, że Prezes może podjąć decyzję nadzwyczajną zawsze, gdy uzna to za „uzasadnione”, jednak ze względu na fakt, że zgoda nadzwyczajna przełamuje aksjologiczne podstawy reguł kontroli koncentracji wydaje się, że takie uzasadnienie musi być dostatecznie doniosłe. Uzasadnienie to powinno się zatem opierać na przyznaniu pierwszeństwa innemu, pochodzącemu spoza aksjologii uokik, interesowi publicznemu przed wartością, jaką stanowi ochrona konkurencji (Miąsik i Skoczny, 2014, s. 35). Należy podkreślić, że uokik nie przewiduje sytuacji odwrotnej, tzn. możliwości niewyrażenia przez Prezesa UOKiK zgody na koncentrację, w której wyniku konkurencja na rynku nie zostanie istotnie ograniczona, ze względu na ochronę innego interesu publicznego – również opartego na wartościach konstytucyjnych (Semeniuk, 2016, s. 26). Odmienne uregulowanie tych dwóch stanów, czyli możliwości udzielenia nadzwyczajnej zgody na koncentrację oraz nadzwyczajnego zablokowania koncentracji przez Prezesa UOKiK, musi być uznane za doniosłe prawnie. W piśmiennictwie na podstawie wypowiedzi SN, że „konkurencja na rynku, dzięki której konsumenci zyskują na szerszym wyborze

<sup>6</sup> Należy zauważyć, że temat funkcji ewaluacyjnej przesłanki interesu publicznego jest w literaturze dyskutowany głównie na gruncie regulacji antytrudostowej (porozumień ograniczających konkurencję oraz nadużywania pozycji dominującej).

<sup>7</sup> Wyr. SN z 16.10.2008 r., III SK 2/08 (Legalis).

<sup>8</sup> Zob. szerzej na ten temat punkt III.2 niniejszego artykułu.

nowych towarów, ich wyższej jakości, niższych cenach, bądź dogodniejszych warunkach zakupu”<sup>9</sup> przedstawiono stanowisko, iż w sprawach z zakresu kontroli koncentracji Prezes UOKiK powinien (jak się wydaje rutynowo) brać pod uwagę argumenty aksjologiczne spoza spektrum celów prawa ochrony konkurencji. W zakresie, w jakim nie da się tych argumentów uwzględnić w ramach testu konkurencji, „można to zrobić w ramach przesłanki ewaluacyjnej »interesu publicznego w ochronie konkurencji«” (Bernatt i in., 2014, s. 742). Przez wzgląd na konieczność zapewnienia pewności prawa, przewidywalności decyzji stosowania prawa oraz potrzebę ochrony zasady praworządności trudno jednak zaakceptować przyznanie „zewnętrznemu” interesowi prawnemu pierwszeństwo nad celami ekonomicznymi wynikającymi z aksjologii uokik, począwszy od ochrony konkurencji, a skończywszy na zapewnieniu dobrobytu konsumentów. Ponadto, nie sposób uzasadnić na tej podstawie możliwości podjęcia przez Prezesa UOKiK decyzji o zakazie koncentracji, która nie doprowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji na rynku.

## 2. Podstawa prawna dozwolenia i zablokowania koncentracji

Zgodnie z art. 18 uokik, Prezes UOKiK „wydaje zgodę na dokonanie koncentracji, w wyniku której konkurencja na rynku nie zostanie istotnie ograniczona, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku”. Tożsamy test ma zastosowanie do wydawania przez Prezesa UOKiK zgód warunkowych zgodnie z art. 19 uokik. Z kolei zgodnie z art. 20 ust. 1 uokik, Prezes UOKiK zakazuje dokonania koncentracji, „w wyniku której konkurencja na rynku zostanie istotnie ograniczona, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku”. Sposób sformułowania przytoczonych przepisów nie pozostawia wątpliwości co do tego, że „zgodą na dokonanie koncentracji **musi być wydana**, gdy w ocenie Prezesa UOKiK w wyniku danej koncentracji konkurencja będzie wprowadzie ograniczona, ale ograniczenie to będzie nieistotne”, a tym bardziej, „zgodę Prezes UOKiK **musi wydać**, gdy w wyniku koncentracji konkurencja nie będzie ograniczona wcale”<sup>10</sup> (Skoczny i Aziewicz, 2014, s. 650).

Jednakże, pewien zakres luzu decyzyjnego może wynikać z faktu, że samo pojęcie „istotnego ograniczenia konkurencji” nie zostało ustawowo zdefiniowane i pozostaje niedookreślone, w związku z czym musi być „precyzowane w każdym stanie faktycznym koncentracji indywidualnie” (Banasiński i Piontek, 2009, art. 18, t. 4). Ustawa bowiem jedynie przykładowo (sformułowanie „w szczególności”) wskazuje, że do istotnego ograniczenia konkurencji może dojść w wyniku powstania lub umocnienia pozycji dominującej przedsiębiorcy na rynku. Nie ulega wątpliwości, że istotne ograniczenie konkurencji może nastąpić również w innych okolicznościach, w wyniku wystąpienia antykonkurencyjnych skutków skoordynowanych lub nieskoordynowanych, w ramach koncentracji zarówno horyzontalnych, jak i niehoryzontalnych (zob. szerzej np. Stawicki, 2016, s. 505–526). Niemniej jednak, powszechnie przyjmuje się, że ocena wystąpienia takich skutków odbywa się w kategoriach ekonomicznych, w szczególności zaś rozpoznanie okoliczności uzasadniających stwierdzenie ryzyka istotnego ograniczenia konkurencji w wyniku określonej koncentracji powinno być oparte na dorobku nauk ekonomicznych (Bernatt i in., 2014, s. 734). O ile zatem pojęcie „istotnego ograniczenia konkurencji” jest nieostre i wymaga doprecyzowania *a casu ad*

<sup>9</sup> Wyr. SN z 20.11.2008 r., III SK 12/08. Choć upatrywanie wzrostu dobrobytu konsumentów w samym uzyskaniu szerszego wyboru towarów, zwłaszcza kosztem zawyżenia ceny, może budzić kontrowersje; zob. Wright i Ginsburg, 2013, *passim*.

<sup>10</sup> Podkreślenia własne.

*casum*, o tyle w tym ćwiczeniu nie ma miejsca dla wartości pozaekonomicznych. Jedynie w sytuacji, w której Prezes UOKiK wydaje zgodę wyjątkową na podstawie art. 20 ust. 2 uokik, zastosowanie mają inne kryteria, charakterem związane z ochroną innych niż konkurencja wartości, mieszczących się w interesie publicznym (Stawicki, 2016, s. 564).

Test określony w art. art. 18–20 uokik dotyczy *expressis verbis* konkurencji „na rynku”. Nie budzi przy tym istotnych kontrowersji, że w istocie chodzi o rynek właściwy w rozumieniu uokik (Kohutek, 2014, s. 524). Sposób określania rynku właściwego jest opisany w uokik, a znacznie bardziej szczegółowo również w innych aktach prawa, w instrumentach *soft law*, orzecznictwie i piśmiennictwie, niemniej jednak zawsze jest to zadanie oparte na analizie ekonomicznej. Niemniej jednak można sobie wyobrazić, że elementy istotne dla istnienia pluralizmu mediów znajdowałyby odzwierciedlenie w definicji rynku właściwego, choćby w odniesieniu do jakości produktów (przy czym takie współwystępowanie miałyby raczej charakter koincydencji niż konsekwencji).

Marginalne znaczenie ma w obecnej analizie trafny skądinąd argument, że ochrona konkurencji nie jest celem samym w sobie, lecz służy ultymatywnemu celowi, jakim – zgodnie z dość powszechnym w polskim piśmiennictwie i orzecznictwie konsensusem – jest zapewnienie dobrobytu konsumentów. Dobrobyt konsumentów w rozumieniu przyjmowanym na potrzeby analiz prawnokonkurencyjnych ma bowiem również wymiar ściśle ekonomiczny. Należy w tym miejscu podkreślić, że nie można *a priori* wykluczać zmiany ekonomicznego paradygmatu prawa konkurencji na korzyść (szerszego) uwzględnienia wartości pozaekonomicznych, natomiast nie sposób zaakceptować dokonania tak zasadniczej, istotowej zmiany reguł w inny sposób niż na podstawie interwencji ustawodawcy (zob. szerzej Derdak, 2021, s. 56–63).

### 3. Kontrola koncentracji w szczególnych sektorach

Poza kontrolą koncentracji w ramach prawa konkurencji, ustawodawcy w poszczególnych jurysdykcjach mogą wprowadzić dodatkowe zasady nieantymonopolowej kontroli koncentracji w sektorach lub sprawach uznawanych przez właściwego ustawodawcę za istotne ze względu na interes publiczny. Takie regulacje mogą dotyczyć w szczególności sektorów związanych z obronnością, energetyką, bankowością i innymi instytucjami finansowymi, sektorem zdrowotnym, medialnym czy też nabywania nieruchomości lub kluczowych urządzeń infrastrukturalnych. Tę prerogatywę ustawodawców w Państwach Członkowskich rozpoznaje również, choć w ograniczonym zakresie, Unia Europejska. Pluralizm mediów jest jednym z trzech uznanych *a priori* w art. 21 ust. 4 rozporządzenia 139/2004 interesów uprawnionych<sup>11</sup>, na których podstawie Państwa Członkowskie zawsze mogą dodatkowo weryfikować koncentracje o wymiarze wspólnotowym na podstawie szczególnych przepisów krajowych. Pozostałymi interesami uprawnionymi wskazanymi w przywołanym przepisie są bezpieczeństwo publiczne<sup>12</sup> oraz reguły ostrożnościowe odnoszące się do koncentracji dotyczących instytucji finansowych. Źródłem tej normy jest założenie, że w określonych okolicznościach interes publiczny inny niż konkurencja wymaga równoważnej z nią ochrony, a nawet może być zasadne przyznanie ochronie takiego interesu publicznego pierwszeństwa przed ochroną konkurencji (Skoczny, 2012b, s. 51–52).

<sup>11</sup> Szerzej na temat tego pojęcia w kontekście pluralizmu mediów zob. Dudzik, 2010, s. 130–138.

<sup>12</sup> Z czego należy wywodzić ograniczenia nabywania nieruchomości przez cudzoziemców czy też kontrolę koncentracji na rynku farmaceutycznym przez inspekcję farmaceutyczną, zob. Semeniuk, 2016.

Większość Państw Członkowskich wprowadziło przepisy mające zapobiegać nadmiernej koncentracji na rynkach mediów, w wymiarach zarówno horyzontalnym i wertykalnym, jak i krzyżowym, tzn. pomiędzy poszczególnymi rodzajami mediów (Stępka, 2007, s. 85–86). Należy jednak zauważyć, że w większości z tych jurysdykcji regulacja obejmuje głównie telewizję i radio (Rostek, 2015, *passim*), a niektóre Państwa Członkowskie, np. Dania, Estonia, Litwa, Polska czy Portugalia, w ogóle nie wprowadziły takich przepisów antykoncentracyjnych (Stępka, 2007, s. 85).

Wreszcie, w różnych jurysdykcjach funkcjonują odmienne uregulowania w zakresie szczególnych zasad nadzoru nad koncentracjami na rynkach mediów, jak również w zakresie wzajemnych relacji (konfliktu) między kontrolą koncentracji opartą na ekonomicznym teście ograniczenia konkurencji a szczególnymi regulacjami sektorowymi zakorzenionymi w wartościach pozaekonomicznych, w szczególności pluralizmie mediów (Skoczny, 2012a, s. 218). Należy przy tym wskazać, że dotychczas niezmiernie rzadkie były odwołania do pluralizmu mediów jako interesu uprawnionego w rozumieniu art. 21 ust. 4 rozporządzenia 139/2004 umożliwiającego organom Państw Członkowskich interwencję w sprawie koncentracji rozpoznawanej przez Komisję Europejską (Skoczny, 2012a, s. 223–224).

Należy uznać za w pełni trafny pogląd, że ustawodawca wprowadza prawne lub regulacyjne bariery wejścia na rynki produktowe, „na których zachodzi konieczność ochrony innych wartości, uznanych za wartości wyższe niż istnienie i ochrona skutecznej (wolnej) konkurencji” (Banasiński, 2015, s. 218). Wydaje się, że w tym duchu należy oceniać zasady ograniczenia rozpoczęcia i prowadzenia działalności na rynkach medialnych, które przewidują koncesjonowanie wyłącznie działalności radiowej i telewizyjnej (Semeniuk, 2016, s. 27–29), nie zaś innych mediów. Takie podejście znajduje uzasadnienie z jednej strony w konieczności zapewnienia odpowiedniego gospodarowania (również z uwzględnieniem konieczności zapewnienia pluralizmu mediów) dobrem rzadkim, jakim są częstotliwości radiowe, z drugiej zaś – w uzasadnionym względami wolności słowa odstąpieniu od koncesjonowania prasy lub mediów internetowych. Zakładając nieodzowną racjonalność ustawodawcy, należy uznać, że odmienne podejście do rynków audiowizualnych oraz do rynków prasowo-internetowych jest celowe, co można uzasadniać za pomocą przytoczonych przesłanek<sup>13</sup>.

Jak się wydaje, niektórzy autorzy uznają za niewłaściwe i niekorzystne zjawisko, że Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji (względnie inny organ administracji publicznej) nie ma wpływu na działalność lub przynajmniej koncentracje na rynkach prasy i mediów elektronicznych (Banasiński i Rojszczak, 2021, s. 23). Z zastrzeżeniem niebezpieczeństwa nadmiernych regulacji dla wolności słowa, można dyskutować o zasadności wprowadzenia przeciwdziałającym nadmiernej koncentracji mediów. Jednakże, mając na względzie okoliczności opisane powyżej, nie można zasadnie twierdzić, że brak szczególnych zasad dotyczących koncentracji medialnych to luka prawna, wymagająca wypełnienia poprzez wykładnię *extra legem* przepisów uokik. Biorąc pod uwagę miejsce wartości pluralizmu mediów w polskim porządku prawnym należy zakładać, że racjonalny ustawodawca uznał, iż w istniejących okolicznościach wprowadzenie sektorowych przepisów antykoncentracyjnych nie jest niezbędne dla zapewnienia pluralizmu mediów w Polsce<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Można oczywiście kwestionować zasadność założenia racjonalności ustawodawcy w tym przypadku, starając się odtworzyć rzeczywiste powody niepodjęcia przez ustawodawcę interwencji w tym obszarze. Należy przy tym mieć w pamięci skutki polityczne i społeczne, jakie powstały w związku z podjętą na początku XXI wieku próbą ograniczenia krzyżowej koncentracji na rynkach medialnych, a konkretnie zakazu jednoczesnego posiadania dziennika ogólnopolskiego (lub czasopisma) oraz stacji telewizyjnej.

<sup>14</sup> Co jednak, mając na względzie choćby ubóstwo przepisów mających zapewniać pluralizm wewnętrzny w mediach, może budzić uzasadnione wątpliwości. Niemniej jednak ewentualna zmiana tego stanu należy do obszaru postulatów *de lege ferenda*.

#### 4. Zasada legalizmu

Zasada praworządności (rządów prawa) jest fundamentem aksjologicznym ustroju Polski (art. 7 Konstytucji<sup>15</sup>), jak również Unii Europejskiej (art. 2 TUE<sup>16</sup>), a jej emanacją jest zasada legalizmu (Niedźwiedź, 2020, s. 54), zgodnie z którą każde działanie władz publicznych musi mieć precyzyjnie określoną podstawę prawną. O ile zasada legalizmu nie wyczerpuje treści zasady praworządności (mimo że niektórzy autorzy posługują się tymi dwoma terminami zamiennie, por. Przybysz, art. 6, t. 1), która wymaga dodatkowo właściwego sposobu korzystania z prawa przez administrację, na przykład poprzez zachowanie proporcjonalności podejmowanych działań oraz stosowanie się do zakazu nadużycia prawa (Przybysz, 2022, art. 6, t. 4), o tyle jej przestrzeganie jest nieodzownym elementem dochowania standardów praworządności jako środek zwalczania (a przynajmniej ograniczania) arbitralności działań organów administracji publicznej<sup>17</sup>. W ustroju społecznej gospodarki rynkowej „interwencjonizm państwowy dopuszczalny jest tylko i wyłącznie w przypadkach, które uzasadnione są interesem publicznym, oraz może mieć miejsce tylko z poszanowaniem zasady praworządności, czyli działania organów państwowych na podstawie i w formach przewidzianych prawem” (Blicharz i in., 2018, s. 669).

Należy przy tym zauważyć, że niektórzy autorzy, w szczególności M. Bernatt<sup>18</sup> oraz C. Banasiński (np. 2021) podkreślają, iż niezależność organu antymonopolowego jest nieodzownym aspektem praworządności w stosowaniu prawa konkurencji. O ile nie budzi wątpliwości, że rzeczywista i skuteczna kontrola sądowa decyzji organów administracji publicznej jest warunkiem *sine qua non* istnienia praworządności (por. np. Stones, 2021, s. 612), o tyle oczekiwanie niezależności organu ochrony konkurencji może być dyskusyjne, ponieważ w ogóle „[i]stnienie niezależnych od rządu organów administracji nie jest wolne od wątpliwości” (Banasiński, 2021). W każdym razie, niniejszy artykuł poświęcony jest co do zasady zewnętrznej (systemowej) warstwie praworządności (por. Bernatt, 2022, s. 150), zgodnie z założeniem, że w sytuacji jej braku nawet spełnienie wewnętrznej (instytucjonalnej) warstwy praworządności, czyli zapewnienie niezależności organowi antymonopolowemu, nie pozwala mówić o przestrzeganiu standardów rządów prawa.

Przewidywalność decyzji stosowania prawa podlega w nieidealnej rzeczywistości szeregowi ograniczeń (zob. szerzej M. Wojciechowski, 2014, s. 109–158), należy jednak postulować, aby były one w najwyższym możliwym stopniu zdeterminowane przez reguły prawne, nie zaś pozostawione dowolnemu uznaniu organu administracji publicznej lub sądu. Postulat ten jest szczególnie aktualny w odniesieniu do norm oraz spraw „technicznych”, czyli pozbawionych istotnego ładunku moralnego, do jakich należy zaliczać reguły prawa konkurencji, w tym w szczególności reguły dotyczące kontroli koncentracji (M. Wojciechowski, 2014, s. 114). Zupełnie niekontrowersyjne zatem wydają się twierdzenia, że „organ antymonopolowy ma obowiązek dochowania pewności obowiązywania norm naruszonego prawa, będącej wartością nadrzędną” (Banasiński, 2015, s. 504), a wydawane przez Prezesa UOKiK decyzje oraz wykonywana w ich ramach dyskretywność

<sup>15</sup> Dz. U. 1997 Nr 78, poz. 483.

<sup>16</sup> Dz. Urz. UE 26.10.2012, C 326/13.

<sup>17</sup> Oczywiście może powstać pytanie o aksjologiczne podstawy udzielania ochrony przed bezprawnymi działaniami władz publicznych wobec osób prawnych kontrolowanych przez Skarb Państwa lub z jego udziałem. Natomiast dostateczną odpowiedzią na takie pytanie powinien być argument *lege non distigente*. Na marginesie należy zauważyć, że w ocenie Komisji Europejskiej PKN ORLEN nie jest kontrolowany przez Skarb Państwa (zob. dec. KE z 14.7.2020 r., M.9014, PKN Orlen/Grupa Lotos, s. 19–27).

<sup>18</sup> W licznych publikacjach, z których najnowszą jest Bernatt, 2022.

musi pozostawać „w zgodzie z tymi wartościami, które wprawdzie znajdują się poza prawem antymonopolowym, lecz wiążą także organ antymonopolowy w swoim działaniu, odwołując się do zasady zaufania obywateli do państwa (art. 2 Konstytucji RP i art. 8 k.p.a.)” (Banasiński, 2015, s. 515). W tym kontekście należy również podkreślić zasadę proporcjonalności, zgodnie z którą organy administracji publicznej powinny ograniczać dolegliwości oraz stosować wyłącznie środki przydatne i niezbędne w celu obrony prawnie chronionego interesu publicznego, w uwzględnieniu uzasadnionych interesów indywidualnych<sup>19</sup>.

W pełni trafne jest spostrzeżenie, że polskie przepisy ustrojowe (art. art. 20 i 76 Konstytucji) przesądzają „o konieczności zagwarantowania przez władze publiczne skutecznego działania mechanizmów rynkowych oraz przeciwdziałania praktykom prowadzącym do nadmiernego ograniczenia konkurencji, a w konsekwencji – do ograniczenia dobrobytu i korzyści płynących z konkurencji dla konsumentów”. Nieodzwonnie wynika z tego, że „»przełamanie« zakazu koncentracji motywowanego ochroną skutecznej konkurencji na rynku wymaga szczególnej podstawy ustawowej określającej co najmniej rodzaj innego interesu publicznego uzasadniającego taką nadzwyczajną (wyjątkową) zgodę na koncentrację” (Dudzik, 2014, s. 7). Opisany postulat zasadniczego i precyzyjnego ograniczenia swobody Prezesa UOKiK w zakresie wydawania nadzwyczajnych zgód na koncentrację należy również odnieść do ewentualnych nadzwyczajnych zakazów koncentracji.

Jak się wydaje, mogą powstać pewne wątpliwości na styku stosowania zasady legalizmu oraz ochrony praw podstawowych, w szczególności art. 11(2) Karty praw podstawowych Unii Europejskiej<sup>20</sup>, zgodnie z którym „[s]zanuje się wolność i pluralizm mediów”, a który stanowi uzupełnienie art. 11(1), zgodnie z którym „[k]ażdy ma prawo do wolności wypowiedzi. Prawo to obejmuje wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe”. W jednym z artykułów autorzy stwierdzili w tym kontekście, że „musi wzbudzać uzasadnione kontrowersje” stanowisko TK, zgodnie z którym kompetencje organów władzy publicznej powinny być jednoznacznie i precyzyjnie określone w przepisach prawa, wszystkie działania tych organów powinny mieć podstawę w takich przepisach, a w razie wątpliwości interpretacyjnych kompetencji organów władzy publicznej nie można domniemywać<sup>21</sup>. Argumentują oni, że przyjęcie tego stanowiska „bezkrytycznie mogłoby prowadzić do wypaczenia znaczenia zasady legalizmu, której celem jest ochrona praw jednostki i zapewnienie, że działania organów państwa są ograniczone prawem. [...] Jednakże wykładnia prawa – zwłaszcza dotyczącego praw podstawowych – nie może być dokonywana w sposób odizolowany, z pominięciem innych norm prawnych” (Banasiński i Rojszczak, 2021, s. 27). Autorzy trafnie odnotowują, że „w świetle literalnego brzmienia postanowień [uokik], [Prezes UOKiK] nie ma obowiązku (a tym samym nie ma uprawnienia) odmówić zgody na koncentrację, jeżeli nie prowadzi ona do umocnienia pozycji dominującej”<sup>22</sup> (Banasiński i Rojszczak, 2021, s. 24). Mimo to

<sup>19</sup> Przewidywalność prawa jest kluczowa z punktu widzenia aksjologicznego źródła praworządności, jakim jest wolność osobista (w tym wolność gospodarcza), niekiedy wyrażana za F.A. Hayekiem jako racjonalna autonomia planowania własnych spraw. Należy jednak zgodzić się z poglądem, że przewidywalność prawa nie wyczerpuje zagadnienia praworządności w stosowaniu prawa konkurencji, która to powinna się opierać na trzech zasadach: jasności prawa (tak, aby adresaci norm byli w stanie je zinternalizować), uniwersalności norm (w tym równości ich stosowania) oraz kontroli sądowej działań organów administracji (Stones, 2021, s. 612).

<sup>20</sup> Dz. Urz. UE 7.06.2016, C 202/393.

<sup>21</sup> Wyr. TK z 14.07.2006 w sprawie K 53/05.

<sup>22</sup> Przy czym należy oczywiście uzupełnić tę wypowiedź o stwierdzenie, że zakaz koncentracji może być uzasadniony również zagrożeniem powstania pozycji dominującej lub innego rodzaju istotnym ograniczeniem konkurencji na rynku.



konkludują oni, że „[p]omijając kompetencje ustawowe<sup>23</sup>, [stanowiska Prezesa UOKiK, że nie ma on kompetencji ustawowych do zakazania koncentracji, która nie ogranicza istotnie konkurencji na rynku] nie można zaakceptować. Nadrzędnym celem władz publicznych jest ochrona porządku konstytucyjnego, a tym samym praw obywateli. Każda inna interpretacja – stanowiąca »imposybilizm prawny« władz publicznych – musi być odrzucona” (Banasiński i Rojszczak, 2021, s. 33). Takie podejście jest wysoce niepokojące, albowiem zawiera w sobie postulat, aby na rzecz skuteczności działania (rozumianej jako maksymalne osiągnięcie określonych celów prawno-politycznych) zrezygnować z podstawowej zasady gwarancyjnej chroniącej obywateli, jaką jest wymóg działania organów administracji publicznej wyłącznie na podstawie i w granicach prawa, a w konsekwencji przyzwolić Prezesowi UOKiK na uzurpowanie sobie uprawnień w obszarze mającym co do zasady kolosalny wpływ na działalność przedsiębiorców.

Bardzo łatwo sobie wyobrazić uzasadnienie na podstawie identycznej argumentacji zakazu dowolnej koncentracji niezależnych przedsiębiorców działających na rynkach mediów w Polsce, ze względu na fakt, że każde zmniejszenie liczby nadawców treści medialnych przyczynia się do zmniejszenia zewnętrznego pluralizmu mediów<sup>24</sup>. Podobnie, Prezes UOKiK mógłby w łatwy sposób zakazać wszelkich koncentracji na rynkach produktów wrażliwych (np. napoje alkoholowe, wyroby tytoniowe), przez wzgląd na ochronę interesu publicznego w postaci zdrowia publicznego. W tym wypadku osiągnięcie w wyniku koncentracji efektywności (np. ostatecznie umożliwiających obniżenie cen dla konsumentów), które są co do zasady pożądane w aksjologii prawa konkurencji, byłoby wręcz argumentem za zakazem koncentracji (albowiem mogłoby zwiększać dostępność szkodliwych substancji). Są to przykłady wysoce prawdopodobnych efektów przytoczonej argumentacji, które nie pozwalają jej zaakceptować.

Należy również podkreślić, że nie jest pomocne dla debaty prawnokonkurencyjnej posługiwanie się twierdzeniem, że „błędne rozumienie pozytywizmu prawnego było jednym z powodów zapoczątkowania prac nad systemem praw człowieka w powojennej Europie” (Banasiński i Rojszczak, 2021, s. 27). Podobne twierdzenia stanowiące *reductio ad nazium* pozostają poza obszarem merytorycznej argumentacji prawniczej. W tym przypadku jest to dodatkowo istotne, ponieważ przedstawiona konkluzja co do pozytywizmu prawnego jest sama w sobie błędna, albowiem zasadniczą cechą przedwojennych Niemiec był dualizm, w którym „[o]bok państwa prerogatywnego istniało państwo normatywne, złączone z pierwszym i poddawane stałemu tarcia, ponieważ państwo normatywne przestrzegało własnych przepisów, a państwo prerogatywne te same przepisy naruszało” (Kubas, 2019, s. 48).

### III. Modele ujęcia pluralizmu mediów w ramach kontroli koncentracji

#### 1. Pojęcie „pluralizmu mediów”

Rozważania nad modelami ujęcia „pluralizmu mediów” w ramach kontroli koncentracji wymaga w pierwszym rzędzie dookreślenia tego pojęcia, co może nastęrczać istotnych trudności. Terminem pluralizmu mediów nie posługuje się Konstytucja RP, która w przedmiotowym zakresie odwołuje się wyłącznie do „wolność[ci] prasy i innych środków społecznego przekazu” (art. 14) oraz „wolność[ci]

<sup>23</sup> Podkreślenie własne.

<sup>24</sup> Zob. szerzej rozważania w części IV niniejszego artykułu.

wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji” (art. 54). Pojęcie „pluralizmu” pojawia się w kilku ustawach zwykłych jako pluralizm światopoglądowy<sup>25</sup>, pluralizm mediów<sup>26</sup> bądź bezprzymiotnikowo<sup>27</sup>, jednakże żadna z tych ustaw nie zawiera definicji ani nawet ogólnych wytycznych co do rozumienia wymienionych terminów. W piśmiennictwie zaproponowano na gruncie ustawy o radiofonii i telewizji rozumienie pluralizmu mediów jako połączenia dwóch elementów: pluralizmu wewnętrznego oraz pluralizmu zewnętrznego (K. Wojciechowski, 2014, nb 13). Pluralizm wewnętrzny należy rozumieć w ten sposób, że emitowane treści „powinny odzwierciedlać różnorodność opinii i przekonań oraz nurtów politycznych, filozoficznych, naukowych, artystycznych i religijnych”. Pluralizm wewnętrzny jest uzupełniany przez pluralizm zewnętrzny „przejawiający się w wielości dostawców i dostarczanych przez nich usług medialnych”, aczkolwiek autor wydaje się nadawać pluralizmowi zewnętrznemu drugorzędne znaczenie, ponieważ „tego rodzaju wielość gwarantuje jedynie różnorodność źródeł, a niekoniecznie dostępnych z nich treści” (K. Wojciechowski, 2014, nb 18). Należy przy tym podkreślić, że opisane podejście zostało zaproponowane specyficznie w odniesieniu do mediów publicznych, a jego powszechne przyjęcie może budzić kontrowersje, w szczególności co do uzasadnienia wymagania, aby określone medium prywatne spełniało przesłankę pluralizmu wewnętrznego.

Przechodząc na grunt definicji z języka specjalistycznego w pierwszym rzędzie należy zauważyć, że w naukach o mediach wskazuje się, iż nie ma dostatecznie precyzyjnej i szeroko akceptowanej definicji pojęcia „pluralizmu mediów” (Klimkiewicz, 2005, s. 83). Wyróżnia się wiele rodzajów pluralizmu mediów, niejednokrotnie niezgodnych ze sobą, w zależności od tego, z jakiej tradycji filozoficznej się wywodzą (Kowalski, 2017, s. 21–23). Z punktu widzenia prawa konkurencji zasadnicze znaczenie ma zasygnalizowane już wcześniej rozróżnienie między pluralizmem wewnętrznym oraz pluralizmem zewnętrznym<sup>28</sup>. Co do zasady, pluralizm wewnętrzny (intramedialny) oznacza „różnorodność zawartości, usług oraz źródeł ich pochodzenia w ramach danej jednostki mediów, w rezultacie oferującej szerokie spektrum opinii, punktów widzenia [...]” (Kowalski, 2017, s. 22). Z kolei pluralizm zewnętrzny (intermedialny) oznacza „istnienie wielości niezależnych i autonomicznych mediów i ich właścicieli, różniących się oferowaną zawartością (tematami, skupieniem na typie zawartości lub określonym punkcie widzenia)”, dzięki czemu „[k]ontrola własności, produkcji, wykonawstwa i dystrybucji znajduje się w wielu centrach dyspozycyjnych” (Kowalski, 2017, s. 22–23).

Wreszcie należy wskazać, że w rozumieniu potocznym (słownikowym) pluralizm jest rozumiany po prostu jako „wielość, różnorodność”<sup>29</sup>. Wydaje się, że pluralizm medialny powinien oznaczać w tym kontekście różnorodność mediów zarówno w zakresie prezentowanych treści, jak i w zakresie źródeł właścicielskich tych treści<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> Ustawa z 20.07.2018 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (t.j. Dz. U. 2022 poz. 574 z późn. zm.), art. 23 ust. 2 pkt 2a).

<sup>26</sup> Ustawa z 16.07.2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz. U. 2021 poz. 576 z późn. zm.), art. 115(1) ust. 1 pkt 6) lit. d, art. 118 ust. 5, art. 131e ust. 2 oraz 189 ust. 2 pkt 4); ustawa z 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (t.j. Dz. U. 2020 poz. 805 z późn. zm.), art. 21b ust. 7 pkt 1).

<sup>27</sup> Ustawa z 29.12.1992 r. o radiofonii i telewizji (t.j. Dz. U. 2020 poz. 805 z późn. zm.), art. 21 ust. 1.

<sup>28</sup> Z zastrzeżeniem, że te pojęcia również mogą być różnie rozumiane przez różnych autorów, por. Klimkiewicz, 2005, s. 83; zob. również European Regulators Group for Audiovisual Media Services, 2018, s. 20–24.

<sup>29</sup> Zob. <https://usjp.pwn.pl>, który zawiera również znaczenia politologiczne oraz filozoficzne tego terminu, niemające bezpośredniego związku z definicją poszukiwaną na potrzeby prowadzonej analizy.

<sup>30</sup> Można jedynie zasygnalizować, że pojęcie „pluralizmu medialnego” jest dodatkowo o tyle nieprecyzyjne, że konieczne wydaje się określenie spektrum opinii mieszczących się w jego ramach, czyli opinii, których prezentowanie korzysta z ochrony zapewnianej w związku z tą wartością. W szczególności ze względów prawnych wykluczone z tego spektrum są opinie totalitarne (przy czym o ile jest to dość konsekwentne w odniesieniu do poglądów narodowo-socjalistycznych, o tyle znacznie mniej w odniesieniu do poglądów komunistycznych). Wydaje się, że ze względów społecznych *de facto* również inne

W świetle powyższego, moim zdaniem, na potrzeby rozważań na temat modeli ujęcia pluralizmu mediów w ramach kontroli koncentracji należy definiować pluralizm mediów jako różnorodność treści medialnych dostępnych dla odbiorców (konsumentów), wynikającą z wielości niezależnych dostawców (aspekt zewnętrzny) oraz, w zakresie, w jakim ono występuje, zróżnicowania treści medialnych dostarczanych przez poszczególnych dostawców w ramach pojedynczego medium, jak i pomiędzy mediami (aspekt wewnętrzny). Niezbędne jest podkreślenie, że pluralizm mediów nie jest tożsamy z wolnością mediów ani z niezależnością mediów od państwa, choć te okoliczności mogą (ale przynajmniej teoretycznie – nie muszą) mieć wpływ na poziom pluralizmu (Klimkiewicz, 2022, s. 16–18).

Jednocześnie należy wskazać, że z perspektywy kontroli koncentracji kluczowe znaczenie dla oceny istnienia pluralizmu mediów wydaje się mieć pluralizm zewnętrzny. Po pierwsze, w tym znaczeniu ograniczenie pluralizmu mediów wydaje się co do zasady zbieżne z pojęciem „ograniczenia konkurencji” na rynku właściwym w wyniku koncentracji. Zmniejszenie liczby podmiotów działających na rynkach medialnych co do zasady ogranicza pluralizm (lub przynajmniej zwiększa zagrożenie jego ograniczeniem), podobnie jak co do zasady ogranicza konkurencję na rynkach właściwych. O ile jednak ograniczenie konkurencji musi być istotne (spełniać test SIEC), aby uzasadniać interwencję organu ochrony konkurencji, o tyle pozostaje pytanie czy można oczekiwać podobnego testu co do pluralizmu, czy może każde, nawet najmniejsze ograniczenie go jest niedopuszczalne. Po drugie, udzielenie organowi ochrony konkurencji wpływu na pluralizm wewnętrzny w mediach będących przedmiotem koncentracji nieuchronnie oznaczałoby przyznanie mu uprawnień do zarządzania działalnością gospodarczą przedsiębiorcy w skali mikro. Uprawnienie takie byłoby o tyle silniejsze, iż pluralizm wewnętrzny w Polsce, przynajmniej w mediach prywatnych, jest ograniczony. Istotny wpływ właścicielski oraz komercyjny na zawartość treści medialnych jest bowiem stałą charakterystyką polskich mediów, co przynajmniej częściowo wynika z faktu, że polskie regulacje sektora mediów nie ograniczają takiego wpływu (Klimkiewicz, 2022, s. 15). Pod tym względem polski krajobraz medialny nosi cechy modelu medialnego „spolaryzowanego pluralizmu”, charakteryzujący się głębokimi podziałami ideologicznymi prowadzącymi do znaczącego spolaryzowania przekazów medialnych oraz stronniczości mediów (Bałazy, 2021, s. 38). To oczywiście przekłada się na znikomy poziom pluralizmu wewnętrznego w ramach pojedynczego medium (czy raczej grupy medialnej), choć może wzmacniać różnorodność treści dostępnych dla konsumentów pomiędzy mediami. W świetle istniejącej dywersyfikacji dostawców treści medialnych (mimo istotnego poziomu skoncentrowania większości poszczególnych rynków medialnych), T. Goban-Klas stwierdził, że „prasa w Polsce jest pluralistyczna, lecz nie jest niezależna” (za: Klimkiewicz, 2005, s. 83). Można sobie zatem wyobrazić uwzględnienie pluralizmu wewnętrznego na potrzeby konceptualizacji analizy koncentracji pod kątem ochrony pluralizmu mediów<sup>31</sup>, jest to jednak wyjątkowe.

opinie „ekstremalne” mogą być wykluczone z obszaru pluralizmu opinii (a tym samym pluralizmu medialnego), przy czym ocena tego, co uznajemy za opinie ekstremalne wydaje się niemożliwa do zobiektywizowania.

<sup>31</sup> Zob. część V niniejszego artykułu.

## 2. Pluralizm jako cel prawa konkurencji

W pierwszym rzędzie należy rozpatrzyć dopuszczalność traktowania pluralizmu mediów jako przesłanki interpretacyjnej przepisów uokik, co wydaje się możliwe w dwóch przypadkach: (1) przyjęcia, że jednym z bezpośrednich celów prawa konkurencji jest właśnie ochrona lub rozwój pluralizmu mediów albo (2) przyjęcia, że pluralizm mediów jest elementem dobrobytu konsumentów, który z kolei stanowi ultymatywny cel prawa konkurencji.

Mimo że cele prawa konkurencji mogą być trudne do uchwycenia, racjonalnie uzasadniona wydaje się propozycja, że w każdym razie powinny to być cele o charakterze ekonomicznym. Szczegółowa natura tych celów i wzajemne relacje między nimi pozostają dyskusyjne, choć obecnie panuje dość powszechna zgodność, iż ostatecznym celem prawa konkurencji jest dobrobyt konsumentów (zob. szerzej Derdak, 2021, s. 45–56). W literaturze wskazuje się wprost, że reguły prawa konkurencji „nie mają na celu ochrony innych celów (wartości) także istotnych w interesie publicznym”, które „podlegają ochronie przez przepisy innych ustaw” (Kohutek, 2022, pkt 3). Podkreśla się również, że *ratio legis* prawa antymonopolowego wynika z wartości czysto ekonomicznych, w tym z nadrzędnej wartości jaką w gospodarce wolnorynkowej jest leżący u jej podstaw mechanizm konkurencji, w związku z czym klauzule generalne oraz inne pojęcia niedookreślone używane w uokik powinny być tłumaczone w świetle tak zakreślonej aksjologii (Banasiński, 2015, s. 83, 123, 557). W efekcie, „[j]akościowa odrębność nadzoru wykonywanego przez organ antymonopolowy w porównaniu do nadzoru nad przestrzeganiem innych ograniczeń reglamentacyjnych polega na tym, że zorientowany na ochronę rynku nadzór organu antymonopolowego nie koryguje rynku w imię wartości pozarynkowych, lecz pozostając z nim w zgodzie [...] nie dopuszcza do zagrożenia jego funkcjonowania poprzez osłabienie konkurencji (prewencyjny nadzór nad koncentracjami przedsiębiorców)” (Banasiński, 2015, s. 558). W świetle powyższego, pluralizmu mediów nie można uznać za bezpośredni cel prawa konkurencji.

## 3. Pluralizm jako element dobrobytu konsumentów

Dopuszczalność przyjęcia, że pluralizm mediów jest elementem dobrobytu konsumentów jest uzależniona od przyjętego rozumienia pojęcia „dobrobytu konsumentów”: węższego, obejmującego wyłącznie aspekty *stricte* ekonomiczne, albo szerszego, obejmującego również względy pozaekonomiczne (np. społeczne). Wydaje się, że trafne oraz bardziej powszechne jest definiowanie prawnokonkurencyjnego dobrobytu konsumentów przez pryzmat ich ekonomicznych interesów, wyrażających się głównie w niższych cenach, wyższej jakości i szerszym asortymencie produktów (zob. np. Kohutek, 2014, s. 319). Należy zauważyć, że przyjęcie takiego podejścia wykluczałoby możliwość uznania pluralizmu mediów, który jest czynnikiem pozaekonomicznym, za element dobrobytu konsumentów. Jednakże, w kontekście koncentracji na rynkach mediów w piśmiennictwie wskazano, że „[w] kategoriach dobrobytu społecznego mieści się [...] zawsze najbardziej kluczowa wartość sektora usług medialnych – pluralizm mediów (*media plurality*), rozumiany jako wielość źródeł (*sources*) pochodzenia treści dostarczanych odbiorcom” (Skoczny, 2012a, s. 217). Przyjmując roboczo to podejście na potrzeby dalszej analizy, a także uwzględniając powyższe rozważania na temat pojęcia „pluralizmu mediów”, wydaje się, że wpływ na dobrobyt

konsumentów należałoby raczej odnosić do różnorodności dostarczanych im treści niż do samej wielości ich źródeł.

Jednakże z takim podejściem wiążą się dwa istotne problemy.

Po pierwsze, respektowanie omawianej wyżej zasady legalizmu (oraz egzemplifikowanej przez nią zasady praworządności) w stosowaniu prawa przez organy administracji publicznej wymaga jak największej precyzji języka prawnego i prawniczego. Nie ulega wątpliwości, że nieprecyzyjność istotnych sformułowań oraz niezwykle szerokie używanie klauzul generalnych i innych pojęć niedookreślonych jest znamioną cechą<sup>32</sup> regulacji prawnokonkurencyjnych (Bernatt i in., 2014, s. 734). Tymczasem, jak wynika z przeprowadzonej wyżej analizy, pojęcie „pluralizmu mediów” jest pojęciem niejasnym, wieloznacznym, względnie bardzo szerokim. W związku z tym zastosowanie go w odniesieniu do konkretnych decyzji z obszaru prawa konkurencji nieuchronnie miałyby charakter bardziej polityczny niż prawny. Taki stan należy uznać za niedopuszczalny w przypadku uokik, będącej połączeniem norm stanowiących zasadniczą ingerencję w kwestie strukturalne przedsiębiorców (kontrola koncentracji) oraz quasi-karnych (reguły antytrustowe). Nie ma przy tym racjonalnego uzasadnienia dla uznania, że pluralizm mediów powinien być wartością kluczową dla kontroli koncentracji, ale już nie dla oceny porozumień ograniczających konkurencję lub nadużywania pozycji dominującej. Przyjmując omawiane podejście, należałoby uznać, że porozumienia przedsiębiorców ograniczające konkurencję na rynkach mediów (czy też „rynku idei”, zob. niżej) mają szczególnie wysoki ciężar gatunkowy i powinny być odpowiednio stanowczo zwalczane.

Po drugie, jest całkiem niejasne, jaki miałby być test naruszenia pluralizmu mediów w wyniku koncentracji<sup>33</sup>, co nie pozwala na dostatecznie precyzyjne rozpoznanie podstaw interwencji Prezesa UOKiK. Z tych względów wydaje się, że uznanie pluralizmu mediów za element dobrobytu konsumentów mogłoby prowadzić do zasadniczych wątpliwości interpretacyjnych oraz ograniczać pewność prawa, a tym samym przyjęcie takiego podejścia nie znajduje racjonalnych podstaw.

W uzasadnieniu decyzji w sprawie *Agora/Eurozet* Prezes UOKiK w bezpośredni sposób odniósł się do kwestii pluralizmu mediów, wskazując, że „dla słuchaczy istotną wartością jest zróżnicowanie treści nadawanych w stacjach, a nie jakość pojedynczej stacji. Natomiast ujednolicanie wszystkich stacji posiadanych przez jeden podmiot wydaje się wysoce prawdopodobne chociażby w zakresie publicystyki”. W piśmiennictwie wskazano, że w wypowiedzi tej Prezes UOKiK uznał, iż „ryzyko zmniejszenia dostępności produktów reprezentujących zróżnicowaną jakość na rzecz produktu ujednoliconego stanowi istotne zagrożenie dla mechanizmu konkurencji na rynkach właściwych” (Bolecki i Jelska, 2021). Nie negując tej interpretacji, w przytoczonej wypowiedzi można również rozpoznać argumentację zakorzenioną w szeroko rozumianej definicji dobrobytu konsumentów. Przesłanką wyjściową jest stwierdzenie, że pluralizm mediów (zróżnicowanie treści medialnych) stanowi istotną wartość dla konsumentów, czyli ważny element dobrobytu społecznego (społecznego dobrobytu konsumentów). Można spekulować, że z tej przesłanki w wyniku odwróconej argumentacji wywiedziono, iż ryzyko naruszenia dobrobytu konsumentów w wyniku koncentracji jest przejawem ryzyka naruszenia konkurencji na rynku. Należy przy tym wskazać, że ta alternatywna interpretacja nie zmienia oceny, iż ryzyko zidentyfikowane w cytowanej

<sup>32</sup> Można również stwierdzić, że bolączką.

<sup>33</sup> Zob. szerzej rozważania w części IV niniejszego artykułu.

wypowiedzi przez Prezesa UOKiK nie jest spójne z teorią szkody polegającej na ryzyku milczącej koordynacji z innym uczestnikiem rynku oraz powstania sytuacji quasi-oligopolistycznej na szeregu rynków właściwych (Bolecki i Jelska, 2021). Mimo że istnieją uzasadnione wątpliwości co do uwzględniania kwestii pozaekonomicznych w dobrobycie konsumentów na gruncie prawa konkurencji (zob. wyżej), w przypadku rynków mediów można znaleźć po temu pewne uzasadnienie. Należy mianowicie wziąć pod uwagę fakt, że rynki mediów są co do zasady rynkami dwustronnymi, obejmującymi powiązane ze sobą, lecz oddzielne rynki reklamy oraz rynki widowni. O ile rynki reklamy mają charakter stricte ekonomiczny, o tyle rynki widowni często w ogóle nie mają bezpośredniego aspektu ekonomicznego (tzn. nie ma przepływów pieniężnych od widzów, słuchaczy lub czytelników do nadawcy treści medialnych) lub ma on charakter drugorzędny (tzn. cena produktu nie jest istotnym czynnikiem podejmowania decyzji zakupowej przez konsumenta, a przynajmniej nie jest istotnym czynnikiem rozpoznawania substytucyjności produktów przez indywidualnego konsumenta). Skoro zatem (szeroko rozumiane) decyzje zakupowe na rynkach widowni są w znacznej mierze uwarunkowane czynnikami pozaekonomicznymi, to również definicja „dobrobytu konsumentów” na tych rynkach może w większym niż normalnie stopniu uwzględniać aspekty społeczne.

#### 4. Pluralizm jako element interesu publicznego

Nie ulega wątpliwości, że niedopuszczalne jest przełamanie granic interesu publicznego normatywnie wyznaczonych w art. art. 13 i 14 uokik, bez względu na jakiegokolwiek wartości chronione prawem, to znaczy Prezes UOKiK nie ma upoważnienia do oceny tych koncentracji, nawet jeżeli ich skutki mogłyby być negatywne dla pluralizmu mediów.

W następnej kolejności należy rozważyć, w jakim zakresie interes publiczny w postaci pluralizmu mediów może stanowić dla Prezesa UOKiK podstawę do podjęcia „decyzji nadzwyczajnej”. Przez decyzję nadzwyczajną na potrzeby niniejszych rozważań należy rozumieć zgodę nadzwyczajną w postaci odstąpienia od zakazu koncentracji na podstawie art. 20 ust. 2 (Skoczny, 2012a, s. 105 i n.) oraz będący niejako jej lustrzanym odbiciem nieuregulowany w uokik nadzwyczajny zakaz koncentracji, która nie doprowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji na rynku. Nie jest relewantna (a tym samym nie jest tu analizowana) zgoda nadzwyczajna polegająca na nieskuteczności decyzji Prezesa UOKiK, rozumianej jako „sytuacja, w której zgoda na dokonanie koncentracji, nawet jeśli zostanie wydana[...], nie będzie wystarczająca (nie będzie wystarczającą podstawą prawną) dla jej legalnego przeprowadzenia” (Skoczny, 2012a, s. 109–112). W kontekście pluralizmu mediów taka sytuacja może mieć miejsce w przypadku koncentracji na rynkach radia lub telewizji, gdzie określone uprawnienia kontrolne, równoległe do oceny koncentracji przez Prezesa UOKiK, przysługują Krajowej Radzie Radiofonii i Telewizji.

Należy się przy tym zgodzić ze stanowiskiem, że rozpatrując przewidzianą w art. 20 ust. 2 uokik możliwość wyrażenia przez Prezesa UOKiK zgody na koncentrację, w której wyniku konkurencja na rynku zostanie istotnie ograniczona – „[d]o rozwiązania tego odnieść się należy krytycznie (z pewnością w wymiarze aksjologicznym)” (Kohutek, 2022, pkt 3). Uznając możliwość istnienia w określonych sytuacjach interesu publicznego przeważającego nad ochroną konkurencji, wydaje się, że kompetencja do podejmowania zgód nadzwyczajnych ze względu na interes publiczny powinna być ulokowana poza organem ochrony konkurencji. Jak wskazano wyżej, Prezes

UOKiK może wydać zgodę nadzwyczajną zawsze, gdy uzna to za „uzasadnione”, a zatem ma – przynajmniej teoretycznie – w zasadzie pełną swobodę podjęcia takiej decyzji. Niemniej jednak należy postulować, że uzasadnienie wydania zgody nadzwyczajnej musi być dostatecznie doniosłe (Miąsik i Skoczny, 2014, s. 35). Wydaje się stosunkowo mało kontrowersyjne, że ochrona lub umocnienie pluralizmu mediów, będącego emanacją wartości konstytucyjnej wolności słowa, jest dostatecznie doniosłym powodem podjęcia takiej decyzji. Wydaje się jednak, że wystąpienie sytuacji, w której koncentracja prowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji, ale jednocześnie jest korzystna dla pluralizmu mediów, jest w praktyce mało prawdopodobne.

Należy powtórzyć, że uokik nie przewiduje możliwości niewyrażenia przez Prezesa UOKiK zgody na koncentrację, w której wyniku konkurencja na rynku nie zostanie istotnie ograniczona. Wobec tego, mając na względzie opisane wyżej ramy interpretacyjne wynikające z zasady legalizmu (a pośrednio z zasady praworządności), nie sposób uzasadnić możliwości podjęcia przez Prezesa UOKiK decyzji o nadzwyczajnym zakazie konkurencji, nawet gdyby przemawiał za tym interes publiczny spoza aksjologii prawa konkurencji.

#### IV. Próba konceptualizacji analizy koncentracji pod kątem ochrony pluralizmu mediów

W świetle powyższych rozważań, interesującym ćwiczeniem może być próba konceptualizacji analizy koncentracji przez Prezesa UOKiK pod kątem ochrony pluralizmu mediów – tak jak oczekiwał tego Rzecznik Praw Obywatelskich w sprawie *Orlen/Polska Press*. Oczywiście, wymaga to roboczego pominięcia faktu, że okoliczności pozaekonomiczne nie są uprawnionymi celami prawa konkurencji (zob. szerzej Derdak, 2021, s. 56–65).

Odwołując się do definicji zaproponowanej w wyniku analizy przedstawionej w punkcie III.1 niniejszego artykułu, podstawowym „testem” na potrzeby analizy wpływu koncentracji na pluralizm mediów jest odpowiedź na pytanie: „czy w wyniku koncentracji może dojść do zmniejszenia różnorodności treści medialnych dostępnych dla odbiorców (konsumentów)?”. Jak wskazano wyżej, co do zasady w celu oceny istnienia i poziomu pluralizmu mediów należy wziąć pod uwagę zarówno pluralizm zewnętrzny, jak i pluralizm wewnętrzny. Jednak w świetle bardzo wysokiego ryzyka wpływu komercyjnego i właścicielskiego na treści redakcyjne w polskich mediach (Klimkiewicz, 2022, s. 13), pierwszorzędne znaczenie będzie miał pluralizm zewnętrzny. Nie jest bowiem prawdopodobne, aby przejęcie przez koncern medialny nowego medium pozostało bez wpływu na nadawane treści, zwłaszcza że w dyskursie publicznym co do zasady nie wymaga się pluralizmu wewnętrznego od prywatnych nadawców treści medialnych. Jeżeli za zasadniczy dla oceny koncentracji uznamy pluralizm zewnętrzny, czyli wielość niezależnych właścicieli mediów, to poza bardzo wąskim zakresem stanów faktycznych (ograniczonym głównie do utworzenia wspólnego przedsiębiorcy w celu prowadzenia nowej działalności w sektorze medialnym oraz ewentualnie zmiany kontroli z samodzielnej na wspólną nad przedsiębiorcą aktywnym w tym sektorze) każda koncentracja na rynkach mediów doprowadzi do zmniejszenia pluralizmu mediów.

W związku z tym należy rozważyć czy każde zmniejszenie poziomu pluralizmu mediów powinno być przesłanką ewentualnego zakazu koncentracji, czy jedynie jego istotne zmniejszenie<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> Należy podkreślić, że dalsze rozważania opierają się na założeniu „skalowalności” pluralizmu mediów, czyli uznaniu, że może on istnieć w postaci bardziej lub mniej pełnej, a stan ten może zmieniać się w czasie pozytywnie (zwiększenie pluralizmu) lub negatywnie (zmniejszenie pluralizmu). W związku

Przyjęcie pierwszego podejścia prowadziłoby do niemożliwych do zaakceptowania skutków w postaci zabetonowania struktury rynku medialnego w Polsce (poza wzrostem lub regresem organicznym) oraz dopuszczenia wyłącznie koncentracji polegających na przejściu udziału rynkowego przez inwestora dotychczas nieprowadzącego działalności na rynkach mediów. Z kolei przyjęcie drugiego podejścia wiązałoby się z istotnymi problemami metodologicznymi. W szczególności nie sposób stwierdzić, jakie należałoby przyjąć miary oraz wartości do oceny czy kryterium istotnego zmniejszenia poziomu pluralizmu mediów zostało spełnione.

Po pierwsze, nie są jasne nawet zasadnicze wymiary, w jakich należałoby oceniać koncentracje ze względu na ich wpływ na pluralizm mediów. Nie powinno budzić większych wątpliwości, że należałoby analizować koncentracje w wymiarze horyzontalnym (np. przejście stacji radiowej przez spółkę należącą do grupy kapitałowej, która już obejmuje nadawców radiowych). Uzasadnione wydawałoby się również analizowanie koncentracji krzyżowych (*cross-concentrations*), które od pierwszych raportów dotyczących pluralizmu medialnego były wskazywane jako jedno z najpoważniejszych zagrożeń dla tej wartości w Polsce (Klimkiewicz, 2016, *passim*). Nie jest natomiast jasne czy i na ile niebezpieczne dla pluralizmu mediów mogą być koncentracje wertykalne (np. przejście tytułu prasowego przez przedsiębiorcę z branży drukarskiej lub *vice versa*), nawet jeżeli w kategoriach czysto ekonomicznych w określonych okolicznościach oczywiście mogą mieć one negatywny wpływ na konkurencję na rynku. W takim bowiem przypadku ryzyko zmniejszenia różnorodności dostępnych treści medialnych, o ile w ogóle występuje, jest niebezpośrednie i bardzo odległe.

Po drugie, powstaje pytanie o miernik pluralizmu. Z jednej strony pojawia się problem, posługując się pojęciem z leksykonu prawa konkurencji, „rynku ogółem” pluralizmu, czyli określenia całego obszaru działalności przedsiębiorców medialnych, na jakim pluralizm występuje. Rzecznik Praw Obywatelskich postulował badanie koncentracji na „rynku środków społecznego przekazu”<sup>35</sup> czy też „rynku wolnego słowa, prawa do rzetelnej informacji, jawności życia publicznego oraz kontroli i krytyki społecznej”<sup>36</sup>. Nie ulega wątpliwości, że te określenia nie mają wiele wspólnego z poprawnie stosowaną instytucją prawa konkurencji, jaką jest rynek właściwy (choćby dlatego, że nie odnoszą się do produktu będącego przedmiotem obrotu; w tym sensie nie istnieje prawno-konkurencyjny rynek wolności słowa), którego należyte zdefiniowanie prowadzi do oceny wpływu koncentracji na precyzyjnie i stosunkowo wąsko wyznaczonych segmentach sektora mediów. Wydaje się, że Rzecznik Praw Obywatelskich, wskazując, że wszystkie środki społecznego przekazu, niezależnie od używanych nośników, są substytutem zbliżył się do konstruktu „rynku idei” (zob. Polański, 2021, *passim*), który ze względu na swoją pojemność oraz nieprecyzyjność jest nieużyteczny na potrzeby rzetelnej oceny skutków koncentracji. Nasuwa się przy tym pytanie, czy dla oceny pluralizmu mediów należy brać pod uwagę wyłącznie prasę opinii, czy również tytuły prasy specjalistycznej (branżowej, profesjonalnej) oraz rozrywkowej? Wydaje się, że wpływ na

z tym ograniczenie różnorodności na rynku medialnym jedynie w skrajnych przypadkach doprowadzi do zaniku pluralizmu. Skądinąd, zasadne byłoby stworzenie wzorca „efektywnego pluralizmu” (odwołanie do pojęcia „efektywnej konkurencji”), aby uniknąć argumentu, że sytuacja funkcjonowania na rynku quasi-monopolisty i jednego małego medium prezentującego odmienną linię redakcyjną już stanowi różnorodność medialną. Odmienne, czyli zero-jedynkowe podejście (pluralizm mediów występuje w postaci całkowitej albo nie ma go wcale) wydaje się niespójne z rzeczywistością obejmującą koncentracje na rynkach mediów. Przy takim podejściu żadna ze spraw będących kanwą niniejszego artykułu nie miałyby takiego znaczenia, aby zmienić jakościową ocenę istnienia pluralizmu, co w tym przypadku czyniłoby nieantymonopolową analizę koncentracji mało użyteczną.

<sup>35</sup> Odwołanie Rzecznika Praw Obywatelskich z 5.03.2021 r., s. 2.

<sup>36</sup> Ibidem, s. 12.



poziom pluralizmu będą miały wszystkie tytuły, ponieważ także prasa rozrywkowa zawiera treści światopoglądowe, a niekiedy również polityczne. Natomiast nie jest jasne czy wszystkie media należy uznać jednakowo ważne z perspektywy pluralizmu mediów, czy na przykład rozróżniać je na takie, które skupiają się głównie na zadaniach z zakresu kontroli i krytyki społecznej oraz na takie, które co do zasady nie skupiają się na tej funkcji. Natomiast tu natykamy się na kolejny problem, a mianowicie nie ma żadnych wskazówek co do tego, w jaki sposób należałoby wagę różnych mediów dla pluralizmu zróżnicować. Z drugiej strony nie jest jasne, jakie dane należy brać pod uwagę, aby ocenić „siłę rynkową” przedsiębiorcy na potrzeby oceny pluralizmu. Można sobie wyobrazić bardzo szeroki wachlarz kryteriów, takich jak liczba tytułów, wielkość nakładów, wielkość rozpowszechniania płatnego, wielkość sprzedaży ogółem, wartość sprzedaży, wartość przychodów z reklam czy też opiniotwórczość medium oceniana na podstawie częstotliwości jego cytowania. Powstaje również problem, jak porównać np. dane dotyczące dziennika do danych dotyczących tygodnika lub dane dotyczące prasy do danych dotyczących telewizji albo Internetu.

Po trzecie, nawet gdybyśmy zdołali określić wymiary i miernik pluralizmu mediów na potrzeby nieantymonopolowej oceny koncentracji, to niezbędne byłoby określenie, jaki poziom koncentracji mediów stanowi zagrożenie dla ich pluralizmu. Przyjmując założenie, że kwestii tej nie można byłoby pozostawić nieokreślonej, dając tym samym nieograniczoną uznaniowość organowi dokonującemu takiej kontroli, pozostają dwa rozwiązania: odwołanie się do poziomów procentowych z uokik (zwłaszcza do poziomu domniemanej dominacji, czyli 40%) albo przyjęcie innego wskaźnika. Pierwsze z rozwiązań wydaje się niezasadne, ponieważ byłoby to w istocie powielaniem już istniejącej regulacji. Ponadto, w zasadzie nie ma w prawie konkurencji odnośnika, który pozwoliłby na należyte rozpoznanie jednego z najistotniejszych zagrożeń dla pluralizmu mediów, jakim są koncentracje krzyżowe. Z kolei przyjęcie drugiego rozwiązania ponownie stawia nas przed niemożliwym zadaniem określenia wskaźnika bez podstaw prawnych, bez możliwości dokonania uprawnionych analogii oraz bez żadnych wytycznych.

Z powyższych rozważań jasno wynika, że w obecnym stanie prawnym postulaty analizy koncentracji w świetle pluralizmu mediów przez Prezesa UOKiK są niemożliwe do spełnienia. Bez interwencji ustawodawcy polegającej na wprowadzeniu kompleksowej regulacji w zakresie nieantymonopolowej analizy koncentracji w sektorze medialnym, której podstawowym celem będzie ochrona pluralizmu mediów, nie sposób określić nawet w przybliżeniu zasad, na jakich ta analiza miałaby się odbywać. Jakiegokolwiek działanie Prezesa UOKiK, które miałyby zadośćuczynić postulatом Rzecznika Praw Obywatelskich, nieodzownie byłyby całkowicie arbitralne i nieoparte na obowiązujących przepisach, a tym samym bezprawne. Wobec tego postulaty te niestety należy uznać za polityczne w swojej naturze, a nie prawne.

## V. Podsumowanie

Dostępne raporty wskazują, że problemy polskiego sektora mediów są od wielu lat poważne i jakościowo niezmiennie. Znaczące zagrożenie dla pluralizmu mediów wynika w szczególności z wysokiej koncentracji horyzontalnej oraz bardzo wysokiej koncentracji krzyżowej, a także z braku skutecznych narzędzi ograniczających wpływ właścicielski i komercyjny na treści redakcyjne

(Klimkiewicz, 2016, s. 5). Problemy te dotyczą nie tylko mediów państwowych (publicznych), czy też prywatnych mediów ogólnopolskich, lecz także mediów samorządowych, w których lokalne władze kontrolują wolność słowa (Piechota, 2007, s. 114–118)<sup>37</sup>. Wątpliwości związane z nieproporcjonalnością udostępniania czasu antenowego różnym opcjom politycznym, preferencyjnym traktowaniem sprzyjających mediów w zakupie reklam spółek Skarbu Państwa oraz spółek samorządowych, interwencją rządów w sprawy właścicielskie i zarządcze prywatnych mediów, a nawet działaniami służb specjalnych w celu siłowego ujawnienia chronionych prawem prasowym źródeł informacji niekorzystnych dla przedstawicieli władz pojawiały się w zasadzie od początku transformacji ustrojowej w Polsce. Z tej perspektywy koncentracje w sprawach rozpoznawanych przez Prezesa UOKiK na początku 2021 r. mogą rodzić pytania co do ryzyka pogłębienia strukturalnych i systemowych niedomagań polskiego sektora medialnego, natomiast nie wydają się prowadzić do jakościowych zmian.

W każdym razie, rozwiązanie tych problemów, o ile nie prowadzą one jednocześnie do istotnego ograniczenia konkurencji (w rozumieniu ekonomicznym) na rynku właściwym, nie należy *de lege lata* do kompetencji Prezesa UOKiK. Próby zaktywizowania Prezesa UOKiK do podjęcia interwencji w tym zakresie prowadzą do niezwykle niebezpiecznego przełamania zasady legalizmu, zgodnie z którą organy administracji publicznej muszą działać na podstawie i w granicach prawa. Uzurpowanie sobie kompetencji niewyrażonych w ustawie przez władze publiczne, nawet jeżeli uzasadniane argumentacją z zakresu ochrony praw podstawowych, jest niedopuszczalne. Poddanie koncentracji na rynkach mediów dodatkowej, nieantymonopolowej kontroli koncentracji może być co najwyżej postulatem *de lege ferenda*<sup>38</sup>. Analiza zasadności wprowadzenia takiej regulacji nie była przedmiotem analizy niniejszego artykułu, więc w tym zakresie wypada przedstawić jedynie ogólne spostrzeżenia. Po pierwsze, branża mediów jest szczególnie narażona (ale również podatna) na działania polityczne, w związku z czym w razie wprowadzenia szczególnych regulacji sektorowych, powinny one pozostawiać jak najmniejsze pole uznaniowości dla Prezesa UOKiK (lub innego organu powołanego do sprawowania takiej kontroli, np. Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji). Po drugie, należałoby zakładać, że ewentualne regulacje powinny obejmować co najmniej ograniczenie koncentracji horyzontalnych i krzyżowych. Po trzecie, zgodnie z kluczowym postulatem ustawodawstwa opartego na faktach, jakkolwiek interwencja normatywna musiałaby być poprzedzona szeroką analizą podobnych regulacji w innych jurysdykcjach oraz weryfikacją, jakie – mimo obowiązywania tych regulacji – problemy tamtejszych systemów medialnych są raportowane. Jednocześnie, ze względu na wrażliwość omawianego zagadnienia należałoby postulować wprowadzenie ewentualnych nowych regulacji w ramach konsensusu politycznego, choć obecnie takie zdarzenie wydaje się wielce nieprawdopodobne.

<sup>37</sup> Istotne zagrożenia dla konkurencji na lokalnych rynkach medialnych oraz dla funkcji kontrolnej mediów wynikające z wydawania prasy przez jednostki samorządu terytorialnego w ostatnim czasie ponownie odnotował Rzecznik Praw Obywatelskich, zob. <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/rpo-samorzad-terytorialny-prasa-wydawanie-zagrozenia-mkidn>.

<sup>38</sup> Podobnie wydaje się sądzić obecny Rzecznik Praw Obywatelskich, zob. <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/rpo-oswiadczenie-konieczne-zmiany-prawne-koncentracja-rynek-mediow>.

## Bibliografia

- Bałazy, B. (2021). Media w Polsce. W: B. Bałazy, Ł. Bernaciński, *Funkcjonowanie rynku medialnego w Polsce i innych wybranych państwach europejskich. Przeciwdziałanie koncentracji kapitału i ochrona pluralizmu mediów* (s. 37–48). Warszawa: Instytut na rzecz Kultury Prawnej Ordo Iuris.
- Banasiński, C. (2015). *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Banasiński, C. (2021). Niezależność organu antymonopolowego. W: M. Błaszczuk, A. Zientara (red.), *Interdyscyplinarność – w nauce najciekawsze rzeczy dzieją się na styku różnych dziedzin. Księga Jubileuszowa Profesor Małgorzaty Król-Bogomilskiej* (s. 261–276). Warszawa: C.H. Beck.
- Banasiński, C. i Piontek, E. (2009). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: LexisNexis.
- Banasiński, C. i Rojszczak, M. (2021). The role of competition authorities in protecting freedom of speech: the PKN Orlen/Polska Press case. *European Competition Journal*, <https://doi.org/10.1080/17441056.2021.2003999>.
- Bernatt, M. (2022). The double helix of rule of law and EU competition law: An appraisal. *European Law Journal*, 2021, 27(1-3), 148–166. <https://doi.org/10.1111/eulj.12422>.
- Bernatt, M., Jurkowska-Gomułka, A. i Skoczny, T. (2014). Podstawy i zakres publicznoprawnej ochrony konkurencji. W: M. Kępiński (red.), *Prawo konkurencji. System Prawa Prywatnego. Tom 15* (s. 722–773). Warszawa: C.H. Beck.
- Blicharz, R., Horubski, K. i Pawełczyk, M. (2018). Prawo konkurencji w systemie publicznego prawa gospodarczego. W: R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Publiczne prawo gospodarcze. System Prawa Administracyjnego. Tom 8B* (s. 657–870). Warszawa: C.H. Beck.
- Bolecki, A. i Jelska, A. (2021). *Koncentracje na rynku mediów w aktualnej praktyce orzeczniczej Prezesa UOKiK*. Pozyskano z: <https://codozasady.pl/p/koncentracje-na-ryнку-mediow-w-aktualnej-praktyce-orzeczniczej-prezesa-uokik> (14.08.2022).
- Derdak, M.K. (2021). Square Peg in a Round Hole? Sustainability as an Aim of Antitrust Law. *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 14(23), 39–68. <https://doi.org/10.7172/1689-9024.YARS.2021.14.23.2>.
- Dudzik, S. (2010). *Współpraca Komisji Europejskiej z organami ochrony konkurencji w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorstw*. Warszawa: Oficyna.
- Dudzik, S. (2014). „Zgody szczególne” na dokonanie koncentracji (wybrane zagadnienia). *Europejski Przegląd Sądowy*, 07, 4–10.
- European Regulators Group for Audiovisual Media Services. (2018). *Wewnętrzny pluralizm mediów w ramach audiowizualnych usług medialnych w UE – Zasady i praktyka*. Pozyskano z: [http://www.archiwum.krrit.gov.pl/Data/Files/\\_public/Portals/0/KRRiT/aktualnosci/raport-erga\\_pluralizm-wewnetrzny\\_wersja-pl\\_def.pdf](http://www.archiwum.krrit.gov.pl/Data/Files/_public/Portals/0/KRRiT/aktualnosci/raport-erga_pluralizm-wewnetrzny_wersja-pl_def.pdf).
- Klimkiewicz, B. (2005). Krajobraz medialny w Polsce : struktura własności i pluralizm mediów. W: B. Klimkiewicz (red.), *Własność medialna i jej wpływ na pluralizm oraz niezależność mediów* (s. 49–89). Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego.
- Klimkiewicz, B. (2016). *Media Pluralism Monitor 2016. Monitoring Risks for Media Pluralism in the EU and Beyond. Country report: Poland*. European University Institute (EUI). <https://doi.org/10.2870/923030>.
- Klimkiewicz, B. (2022). *Monitoring Media Pluralism in the Digital Era. Application of the Media Pluralism Monitor in the European Union, Albania, Montenegro, the Republic of North Macedonia, Serbia & Turkey in the Year 2021. Country report: Poland*. European University Institute (EUI). <https://doi.org/10.2870/330886>.

- Kohutek, K. (2014). W: M. Sieradzka, K. Kohutek, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* (art. 18). Warszawa: Wolters Kluwer.
- Kohutek, K. (2022). Aksjologia publicznego prawa konkurencji. W: A. Powałowski (red.), *Aksjologia publicznego prawa gospodarczego*. Warszawa: C.H. Beck.
- Kowalski, T. (2017). Koncepcje pluralizmu mediów i polityki mediowej w warunkach rozwoju platform cyfrowych. *Studia Medioznawcze*, 2(69), 21–29. <https://doi.org/10.33077/uw.24511617.ms.2017.69.387>.
- Kubas, S. (2019). Autorytarna praworządność. Uwagi na tle książki Jensa Meierhenricha *The Remnants of the Rechtsstaat. An Ethnography of Nazi Law*. *Przegląd Konstytucyjny*, 1, 40–67.
- Miąsik, D. i Skoczny, T. (2014). Komentarz do art. 1. W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* (s. 23–49). Warszawa: C.H. Beck.
- Niedźwiedź, M. (2020). Zasady ogólne europejskiego prawa administracyjnego – zasada legalizmu – wprowadzenie i wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 21.09.1989 r., sprawy połączone 46/87 i 227/88, Hoechst AG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich. *Europejski Przegląd Sądowy*, 5, 53–59.
- Piechota, G. (2007). *Wpływ komunikacji politycznej na budowanie społeczeństwa obywatelskiego w demokracji lokalnej (na przykładzie miasta Katowice)*. Katowice: Uniwersytet Śląski w Katowicach.
- Polański, J. (2021). Antymonopolowe déjà vu? Wolność słowa w analizie antymonopolowej. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 3(10), 30–59. <https://doi.org/10.7172/2299-5749.IKAR.3.10.2>.
- Przybysz, P.M. (2022). *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz aktualizowany*. LEX/el.
- Rostek, H. (2015). *Regulacje dotyczące koncentracji własności na rynku mediów w wybranych krajach*. Warszawa: Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji.
- Semeniuk, P. (2016). Nieantymonopolowa kontrola koncentracji na rynku audiowizualnym, nieruchomości i farmaceutycznym. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 1(5), 25–35. <https://doi.org/10.7172/2299-5749.IKAR.1.5.2>.
- Skoczny, T. (2012a). *Zgody szczególne w prawie kontroli koncentracji*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego.
- Skoczny, T. (2012b). Ochrona „uprawnionych interesów” państw członkowskich UE w unijnym prawie kontroli koncentracji. *Studia Europejskie*, 1, 51–82.
- Skoczny, T. i Aziewicz, D. (2014). Komentarz do art. 18. W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* (s. 645–677). Warszawa: C.H. Beck.
- Stawicki, E. (2016). Komentarz do art. 18–20. W: A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* (s. 488–566). Warszawa: Wolters Kluwer.
- Stępka, P. (2007). Unia Europejska względem zjawiska koncentracji mediów. *Studia Europejskie*, 3, 81–97.
- Stones, R. (2021). Why Should Competition Lawyers Care about the Formal Rule of Law?. *The Modern Law Review*, 84(3), 608–635. <https://doi.org/10.1111/1468-2230.12625>.
- Wojciechowski, K. (2014). Komentarz do art. 21. W: S. Piątek (red.). *Ustawa o radiofonii i telewizji. Komentarz* (Nb 13). Warszawa: CH Beck.
- Wojciechowski, M. (2014). *Pewność prawa*. Gdańsk: Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego.
- Wright, J.D. i Ginsburg, D.H. (2013). The Goals of Antitrust: Welfare Trumps Choice. *Fordham Law Review*, 81, 2406–2423.

## Koniec „zabójczych przejęć” czy pewności prawa? Reinterpretacja art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw

### Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Problematyka „zabójczych przejęć” w gospodarce cyfrowej
  1. Zjawisko „zabójczych przejęć”
  2. Cechy rynków, które sprzyjają przeprowadzaniu „zabójczych przejęć”
  3. Kryteria kontroli koncentracji w stosunku do „zabójczych przejęć”
  4. Wyznaczanie rynku właściwego przy potencjalnych „zabójczych przejęciach”
  5. „Zabójcze przejęcia” na rynkach cyfrowych
- III. Unijny system kontroli koncentracji a „zabójcze przejęcia” na rynkach cyfrowych
  1. Obecny system kontroli koncentracji przedsiębiorstw w Unii Europejskiej – uwagi wprowadzające
  2. Wątpliwości co do kryterium obrotu
  3. Propozycja wprowadzenia nowego kryterium –: wartość transakcji w Niemczech i Austrii
  4. Mechanizm art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw
  5. Ocena zmiany interpretacji art. 22 przez Komisję Europejską
  6. Relacja między art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw i Aktem o rynkach cyfrowych
- IV. Wnioski

### Streszczenie

Artykuł podejmuje próbę oceny nowej polityki Komisji Europejskiej wobec potencjalnie antykonkurencyjnych transakcji zawieranych przez platformy cyfrowe o znaczącej sile rynkowej, która znalazła wyraz w Komunikacie KE z marca 2021 r. i może funkcjonować szczególnie skutecznie w połączeniu z Aktem o rynkach cyfrowych przyjętym przez Parlament Europejski 5 lipca 2022 roku. W artykule po pierwsze postawiono pytanie, czym są tzw. zabójcze przejęcia na rynkach cyfrowych, którym przeciwdziałać ma nowa polityka KE. Po drugie, odniesiono się do innych rozwiązań mających umożliwić analizę potencjalnie antykonkurencyjnych transakcji zawieranych przez duże platformy cyfrowe, które zostały przyjęte przez niektóre państwa członkowskie (wprowadzenie kryterium wartości transakcji). Opierając się na wykładni historycznej i teleologicznej w artykule przeanalizowano dotychczasowe funkcjonowanie art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli

\* Doktorantka w Szkole Doktorskiej Nauk Społecznych UW, związana z Katedrą Prawa Europejskiego Wydziału Prawa i Administracji UW i Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych Wydziału Zarządzania UW. Specjalizuje się w prawie Unii Europejskiej, w szczególności prawie ochrony konkurencji. Prawniczka w kancelarii prawnej Clifford Chance; e-mail: mj.wozniak7@uw.edu.pl; ORCID <https://orcid.org/0000-0001-7000-1365>.

koncentracji przedsiębiorstw, którego reinterpretacji dokonała KE w Komunikacie, wskazując, że obecna interpretacja tego przepisu odbiega od jego pierwotnego *ratio legis*. Wreszcie, odniesiono się do relacji między nową polityką KE a Aktem o rynkach cyfrowych, który może wzmocnić znaczenie Komunikatu KE. W artykule wskazano, że reinterpretacja art. 22 zaproponowana przez KE wydaje się naruszać fundamentalne zasady prawa unijnego, takie jak zasada pewności prawa. O ile należy ocenić pozytywnie wzmożone zainteresowanie KE kontrolą koncentracji na rynkach cyfrowych, o tyle nowa polityka nie powinna być sprzeczna z podstawowymi gwarancjami zapewnianymi przedsiębiorcom.

**Słowa kluczowe:** DMA; kontrola koncentracji; platformy cyfrowe; prawo konkurencji; rynki cyfrowe; strażnicy dostępu; „zabójcze przejęcia”.

**JEL:** K20, K21, K24, K41, K42

## I. Wprowadzenie

W ostatnich latach w prawie ochrony konkurencji szczególną uwagę poświęcono kontroli koncentracji i sposobom przeciwdziałania tak zwanym zabójczym przejęciom na rynkach cyfrowych (*killer acquisitions*) (m.in. Cunningham, Ederer i Ma, 2020; Smejkal, 2020; Madl, 2020–2021; Turgot, 2021). „Zabójcze przejęcia” to przejęcia małych, innowacyjnych spółek (start-upów) przez przedsiębiorstwa o znaczącej sile rynkowej (Pike, 2020, s. 5), które prowadzą do „zabicia” innowacyjnych produktów i usług spółki przejmowanej. Tego typu przejęcie niweluje nie tylko presję konkurencyjną, lecz także produkt, technologię lub pomysł, które mogłyby zwiększyć dobrobyt konsumentów (*consumer welfare*) (Smejkal, 2020, s. 3; zob. też Woźniak-Cichuta, 2022, s. 149–164). Takie przejęcia są elementem strategii biznesowej niektórych platform cyfrowych o znaczącej sile rynkowej – przykładowo, od 2001 r. Google nabył ok. 250 przedsiębiorstw (Wikipedia, 2022).

Z jednej strony, przejęcia start-upów odgrywają ważną rolę w ułatwianiu przedsiębiorczości i innowacji. Są kluczowym źródłem nowych pomysłów i produktów, przełomowych innowacji i indywidualnych modeli biznesowych (Pike, 2020, s. 5). Połączenie zasobów przedsiębiorstwa typu start-up (np. określonego zestawu danych), usług lub produktów z zasobami platformy cyfrowej może zapewnić powstałemu w wyniku połączenia podmiotowi znaczną przewagę konkurencyjną nad jego konkurentami. Z drugiej zaś – takie przejęcia mogą mieć negatywny wpływ na strukturę rynku, konkurencję i rozpowszechnianie innowacji, jeśli bowiem innowacja spółki przejmowanej jest substytutem produktów lub usług spółki przejmującej, ta ma niewielką motywację do rozwoju przejmowanych innowacji – przychód z innowacyjnych produktów lub usług byłby niewielki z powodu efektu kanibalizacji (Bourreau i de Streeck, 2020, s. 11).

W przypadku niektórych transakcji na rynkach cyfrowych, bardziej adekwatnym jest pojęcie „mieszanych przejęć konglomeratowych” niż „zabójczych przejęć”. Przejęcia konglomeratowe (mieszane) to fuzje między przedsiębiorcami, które nie konkurują ze sobą, tj. działają na różnych rynkach (Kenton, 2021, s. 1; Witt, 2022, s. 209). Jednakże, dla uproszczenia, artykuł posługuje się pojęciem „zabójczych przejęć”, które powszechnie występuje już w literaturze przedmiotu (m.in. Cunningham, Ederer i Ma, 2020; Smejkal, 2020; Madl, 2020–2021; Turgot, 2021), dla

określenia wszystkich potencjalnie antykonkurencyjnych transakcji zawieranych przez platformy cyfrowe o znaczącej sile rynkowej z przedsiębiorstwami typu start-up.

Mimo (a może ze względu na) niejednoznaczności w ocenie skutków „zabójczych przejęć” na rynkach cyfrowych, KE zdecydowała się podjąć działania mające na celu umożliwienie organom ochrony konkurencji analizę tego typu transakcji. Punktem zwrotnym w zakresie przeciwdziałania „zabójczym przejęciom” był wrzesień 2020 r., w którym Margrethe Vestager, Europejska Komisarz ds. Konkurencji, zapowiedziała reinterpretację art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw<sup>1</sup> (Vestager, 2020). Nowa polityka, wyrażona ostatecznie w Komunikacie KE z marca 2021 r.<sup>2</sup> oznacza, że KE akceptuje wnioski krajowych organów ochrony konkurencji w celu zbadania transakcji, które nie spełniają krajowych lub unijnych progów powodujących obowiązek zgłoszenia. Celem było zapewnienie, aby transakcje, które mogłyby zakłócić konkurencję, nie zostały pominięte przez organy ochrony konkurencji.

Chociaż *ratio legis* art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw miało na celu zwiększenie pewności prawa, jego obecna interpretacja ogłoszona przez KE wydaje się daleka od pierwotnego, historycznego celu. Jedną z kluczowych zalet unijnego systemu kontroli koncentracji przedsiębiorstw jest przewidywalność czy transakcja będzie analizowana przez właściwe krajowe organy konkurencji lub KE. Wszelkie wyjątki powinny być wąskie, dobrze ugruntowane i nie opierać się na subiektywnym i arbitralnym sceptycyzmie wobec transakcji na rynkach cyfrowych. Jednakże nowa polityka KE w zakresie „zabójczych przejęć” wydaje się przeczyć tym dyrektywom.

Szczególną uwagę w tym kontekście należy zwrócić na relację między nową polityką KE związaną z art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw a Aktem o rynkach cyfrowych<sup>3</sup>. W Akcie o rynkach cyfrowych, mimo dyskusji w tym zakresie, ostatecznie nie zdecydowano się wprowadzić dodatkowych narzędzi prawnych dla KE, które umożliwiłyby jej analizę i zablokowanie „zabójczych przejęć” (Jebelli, 2021). Sam obowiązek notyfikacji wynikający z art. 14 ust. 1 Aktu o rynkach cyfrowych, w połączeniu z nową polityką KE, spowoduje jednak, że KE będzie wyposażona w narzędzia pozwalające jej przeanalizować transakcję spoza „standardowej” jurysdykcji opartej na kryterium obrotu prawa.

Rozważania są oparte na założeniu, że obecny system kontroli koncentracji przedsiębiorstw w Unii Europejskiej, bazujący na kryterium obrotu, nie odpowiada na problem „zabójczych przejęć”. Artykuł dokonuje analizy zjawiska „zabójczych przejęć” oraz prób im przeciwdziałania. Jedną z takich prób jest reinterpretacja art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw. Artykuł weryfikuje hipotezę badawczą mówiącą, że dotychczasowe zastosowanie i założenia art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw są niezgodne z jego nowo proponowaną interpretacją, która wzbudza wątpliwości z perspektywy fundamentalnych zasad prawa, takich jak zasada pewności prawa. Punkt I wprowadza do tematyki artykułu. W punkcie II przeanalizowano zjawisko „zabójczych przejęć”, cechy rynków, które sprzyjają przeprowadzaniu „zabójczych przejęć”, kryteria kontroli koncentracji w stosunku do „zabójczych przejęć”, sposób

<sup>1</sup> Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z 20.01.2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. WE 2004 L 24/1) (dalej: rozporządzenie w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw).

<sup>2</sup> Komunikat Komisji. Wytyczne dotyczące stosowania mechanizmu odsyłania spraw przewidzianego w art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw w odniesieniu do określonych kategorii spraw (Dz. Urz. UE 2021 C 113/01) (dalej: Komunikat KE).

<sup>3</sup> Rezolucja ustawodawcza Parlamentu Europejskiego z 5.07.2022 r. w sprawie wniosku dotyczącego rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym (COM(2020)0842 – C9-0419/2020 – 2020/0374(COD)) (dalej: Akt o rynkach cyfrowych).

wyznaczania rynku właściwego przy tego typu przejęciach, a także transpozycję pojęcia „zabójczych przejęć” do sektora cyfrowego. W punkcie III zaprezentowano obecny unijny system kontroli koncentracji przedsiębiorstw i krytycznie odniesiono się do kryterium obrotu w kontekście „zabójczych przejęć” na rynkach cyfrowych, a także poddano analizie zmiany legislacyjne wprowadzone w niektórych państwach członkowskich, mające przeciwdziałać „zabójczym przejęciom”. Opierając się na analizie dotychczasowego zastosowania art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw i jego wykładni historycznej i teleologicznej, podjęto krytykę aktualnej interpretacji tego przepisu, dodając również kontekst Aktu o rynkach cyfrowych. Prezentowane badania opierają się na metodzie formalno-dogmatycznej, metodzie historycznej – analizie przepisów prawnych, decyzji KE oraz orzeczeń Sądu i Trybunału Sprawiedliwości.

## II. Problematyka „zabójczych przejęć” w gospodarce cyfrowej

### 1. Zjawisko „zabójczych przejęć”

Pojęcie „zabójczych przejęć” po raz pierwszy pojawiło się w 2018 r. w literaturze dotyczącej sektora farmaceutycznego (Cunningham, Ederer i Ma, 2020, s. 649–702<sup>4</sup>). „Zabójcze przejęcia” odnoszą się do zjawiska, w którym spółka przejmująca, po finalizacji transakcji, zaprzestaje opracowywania projektów przyszłej lub potencjalnej konkurencji i tym samym „zabija” innowacje. Koncept „zabójczych przejęć” nie jest więc charakterystyką rodzaju transakcji, lecz raczej teorią szkody (Pike, 2020, s. 6).

Start-upy to spółki cechujące się innowacyjnością, wysokim ryzykiem oraz potencjałem wzrostu, wprowadzające nowe technologie lub je wykorzystujące, z krótkim stażem działalności biznesowej (Białek i Nowak, 2018, s. 65). Tego typu spółki, ze względu na przedmiot swojej działalności skupiony wokół wytwarzania innowacyjnych produktów i usług, są niezwykle istotnym komponentem cyfrowego systemu ekonomicznego. Jednocześnie jako młode, niewielkie przedsiębiorstwa (Krysztofiak-Szopa, 2017, s. 2) są szczególnie narażone na antykonkurencyjne praktyki głównie ze strony podmiotów o znaczącej pozycji rynkowej.

Start-upy, w przeciwieństwie do dużych platform cyfrowych, takich jak Facebook lub Google, nie korzystają z efektów marki (*brand effects*) i korzyści skali (*economies of scale*), a ich działalność, ze względu na wysoką innowacyjność produktów i usług, cechuje się dużą niepewnością i ryzykiem (Ries, 2012, s. 10). Przejmowanie start-upów na wczesnym etapie ich działalności jest elementem strategii niektórych platform cyfrowych (Lemley i McCreary, 2021, s. 61 i n.), co jest jednak trudne do udowodnienia (Hemphill i Wu, 2020, s. 1902 i n.). W środowisku, w którym udziały w rynku są określane przez względne poziomy jakości produktów i usług, pozycja platformy cyfrowej umacnia się wraz ze wzrostem przewagi technologicznej (Bryan i Hovenkamp, 2020, s. 616).

Niektóre transakcje na rynkach cyfrowych mogą być klasyfikowane jako mieszane przejęcia konglomeratowe. Przejęcia takie nie wzbudzają zazwyczaj wątpliwości pod względem ich zgodności z prawem ochrony konkurencji (Bundeskartellamt, 2006). Przejęcia konglomeratowe są uważane, co do zasady, za prokonkurencyjne (KE, 2008, pkt 11 i n.). Tego typu koncentracje „w najmniejszym stopniu mogą rodzić problemy rynkowe, gdyż dotyczą przedsiębiorców, których nie łączą żadne wspólne więzy” (Błachucki, 2012, s. 36). Po pierwsze, w przeciwieństwie

<sup>4</sup> Pierwotnie, art. Cunningham, Ederer i Ma ukazał się w 2018 r., jednakże niniejsze badania są oparte na jego zaktualizowanej wersji z 2020 roku.



do połączeń horyzontalnych, przejęcia konglomeratowe nie pociągają za sobą eliminacji bezpośredniego konkurenta, po drugie, gdy produkty oferowane przez łączące się strony wzajemnie się uzupełniają, transakcja może przynieść znaczne korzyści konsumentom (Lécuyer, 2020, s. 46). Korzyści zakresu (*economies of scope*), efekty synergii konsumpcyjnej (*consumption synergies*) oraz komplementarność w zakresie zdolności (*complementary capabilities*) występują również na rynkach cyfrowych (Bourreau i de Streel, 2019, s. 8 i n.).

Jednakże, przejęcia konglomeratowe mogą wywoływać tzw. efekty konglomeratowe, które powstają, gdy co prawda produkty łączących się przedsiębiorstw nie znajdują się na tym samym rynku produktowym, ale transakcja ma wpływ na konkurencję (Mancini i Lapenta, 2020, s. 2). W unijnym prawie kontroli koncentracji, ze względu na postępujący rozwój cyfryzacji i związane z nim wyzwania, w ostatnim czasie szczególną wagę przykładana się do analizy tych efektów (Witt, 2022, s. 236). Takie efekty mogą być wywołane poprzez: (i) skutki jednostronne, w szczególności ryzyko, że spółka po połączeniu będzie w stanie wykluczyć konkurencję poprzez stosowanie strategii wiązanych lub pakietowych; (ii) efekty skoordynowane, w szczególności fakt, że połączenie ułatwi osiągnięcie zмовы; oraz (iii) wydajności, które mogą się urzeczywistnić dopiero w wyniku połączenia (Mancini i Lapenta, 2020, s. 8).

Możliwość wystąpienia efektów konglomeratowych jest wyższa w przypadku transakcji przeprowadzanych na rynkach cyfrowych (OECD, 2022, s. 51–52). Sprzyjają im rozwój platform cyfrowych, opierających swój model biznesowy na ekosystemach połączonych usług (Witt, 2022, s. 236 i n.). Jest prawdopodobne, że start-up wszedłby na rynek produktowy, gdyby nie przejęcie go przez platformę cyfrową o znaczącej sile rynkowej, lecz w praktyce, w oparciu o obecne narzędzia kontroli koncentracji przedsiębiorstw, rzadko jest to możliwe do udowodnienia (Bryan i Hovenkamp, 2020, s. 616).

Ponadto, w odniesieniu do transakcji horyzontalnych na rynkach cyfrowych, pojawiają się nowe teorie szkody<sup>5</sup>. Przykładowo, w decyzji *Apple/Shazam*<sup>6</sup>, KE powołała się na teorię szkody związanej z danymi, która miała na celu ocenę czy Apple, poprzez nabycie aplikacji do rozpoznawania muzyki Shazam, może uzyskać dostęp do krytycznych danych na temat preferencji klientów strumieniowego przesyłania muzyki, które mógłby wykorzystać do podważenia zdolności konkurencyjnych platform do strumieniowego przesyłania muzyki. Jak wskazują zresztą badania OECD, liczba przejęć przeprowadzanych ze względu na dane (*data-driven mergers*) wzrosła w ciągu zaledwie czterech lat (2008–2012) z 55 do 164 (OECD, 2015, s. 94).

## 2. Cechy rynków, które sprzyjają przeprowadzaniu „zabójczych przejęć”

Z uwagi na czynniki, takie jak efekty sieciowe (*network effects*) i korzyści skali (*economies of scale*), a także znaczącą przewagę „pierwszego gracza” (*first-mover advantages*) nad innymi przedsiębiorcami, istnieje duże ryzyko monopolizacji rynków cyfrowych (Kwoka i Valletti, 2021, s. 46). Tego rodzaju spółki mają tak duży wpływ na działalność start-upów i ich pozycję rynkową, że przypisuje się im szczególną odpowiedzialność w kontekście utrzymania prawidłowej konkurencji.

W istotnym stopniu to dzięki podmiotom zajmującym pozycję dominującą na rynkach cyfrowych start-upy pozyskują informacje na temat uwarunkowań, cech i preferencji konsumentów. Takie

<sup>5</sup> Szczegółowa analiza teorii szkody w odniesieniu do przejęć konglomeratowych pozostaje jednak poza zakresem tego artykułu.

<sup>6</sup> Dec. KE z 6.09.2018 r., *Apple/Shazam*, M.8788.

spółki stanowią często jedyną drogę dostępu start-upów do strony popytowej, zwłaszcza jeżeli dane przedsiębiorstwo dopiero wkracza na rynek i jego firma nie jest rozpoznawalna (nie występują wówczas efekty marki), co ma szczególnie doniosłe znaczenie w przypadku start-upów, które z istoty prowadzą działalność gospodarczą od niedawna.

W gospodarce cyfrowej ważnym zasobem jest duża baza użytkowników (*large user basis*), dzięki której spółka może łatwo rozszerzyć swoją przestrzeń produktową i konkurować z siecią zasiedziałą (Gautier i Lamesh, 2020, s. 4).

### 3. Kryteria kontroli koncentracji w stosunku do „zabójczych przejęć”

Niezwykle trudno dokonać wyczerpującej oceny przyszłej koncentracji, jeżeli obejmuje ona dynamicznie rozwijający się nowy podmiot. Kryterium obrotu jest niedostosowane do specyfiki transakcji cyfrowych, w których obroty nie zawsze są indykatywnym komponentem siły rynkowej (Bunworth, 2022, s. 4). Inne czynniki, takie jak innowacyjność, mają szczególne znaczenie na rynkach cyfrowych.

W praktyce obecne ramy kontroli koncentracji uniemożliwiają organom ochrony konkurencji analizę nawet transakcji, które mogą w istotny sposób zakłócić konkurencję.

### 4. Wyznaczanie rynku właściwego przy potencjalnych „zabójczych przejęciach”

Start-upy często działają również na niszowych rynkach, które niekoniecznie są tożsame z rynkiem podmiotu przejmującego. Obecne przepisy dotyczące kontroli koncentracji uniemożliwiają uwzględnienie, że ten niszowy rynek zaspokoi wkrótce te same potrzeby konsumentów, co rynek dominanta, a w efekcie podmiot przejmowany i podmiot przejmujący staną się potencjalnymi konkurentami.

Przykładowo, w decyzji brytyjskiego organu ochrony konkurencji (*Office of Fair Trading*) w sprawie *Facebook/Instagram*<sup>7</sup> wzięto pod uwagę, że Instagram rozpoczął działalność biznesową na rynku, na którym był aktywny Facebook (serwisy społecznościowe), lecz pominął, iż Instagram będzie w stanie monetyzować swoje usługi (Pike, 2020, s. 25). Nie uwzględniono bowiem, że Facebook i Instagram, jako platformy cyfrowe, konkurują o uwagę (*competition for attention*), która jest następnie odsprzedawana reklamodawcom po drugiej stronie rynku (Wu, 2019, s. 777).

Dlatego też organy ochrony konkurencji powinny w szczególnym stopniu zwrócić uwagę na zagrożenie koncentrowania się tylko na jednej stronie rynku, na przykład substytucyjności z perspektywy konsumenta (Caro de Sousa, 2016, s. 6).

### 5. „Zabójcze przejęcia” na rynkach cyfrowych

Transpozycja konceptu „zabójczych przejęć” do sektora cyfrowego nie jest oceniana jednoznacznie. Analiza takich transakcji przeprowadzona w odniesieniu do sektora farmaceutycznego wydaje się nie być adekwatna w odniesieniu do rynków cyfrowych (Lécuyer, 2020, s. 45). Po pierwsze, o ile fuzje GAFAM na rynkach cyfrowych mogą być związane zarówno z potencjalną, jak i z przyszłą konkurencją, o tyle „zabójcze przejęcia” w sektorze farmaceutycznym dotyczą potencjalnych, a nie przyszłych konkurentów. Oznacza to, że nabywany konkurent jest już, choćby potencjalnie, aktywny na rynku nabywcy.

<sup>7</sup> Dec. Office of Fair Trading z 14.08.2012 r., *Facebook/Instagram*, ME/5525/12.

Po drugie, „zabójcze przejęcia” w sektorze farmaceutycznym rzeczywiście skutkują „zabiciem” konkurenta i nabytej technologii. Przykładowo, w przypadku transakcji *Questcor/Synacthen*, Questcor nabył i wyeliminował konkurencję przewencyjnie (Cunningham i in., 2020, s. 1 i n.; Federal Trade Commission, 2017). Synacthen był wschodzącym konkurentem (*nascent competitor*) Questcor, pracującym nad rozwojem i wprowadzeniem na rynek produktu, który nakładałby się na produkt Questcor (*overlapping product*).

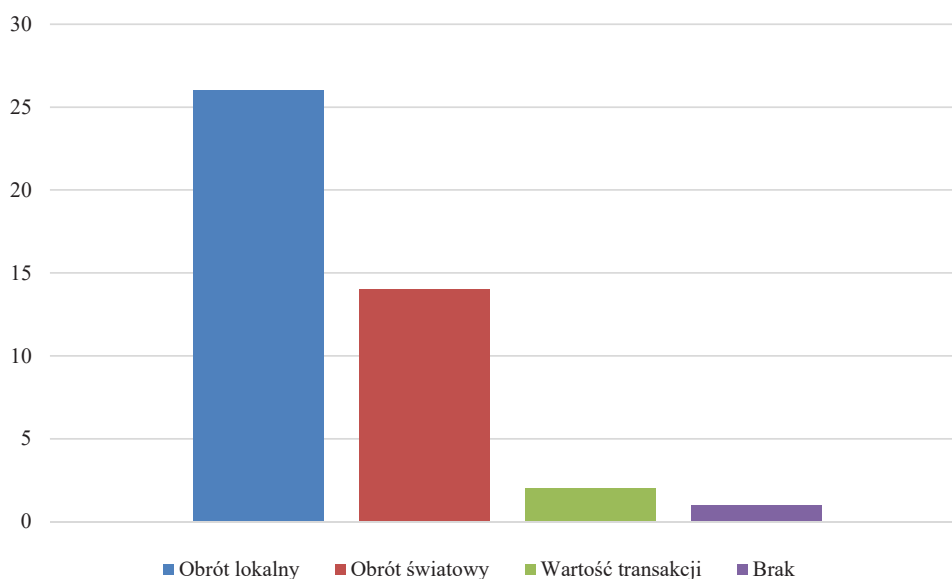
Mechanizm ten funkcjonuje inaczej na rynkach cyfrowych, na których fuzja niekoniecznie „zabija” technologię przejętego (potencjalnego lub przyszłego) konkurenta. Raczej, jeśli wartość produktu opiera się na użytkowniku, zachodzi zjawisko przeciwne (Gautier i Lamesh, 2020, s. 4). Przykładem może być fuzja Facebook/Instagram (nie podlegająca analizie KE). Gdy Facebook kupił Instagram w 2012 r., przejmowane przedsiębiorstwo miało 30 milionów aktywnych użytkowników miesięcznie. Facebook rozwinął jednak produkty i usługi Instagrama, doprowadzając do sytuacji, w której Instagram w 2021 r. przekroczył 1 miliard użytkowników.

### III. Unijny system kontroli koncentracji a „zabójcze przejęcia” na rynkach cyfrowych

#### 1. Obecny system kontroli koncentracji przedsiębiorstw w Unii Europejskiej – uwagi wprowadzające

Spośród 53 jurysdykcji analizowanych w badaniach OECD w 2016 r. (Caro de Sousa, 2016), ponad 85% przyjmuje progi zgłoszeniowe oparte na obrotach, prawie 20% opiera się na aktywach, około 7% na wartości transakcji i 9% na udziałach w rynku (Carugati, 2019, s. 2). Unijny system kontroli koncentracji przedsiębiorstw, podobnie jak systemy większości państw członkowskich, jest oparty na kryterium obrotu (zob. rys. 1).

**Rysunek 1.** Kryterium kontroli koncentracji przedsiębiorstw w państwach członkowskich



Źródło: opracowanie własne na podstawie: Caro de Sousa, 2016; ICLG, 2021.

„Obrót” w ujęciu rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw jest definiowany jako kwoty uzyskane przez przedsiębiorstwo w poprzednim roku finansowym ze sprzedaży produktów i świadczenia usług (po odliczeniu podatków bezpośrednio związanych z obrotem)<sup>8</sup>. Termin „obrot” jest powszechnie używany w odniesieniu do zarówno testów prawnych stosowanych do ustalenia czy transakcja podlega obowiązkowi zgłoszenia, jak i kryteriów stosowanych w tych testach (Caro de Sousa, 2016, s. 8).

Celem kryterium obrotu jest uchwycenie całkowitej wielkości zasobów gospodarczych, które są łączone w ramach transakcji, zamiast skupiania się wyłącznie na podmiotach prawnych, które formalnie zawarły transakcję (Caro de Sousa, 2016, s. 10). Z tego względu obroty są zazwyczaj liczone w odniesieniu do grup kapitałowych łączących się przedsiębiorstw. Obrót grup kapitałowych jest stosunkowo łatwy do ustalenia dla łączących się przedsiębiorstw, np. poprzez analizę dokumentów finansowych z ostatniego roku obrotowego.

Kryterium obrotu ma wiele zalet. Gwarantuje ono, że KE nie otrzyma notyfikacji transakcji, która nie ma wymiaru wspólnotowego, a także nie nakłada ono nadmiernych obciążeń administracyjnych na łączące się strony (Bunworth, 2022, s. 4). Kryterium obrotu jest również zgodne z zasadą pewności prawa. Samo rozporządzenie w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw jest oparte na założeniu, że „[w] interesie pewności prawa ważność transakcji musi być (...) chroniona w niezbędnym zakresie”<sup>9</sup>.

## 2. Wątpliwości co do kryterium obrotu

Kryterium obrotu ma jednak mankamenty, w szczególności w odniesieniu do transakcji zawieranych na rynkach cyfrowych. Przede wszystkim jest ono niedostosowane do specyfiki platform cyfrowych, które często zaczynają swoją działalność jako małe, niewielkie przedsiębiorstwa z wysokim potencjałem szybkiego wzrostu (Sharma, Schroeck, Kwan i Sessaadri, 2020, s. 2; Aalst, Hinz i Weinhardt, 2019). Jak wskazuje brytyjski organ ochrony konkurencji (*Competition and Markets Authority*), „aplikacje społecznościowe i strony internetowe nie zawsze oferują możliwości zarabiania od samego początku, ale raczej zwiększają swoją bazę użytkowników, a następnie rozwijają możliwości zarabiania, gdy mają wystarczająco dużą bazę użytkowników, aby być atrakcyjnymi dla reklamodawców”<sup>10</sup>.

Wobec powyższego, jeżeli przejęcie start-upu nastąpi na odpowiednio wczesnym etapie, w systemie kontroli koncentracji opartym na kryterium obrotu organ ochrony konkurencji nie ma narzędzi prawnych, aby uniemożliwić finalizację transakcji, która za niedługi okres może znacząco wzmocnić pozycję podmiotu dominującego i zakłócić konkurencję na danym rynku. Jak wskazała KE, „rozwój sytuacji na rynku doprowadził do stopniowego wzrostu koncentracji przedsiębiorstw, które odgrywają lub mogą przekształcić się w odgrywanie znaczącej roli konkurencyjnej na danym rynku (rynkach), mimo że generują niewielki obrót lub nie generują go wcale w momencie koncentracji”<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Art. 5 ust. 1 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw.

<sup>9</sup> Motyw 34 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw.

<sup>10</sup> Dec. Office of Fair Trading z 14.08.2012 r., *Facebook/Instagram*, ME/5525/12, pkt 19.

<sup>11</sup> Pkt 9 Komunikatu KE.

Z tego powodu KE postanowiła dać „drugie życie” art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw i zachęcić krajowe organy ochrony konkurencji, aby korzystały z tego mechanizmu w celu analizy transakcji, które mogą zakłócić konkurencję.

### 3. Propozycja wprowadzenia nowego kryterium – wartość transakcji w Niemczech i Austrii

Dodatkowym kryterium kontroli koncentracji przedsiębiorstw stosowanym przez niektóre państwa członkowskie jest wartość transakcji. Niemcy i Austria wprowadziły je w 2017 r., chcąc m.in. odpowiedzieć na problem przejęć konglomeratowych na rynkach cyfrowych (Bunworth, 2021, s. 5). W październiku 2016 r. sama KE przeprowadziła konsultacje społeczne w celu ustalenia czy progi oparte na obrotach obejmowały wszystkie transakcje, które potencjalnie mogłyby mieć wpływ na konkurencję na rynku wewnętrznym<sup>12</sup>. KE doszła jednak do wniosku, że zmiany nie są konieczne, ponieważ większość respondentów była zdania, że istnieją niewystarczające dowody empiryczne na istnienie luki w przepisach z zakresu kontroli koncentracji, a także, iż KE powinna poczekać i przeanalizować, jak funkcjonują progi wartości transakcji w systemach państw członkowskich, przed zmianą przepisów unijnych<sup>13</sup>.

Nowelizacja niemieckiej<sup>14</sup> oraz austriackiej<sup>15</sup> ustawy o konkurencji z 2017 r. (zmieniona nowelizacją z 2021 r.) wprowadziła test wartości transakcji. Zgodnie z nim, transakcja podlega analizie organu ochrony konkurencji, gdy: (i) w ostatnim roku obrotowym łączny światowy obrót wszystkich przedsiębiorstw wyniósł ponad EUR 500 milionów w Niemczech lub EUR 300 milionów w Austrii; (ii) w ostatnim roku obrotowym obrót lokalny jednego z przedsiębiorstw wyniósł ponad EUR 50 milionów w Niemczech lub EUR 15 milionów w Austrii; (iii) w ostatnim roku obrotowym drugie z przedsiębiorstw związanych z transakcją nie osiągnęło obrotu lokalnego przekraczającego EUR 17,5 milionów w Niemczech oraz EUR 1 milion w Austrii; (iv) wartość wynagrodzenia za nabycie przekracza EUR 400 milionów w Niemczech lub EUR 200 milionów w Austrii; (v) przedsiębiorstwo docelowe posiada znaczną działalność (*substantial operations*) w Niemczech lub Austrii<sup>16</sup>.

Podobnie jak w „tradycyjnym” teście opartym na obrocie<sup>17</sup>, warunkiem wstępnym wymogu zgłoszenia jest wygenerowanie określonego światowego obrotu przez łączące się przedsiębiorstwa. Dodatkowe kryterium dotyczy lokalnego wymiaru transakcji. Jedno z łączących się przedsiębiorstw musi wygenerować w Niemczech obrót w wysokości co najmniej EUR 50 milionów lub EUR 15 milionów w Austrii. Ponadto jest wymagane, aby żadna inna strona, w szczególności spółka docelowa, nie osiągnęła w Niemczech lub Austrii obrotów powyżej odpowiednio EUR 17,5 milionów lub EUR 1 milion. W przeciwnym razie, zastosowanie znajdzie „tradycyjny” test oparty na obrocie. Co ciekawe, istotna jest wartość wynagrodzenia za nabycie przedsiębiorstwa, która musi wynosić ponad EUR 400 milionów. Ma to szczególne znaczenie w przypadku „zabójczych przejęć”, w których wynagrodzenie za nabycie start-upu często przekracza jego aktualną

<sup>12</sup> KE. (2016). *Consultation Strategy, Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU Merger Control*. Pozyskano z: [https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2016-merger-control\\_en](https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2016-merger-control_en) (2.08.2022).

<sup>13</sup> KE. (2017). *Summary of replies to the public consultation on evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control*. Pozyskano z: [https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-04/summary\\_of\\_replies\\_en.pdf](https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-04/summary_of_replies_en.pdf) (2.08.2022).

<sup>14</sup> Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (dalej: GWB).

<sup>15</sup> Kartellgesetz (dalej: KartG).

<sup>16</sup> Sekcja 35 (1a) GWB oraz Sekcja 9 (4) KartG.

<sup>17</sup> Sekcja 35 (1) GWB oraz Sekcja 9 (1)–(3) KartG.

wartość rynkową. Bieżące obroty i cena nabycia przedsiębiorstwa często różnią się w nieproporcjonalnym stopniu w tego typu transakcjach, gdyż cena odzwierciedla innowacyjność pomysłów biznesowych o dużym potencjale konkurencyjnym na rynku. Przykładowo, w 2012 r. Facebook nabył Instagram za cenę USD 1 miliarda, co było zaskakujące, zważając iż Instagram liczył wówczas 13 pracowników i nie generował znaczących dochodów (Business-Standard, 2020). Ostatnim kryterium jest wymóg prowadzenia przez przedsiębiorcę znaczącej działalności w Niemczech.

Nowelizacja miała na celu „zlikwidować lukę w systemie kontroli koncentracji, tak aby mógł on w jak najpełniejszym stopniu pełnić swoją funkcję w coraz bardziej dynamicznym otoczeniu gospodarczym”<sup>18</sup>. W szczególności, miała ona dostosować obowiązujące przepisy do postępującej cyfryzacji gospodarki i społeczeństwa.

Dotychczas do niemieckiego organu ochrony konkurencji (Bundeskartellamt) zgłoszono 14 transakcji na podstawie Sekcji 35 (1a) GWB. Kryterium wartości transakcji zostało wykorzystane do uzasadnienia wymogu zgłoszenia w czterech transakcjach (dwie z 2019 r. oraz dwie z 2020 r.), z których niektóre zostały opisane jako „zapobiegawcze”. W jednym z tych przypadków zgłoszenie zostało wycofane po tym, gdy okazało się, że w sprawie nie występuje obowiązek notyfikacji. W pozostałych trzech sprawach transakcje zostały przeanalizowane i zaakceptowane w pierwszej fazie (choć w niektórych przypadkach kwestia wymogu zgłoszenia nie została ostatecznie rozwiązana). Dotychczas żadna transakcja zgłoszona na podstawie progu wartości transakcji określonego w ust. 35 ust. 1a GWB nie została zbadana w fazie drugiej. Bundeskartellamt udzielał także odpowiedzi na podobną liczbę nieformalnych zapytań wstępnych dotyczących możliwości zastosowania progu wartości transakcji do konkretnych transakcji. Brak obowiązku zgłoszenia wynikał najczęściej z faktu, że nie można było wykazać znaczącego zakresu działalności krajowej przedsiębiorstwa docelowego w rozumieniu Sekcji 35 (1a) pkt 4 GWB (Bundeskartellamt, 2021, s. 36)<sup>19</sup>.

Co ciekawe, wyjaśnienia kryteriów kontroli koncentracji wprowadzonych w Sekcji 35 (1a) GWB dokona niemiecki sąd. W dniu 9 grudnia 2021 r. Bundeskartellamt uznał bowiem nabycie Kustomer przez Meta (Facebook) za podlegające obowiązkowi zgłoszenia zgodnie z Sekcją 35 ust. 1a GWB, co zostało zaskarżone przez Meta<sup>20</sup>.

Z przytoczonych danych wynika, że, po pierwsze, mimo kontroli transakcji potencjalnie znajdujących się w zakresie pojęcia „zabójczych przejęć”, Bundeskartellamt nie stwierdził, aby finalizacja tych transakcji mogła wyrzucić negatywne skutki dla konkurencji. Może to oznaczać, że należałoby rozważyć przyjęcie alternatywnych dla obecnych teorii szkody. Po drugie, należałoby przyjrzeć się czy warunek z Sekcji 35 (1a) GWB nie jest zbyt restrykcyjny i z tego względu nie powoduje, że transakcje, które mogą zagrozić konkurencji, nadal nie są analizowane. Kryterium wartości transakcji może więc nie rozwiązać problemu „zabójczych przejęć” na rynkach cyfrowych, na przykład ze względu na skomplikowane schematy płatności, które umożliwiają „obchodzenie” obowiązku notyfikacji przez przedsiębiorstwa (Carugati, 2019, s. 4). Ustalanie wartości transakcji

<sup>18</sup> Bundeskartellamt, Bundeswettbewerbsbehörde. (2022). Leitfaden Transaktionswert-Schwellen für die Anmeldepflicht von Zusammenschlussvorhaben (§ 35 Abs. 1a GWB und § 9 Abs. 4 KartG). Pozyskano z: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Leitfaden/Leitfaden\\_Transaktionsschwelle.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Leitfaden/Leitfaden_Transaktionsschwelle.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (2.08.2022).

<sup>19</sup> Decyzje Bundeskartellamt z zakresu kontroli koncentracji są, co do zasady, publikowane tylko wtedy, gdy zostały ocenione w drugiej fazie. Z tego względu, decyzje wydane dotychczas na podstawie Sekcji 35 (1a) pkt 4 GWB nie są dostępne publicznie.

<sup>20</sup> Zob. dec. Bundeskartellamt z 9.12.2021 r., *Meta/Kustomer*, B6-37/21; informacja o zaskarżeniu decyzji uzyskana w formie pisemnej w ramach badań naukowych autorki bezpośrednio od Bundeskartellamt.

jest dokonywane przez same strony połączenia i z tego względu istnieje ryzyko arbitralności co do tego kryterium (Bunworth, 2022, s. 5). Na marginesie, inne państwa członkowskie, takie jak Włochy, ostatnio również zaczęły wprowadzać reformy swoich systemów kontroli koncentracji, aby dostosować je do tzw. zabójczych przejęć (Beretta i Tremolada, 2022).

#### 4. Mechanizm art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw

Problem ten został dostrzeżony przez KE, która, próbując wykorzystać istniejące ramy prawne, w marcu 2021 r. dokonała reinterpretacji art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw. Art. 22 zezwala państwu członkowskiemu na zwrócenie się do KE z wnioskiem o ocenę potencjalnie problematycznej transakcji, nawet jeśli znajduje się ona poniżej krajowych progów obrotu. Każde inne państwo członkowskie ma prawo przyłączyć się do pierwotnego wniosku innego państwa. W przeciwieństwie do art. 4 ustępu 5 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, nie istnieje minimalna liczba jurysdykcji niezbędnych do przekazania sprawy. Aby wniosek państwa członkowskiego o odesłanie sprawy był dopuszczalny, muszą być spełnione dwa warunki wstępne – koncentracja musi: (i) wpływać na handel między państwami członkowskimi oraz (ii) grozić znaczącym zakłóceniem konkurencji na terytorium państwa członkowskiego (państw członkowskich) składającego wniosek.

W latach 80. XX wieku reżimy krajowe odeszły od zorientowanej na państwo (*dirigiste*) i uznaniowej interwencji przemysłowej w kierunku ekonomii deregulacyjnej i bardziej konkurencyjnej polityki (Schwartz, 1993, s. 626). Kształtowanie się WE w obecnych ramach, w tym przyjęcie rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw w 1989 r., można zatem częściowo przypisać konwergencji polityk gospodarczych między dwunastoma państwami członkowskimi (Sandholtz i Zysman, 1992, s. 111–112).

Warto zauważyć, że podstawowym mechanizmem utrzymania niezakłóconej konkurencji na rynku unijnym był mechanizm zapobiegania nadużywaniu pozycji dominującej. System kontroli koncentracji został dodany do porządku prawnego UE w celu uzupełnienia unijnego prawodawstwa antymonopolowego (i kartelowego). KE uznała rozporządzenie w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw za „istotny dodatkowy instrument udostępniony [jej] przez Radę w celu zapewnienia systemu niezakłóconej konkurencji we Wspólnocie” (KE, 1991, pkt 20). TSUE przyznała zresztą, że dokonanie transakcji może być nadużyciem pozycji dominującej, gdy przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą wzmacnia swoją pozycję poprzez koncentrację w taki sposób, że rzeczywista lub potencjalna konkurencja w zakresie danych towarów jest w praktyce eliminowana na znacznej części wspólnego rynku<sup>21</sup>. Podstawą prawną przyjęcia rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw były art. 87<sup>22</sup> i 235<sup>23</sup> traktatu rzymskiego. W związku z tym, rozporządzenie w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw było jedynie instrumentem prawnym powstałym na mocy traktatu rzymskiego – nie miało mocy zmiany tego traktatu. Biorąc to pod uwagę, można zastanawiać się, czy art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji

<sup>21</sup> Wyr. TSUE z 21.02.1973 r., C-6/72, *Continental Can* (ECLI:EU:C:1973:22), pkt 28; zob. też opinia Rzecznik Generalnej J. Kokott z 13.10.2022 r., C-449/21, *Towercast* (ECLI:EU:C:2022:777).

<sup>22</sup> Art. 87 ustęp 1 zdanie 1 traktatu rzymskiego: „[w] ciągu trzech lat od wejścia w życie niniejszego Traktatu, Rada, stanowiąc jednomyślnie na wniosek Komisji i po konsultacji ze Zgromadzeniem, wydaje rozporządzenia lub dyrektywy w celu zastosowania zasad ustanowionych w art.ach 85 i 86”.

<sup>23</sup> Art. 235 traktatu rzymskiego: „[j]eżeli działanie Wspólnoty okaże się niezbędne do osiągnięcia, w ramach funkcjonowania wspólnego rynku, jednego z celów Wspólnoty, a niniejszy Traktat nie przewidział kompetencji do działania wymaganego w tym celu, Rada, stanowiąc jednomyślnie na wniosek Komisji i po konsultacji ze Zgromadzeniem, podejmuje właściwe działania”.

przedsiębiorstw ma moc, aby zmienić (rozszerzyć) uprawnienia KE w stosunku do tych, które przyznawały jej art. 85 (zakaz antykonkurencyjnych porozumień) i 86 (zakaz nadużycia pozycji dominującej) traktatu rzymskiego.

Historycznie, art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw miał na celu umożliwienie państwom członkowskim nieposiadającym przepisów dotyczących kontroli koncentracji skierowania sprawy do KE. Pierwotnym celem art. 22 było zapewnienie skuteczności mechanizmu kontroli koncentracji w całej Unii Europejskiej, nawet w państwach, które nie przyjęły jeszcze odpowiedniego systemu kontroli koncentracji (były to Belgia, Dania, Finlandia i Królestwo Niderlandów). Art. 22 został wprowadzony z inicjatywy Królestwa Niderlandów i dlatego określano go jako „klauzulę niderlandzką” (*Dutch clause*) (Bunworth, 2022, s. 7).

Celem art. 22 było także uniknięcie sytuacji, w której ta sama transakcja byłaby poddawana analizie przez różne krajowe organy ochrony konkurencji. Jego celem było zwiększenie pewności prawa i wzmocnienie ideału kompleksowej obsługi w zakresie kontroli połączeń (*One Stop Shop principle*). Wniosek wystosowany przez państwo członkowskie na mocy art. 22 wszczyna mechanizm, który zatrzymuje równoległą ocenę dokonywaną przez inne krajowe organy ochrony konkurencji i daje im możliwość przyłączenia się do wniosku. Jednakże, w przeciwieństwie do wniosków przewidzianych w art. 4 ust. 5 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, krajowe organy ochrony konkurencji nie są zobowiązane do przyłączenia się do odesłania na mocy art. 22, a zatem połączenie może być oceniane przez KE i przez co najmniej jeden krajowy organ ochrony konkurencji.

KE nie weryfikuje właściwości organu państwa członkowskiego składającego wniosek. W sprawie *Kesko/Tuko*<sup>24</sup> (drugie zastosowanie art. 22 w historii) KE podkreśliła, że „do Komisji nie należało określenie na etapie postępowania administracyjnego kompetencji OFC na mocy prawa fińskiego do złożenia wniosku na podstawie art. 22 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89; wymagano jedynie sprawdzenia, czy wniosek, z którym się do niego zwrócono, był *prima facie* wnioskiem złożonym przez Państwo Członkowskie w rozumieniu art. 22”<sup>25</sup>. Warto jednak zauważyć, że sprawa *Kesko/Tuko* opierała się na najstarszej wersji art. 22. Wówczas miał on na celu zapewnienie skuteczności unijnego systemu kontroli koncentracji przedsiębiorstw w państwach członkowskich, które nie miały swoich przepisów w tym zakresie. Krajowe organy ochrony konkurencji tych państw nie miały możliwości analizowania transakcji. W związku z tym KE nie miała wyjścia – musiała stwierdzić, że nie weryfikuje kompetencji krajowych organów ochrony konkurencji do dokonania odesłania na podstawie art. 22. W przeciwnym razie, stosowanie art. 22 mogłoby być znacznie ograniczone.

Ponadto, pierwotne rozporządzenie w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw z 1989 r.<sup>26</sup> nie odnosiło się do zasady *One Stop Shop*. Dopiero rozporządzenie w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw z 1997 r.<sup>27</sup> wprowadziło mechanizm wspólnego przekazywania spraw przez więcej niż jedno państwo członkowskie: „[j]eżeli Komisja stwierdzi, na wniosek państwa członkowskiego lub na wspólny wniosek dwóch lub więcej państw członkowskich, że koncentracja określona w art. 3, która nie ma wymiaru wspólnotowego w rozumieniu art. 1, tworzy lub wzmocnia pozycję

<sup>24</sup> Dec. KE z 26.06.1996 r., *Kesko/Tuko*, M.784.

<sup>25</sup> Wyr. Sądu z 15.12.1999 r., T-22/97, *Kesko przeciwko KE* (ECLI:EU:T:1999:327), pkt 82.

<sup>26</sup> Rozporządzenie Rady (EWG) nr 4064/89 z 21.12.1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. EWG 1989 L 395/1).

<sup>27</sup> Rozporządzenie Rady (WE) nr 1310/97 z 30.06.1997 r. zmieniające rozporządzenie (EWG) nr 4064/89 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. WE 1997 L 180/1).



dominującą, w wyniku czego skuteczna konkurencja zostałaby znacznie utrudniona na terytorium państwa członkowskiego lub państw członkowskich składających wspólny wniosek, może, w zakresie, w jakim koncentracja ta wpływa na handel między państwami członkowskimi, przyjmując decyzje przewidziane w art. 8 ust. 2 akapit drugi ust. 3 i 4”<sup>28</sup>.

Aktualne rozporządzenie w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw z 2004 r. wprowadziło kolejną modyfikację brzmienia i znaczenia art. 22. Aby zwiększyć pewność prawa i wzmocnić ideał kompleksowej obsługi w zakresie kontroli koncentracji, przyjęto obecną wersję art. 22. Po pierwsze – aby krajowy organ ochrony konkurencji mógł wystosować wniosek na podstawie art. 22, transakcja musi zostać zakwalifikowana jako koncentracja w rozumieniu art. 3 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw: „[j]edno lub więcej Państw Członkowskich może złożyć do Komisji wniosek o zbadanie wszelkiej koncentracji, jak określono w art. 3 (...)”<sup>29</sup>. W Komunikacie KE wyjaśniono, że czynniki, które mogłyby być istotne w tym zakresie, mogą obejmować lokalizację (potencjalnych) klientów, dostępność i ofertę przedmiotowych produktów bądź usług, gromadzenie danych w kilku państwach członkowskich lub opracowywanie i realizację projektów badawczo-rozwojowych, których wyniki, w tym prawa własności intelektualnej, w przypadku powodzenia mogą być komercjalizowane w więcej niż jednym państwie członkowskim<sup>30</sup>. Po drugie – koncentracja nie może mieć wymiaru europejskiego: „... który nie ma wymiaru wspólnotowego w rozumieniu art. 1...”. Po trzecie – koncentracja musi wpływać na handel między państwami członkowskimi: „ale wpływa na handel między Państwami Członkowskimi”. Po czwarte – koncentracja musi grozić znaczącym zakłóceniem konkurencji na terytorium państwa członkowskiego lub państw członkowskich składających wniosek: „i grozi znaczącym wpływem na konkurencję na terytorium Państwa Członkowskiego lub Państw Członkowskich składających wniosek”<sup>31</sup>.

Do tej pory popularność art. 22 była stosunkowo niska. Od 21 września 1990 r. do 31 lipca 2022 r. krajowe organy ochrony konkurencji wystosowały 44 wniosków o zbadanie transakcji na podstawie art. 22, co oznacza średnio mniej niż jedno odesłanie rocznie (KE, 2022).

Art. 22 nie był stosowany jednowymiarowo, na przykład wyłącznie do oceny transakcji z sektora farmaceutycznego lub cyfrowego. W latach 2019–2020 KE oceniła cztery połączenia, które zostały zgłoszone krajowym organom ochrony konkurencji: Johnson & Johnson/Tachosil, Mastercard/Nets, Fincantieri/Chantiers de l’Atlantique i Iconex/Hansol Denmark/R + S Group. Ponadto art. 22 umożliwił KE ocenę transakcji potencjalnie znajdującej się w zakresie pojęcia „zabójczych przejęć”, czyli Apple/Shazam<sup>32</sup>. Niektóre inne tego typu przejęcia, na przykład Facebook/Whatsapp<sup>33</sup>, również podlegały jurysdykcji KE, choć nie na podstawie odesłania z art. 22, lecz art. 4 ust. 5 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw. Inne transakcje potencjalnie będące „zabójczymi przejęciami”, takie jak Facebook/Giphy, Google/Waze i Facebook/Instagram, uniknęły jednak oceny KE, choć były analizowane przez niektóre krajowe organy ochrony konkurencji.

<sup>28</sup> Pkt 12 ust. b) rozporządzenia Rady (WE) nr 1310/97 z 30.06.1997 r. zmieniającego rozporządzenie (EWG) nr 4064/89 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. WE 1997 L 180/1).

<sup>29</sup> Art. 22 ust. 1 zd. 1 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw.

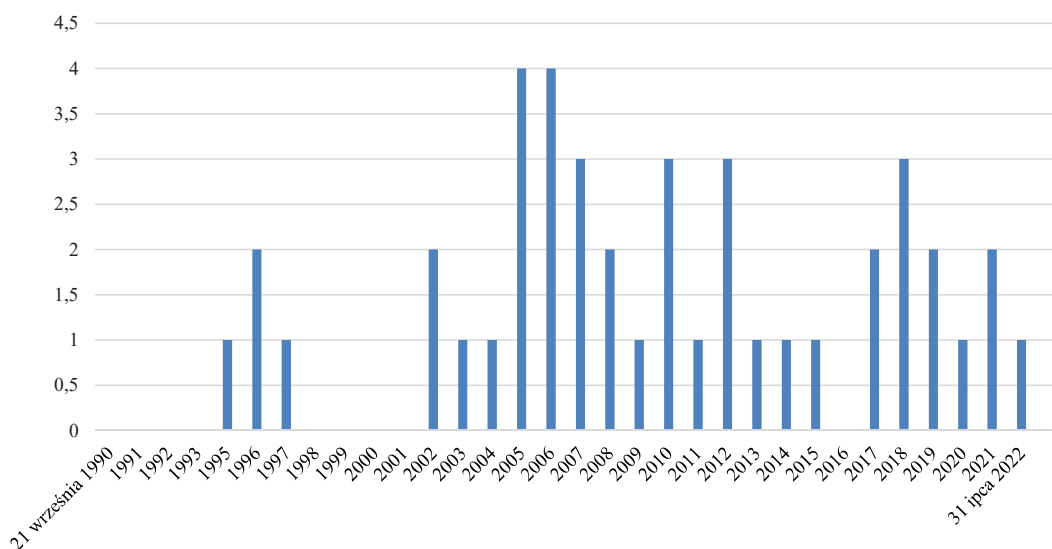
<sup>30</sup> Pkt 14 Komunikatu KE.

<sup>31</sup> Art. 22 ust. 1 zd. 1 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw.

<sup>32</sup> Dec. KE z 6.09.2018 r., *Apple/Shazam*, M.8788.

<sup>33</sup> Dec. KE z 3.10.2014 r., *Facebook/Whatsapp*, M.7217.

**Rysunek 2.** Wnioski o zbadanie transakcji przez KE wystosowywane przez krajowe organy ochrony konkurencji na podstawie art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw w latach 1990–2022



Źródło: opracowanie własne na podstawie: KE, 2022.

Żadna z transakcji, która została przekazana KE na podstawie art. 22, nie została uznana za mogącą zakłócić konkurencję. Zdarzyło się, że KE odmówiła przyjęcia odesłania na podstawie art. 22 ze względu na to, iż: (i) KE nie była najlepiej umiejscowionym organem do rozpatrzenia sprawy; (ii) odesłanie nie zostało uzgodnione przez wszystkie organy, które były uprawnione do dokonania przeglądu koncentracji; (iii) odesłanie naruszałoby zasadę pewności prawa, gdyż analiza została już rozpoczęta przez niektóre krajowe organy ochrony konkurencji.

## 5. Ocena zmiany interpretacji art. 22 przez Komisję Europejską

Wraz z rozwojem przepisów dotyczących kontroli koncentracji w państwach członkowskich, art. 22 nabrał nowego znaczenia. Jego celem było zapewnienie zharmonizowanego stosowania unijnych przepisów dotyczących kontroli łączenia przedsiębiorstw oraz rozwiązanie problemu wielokrotnych zgłoszeń.

Główny cel art. 22 – zapewnienie skutecznej kontroli koncentracji w państwach członkowskich, w których nie ma wewnętrznego prawodawstwa w tym zakresie, stał się nieaktualny. W 2004 r. wszystkie „problematyczne” państwa miały już własne przepisy dotyczące kontroli połączeń: Belgia od 1993 r. (OECD, 1997, s. 3); Finlandia od 1998 r. (Carletti, Hartmann i Ongena, 2012, s. 7); Królestwo Niderlandów od 1998 r. (Oosterhuis i Buruma, 2017, s. 11) i Dania od 2000 r. (Carletti, Hartmann i Ongena, 2012, s. 6). Obecnie, jedynym państwem, w którym brakuje takich przepisów jest Luksemburg.

W momencie sporządzania projektu KE nie brała jednak pod uwagę, że pięć dużych firm technologicznych Google, Microsoft, Facebook, Amazon i Apple przyjmie tak agresywną politykę przejęć, która jest obecnie wykorzystywana do nabywania konkurencyjnych pomysłów i technologii w ich względnym dzieciństwie (Kwoka, 2020, s. 199).

W marcu 2021 r. KE opublikowała Komunikat KE, w którym dokonała reinterpretacji art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw. KE przypomniała, że na podstawie art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, przyjmuje zgłoszenia z państw członkowskich dotyczące koncentracji, które nie przekraczają krajowych progów. Choć formalnie nowa polityka obejmuje transakcje na wszystkich rynkach, KE podkreśliła, że dotyczy ona „w szczególności transakcje w sektorze cyfrowym i farmaceutycznym” (Komunikat KE, 2021, pkt 10). Oznacza to, że reinterpretacja art. 22 ma na celu przeciwdziałanie „zabójczym przejęciom”, które, jak wskazano powyżej, są dokonywane właśnie w tych sektorach.

Jak wskazano w samym Komunikacie KE, „państwa członkowskie i Komisja zachowują znaczny margines swobody przy podejmowaniu decyzji, czy skierować sprawę [do KE] lub przyjąć odesłanie” (Komunikat KE, 2021, pkt 3). Ponadto, wątpliwości wzbudza interpretacja KE co do treści art. 22 ustępu 4 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw. Według KE, fakt, że transakcja została już zamknięta nie wyklucza możliwości złożenia przez państwo członkowskie wniosku o jej zbadanie (Komunikat KE, 2021, pkt 21). Taki margines swobodnego uznania przyznany organom administracji publicznej może wzbudzać wątpliwości pod względem zgodności z prawem unijnym (na przykład zasadą państwa prawa i zasadą pewności prawa), a ponadto, być bardzo kosztowny dla sektora prywatnego.

Obecna interpretacja art. 22, pozornie zgodna z jego literalną treścią, jest bardzo odważna, gdyż odbiega od jego pierwotnych założeń i celów. Żadne przedsiębiorstwo zawierające transakcję na terytorium UE nie stoi w obliczu próżni prawnej, tak jak spółki Kesko i Tuko w 1997 r., a opiera się na wielomiesięcznej analizie przeprowadzanej na podstawie obowiązujących ram prawnych.

Mimo powyższych wątpliwości, w dniu 13 czerwca 2022 r., Sąd orzekł o zgodności art. 22 z prawem unijnym w postępowaniu z odwołania od decyzji KE *Illumina/Grail*<sup>34</sup>. Sąd zastosował m.in. wykładnię teleologiczną rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, która wskazuje, że celem tego rozporządzenia jest umożliwienie skutecznej kontroli wszystkich koncentracji mających znaczący wpływ na strukturę konkurencji w Unii<sup>35</sup>. Sąd wprost powołał się na zasadę pewności prawa i stwierdził, że reinterpretacja art. 22 jest z nią zgodna. Sąd podkreślił, że „jedynie wykładnia przyjęta w spornych decyzjach zapewnia niezbędną pewność prawa i jednolite stosowanie art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw w Unii Europejskiej”<sup>36</sup>. Postępowanie nie jest jednak zakończone<sup>37</sup>, co oznacza, że TSUE również wypowie się na temat powyższej problematyki.

Możliwe, że pod wpływem Komunikatu KE i wzmożonego zainteresowania sektorem cyfrowym, krajowe organy ochrony konkurencji będą wnosily więcej wniosków o zbadanie potencjalnych przejęć konglomeratowych. Po ukazaniu się Komunikatu KE, krajowe organy ochrony konkurencji przekazały KE już trzy transakcje niepodlegające ich jurysdykcji. Wzrost liczby odesłań jest jednak niepewny. Nie wszystkie krajowe organy ochrony konkurencji podzielają bowiem pogląd KE co do zgodności reinterpretacji art. 22 z prawem unijnym, co było widoczne w postępowaniu w sprawie *Illumina/Grail*. W dniu 9 marca 2021 r. francuski organ ochrony konkurencji wystosował

<sup>34</sup> Wyr. Sądu z 13.06.2022 r., T-227/21, *Illumina przeciwko KE* (ECLI:EU:T:2022:447).

<sup>35</sup> Wyr. Sądu z 13.06.2022 r., T-227/21, *Illumina przeciwko KE* (ECLI:EU:T:2022:447), pkt 140.

<sup>36</sup> Wyr. Sądu z 13.06.2022 r., T-227/21, *Illumina przeciwko KE* (ECLI:EU:T:2022:447), pkt 179.

<sup>37</sup> Zob. postępowania przed TSUE, C-611/22 P oraz C-625/22 P, *Illumina przeciwko KE* oraz *Grail przeciwko KE i Illumina*.

na podstawie art. 22 wniosek do KE o analizę transakcji. Grecki, belgijski, norweski, islandzki oraz niderlandzki organ ochrony konkurencji przyłączyły się do wniosku. Kilka krajowych organów ochrony konkurencji – z Hiszpanii, Austrii, Słowenii, Irlandii, Litwy i Łotwy – uznało jednak, że nie może skierować transakcji do Komisji z powodu braku podstaw (Elkerbout, Reuder i Heurkens, 2021).

W świetle wątpliwości co do zgodności z prawem reinterpretacji art. 22, pojawia się pytanie, dlaczego KE nie zdecydowała się na legalną zmianę kryterium ustanowionego w rozporządzeniu w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw. Takich zmian dokonały już przecież niektóre państwa członkowskie.

Oczywiście, zmiana rozporządzenia byłaby znacznie bardziej wymagająca dla europejskich instytucji niż wydanie Komunikatu KE. Podstawą prawną dla takiej zmiany musiałyby być art. 103 TFUE<sup>38</sup> w związku z art. 352 TFUE<sup>39</sup>, który wymaga jednomyślności w Radzie (Komninos, 2021). Jednakże, w dyskusjach pojawiają się także pomysły, art. 103 TFUE w związku z art. 114 TFUE<sup>40</sup> powinny być rozważone jako potencjalna podstawa zmiany rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Franck, Monti i de Streel, 2021, s. 52).

## 6. Relacja między art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw i Aktem o rynkach cyfrowych

Poza trudnościami legislacyjnymi związanymi ze zmianą rozporządzenia, przyczyną porażki na samym Komunikacie KE może być przyjęcie w dniu 18 lipca 2022 r. Aktu o rynkach cyfrowych (RUE, 2022). Prawdopodobnie wejdzie on w życie wiosną 2023 r. (Vestager, 2022), natomiast przedsiębiorcy-adresaci będą musieli dostosować się do większości jego postanowień sześć miesięcy później<sup>41</sup>.

Mimo dyskusji w tym zakresie, w Akcie o rynkach cyfrowych ostatecznie nie zawarto postanowień pozwalających skutecznie przeciwdziałać „zabójczym przejęciom” (PE, 2021). Zgodnie z art. 14 ust. 1 Aktu o rynkach cyfrowych<sup>42</sup>, tzw. strażnicy dostępu muszą poinformować KE o każdej zawieranej transakcji, niezależnie od tego, czy podlega ona obowiązkowi zgłoszenia. Takie powiadomienie nie opóźnia finalizacji transakcji i wymaga podania mniejszej liczby szczegółów niż w przypadku zgłoszenia transakcji w standardowej procedurze kontroli koncentracji.

W związku z mechanizmem z art. 14 ust. 1 Aktu o rynkach cyfrowych, istnieje możliwość, że KE poinformuje państwa członkowskie o powiadomieniach o transakcjach, które otrzymuje od strażników dostępu. Krajowe organy ochrony konkurencji mogą następnie zdecydować o skierowaniu

<sup>38</sup> Art. 103 ust. 1 TFUE: „Rada, na wniosek Komisji i po konsultacji z Parlamentem Europejskim, wydaje rozporządzenia lub dyrektywy w celu zastosowania zasad ustanowionych w art.ach 101 i 102”.

<sup>39</sup> Art. 352 ust. 1 TFUE: „[j]eżeli działanie Unii okaże się niezbędne do osiągnięcia, w ramach polityk określonych w Traktatach, jednego z celów, o których mowa w Traktatach, a Traktaty nie przewidziały uprawnień do działania wymaganego w tym celu, Rada, stanowiąc jednomyślnie na wniosek Komisji i po uzyskaniu zgody Parlamentu Europejskiego, przyjmuje stosowne przepisy. Jeżeli przepisy te są przyjmowane przez Radę zgodnie ze specjalną procedurą ustawodawczą, stanowi ona również jednomyślnie na wniosek Komisji i po uzyskaniu zgody Parlamentu Europejskiego”.

<sup>40</sup> Art. 114 ust. 1 TFUE: „[z] zastrzeżeniem, że Traktaty nie stanowią inaczej, do urzeczywistnienia celów określonych w artykule 26 stosuje się następujące postanowienia. Parlament Europejski i Rada, stanowiąc zgodnie ze zwykłą procedurą ustawodawczą i po konsultacji z Komitetem Ekonomiczno-Społecznym, przyjmują środki zbliżające przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych Państw Członkowskich, które mają na celu ustanowienie i funkcjonowanie rynku wewnętrznego”.

<sup>41</sup> Art. 54 Aktu o rynkach cyfrowych: „Niniejsze rozporządzenie stosuje się od dnia ... [sześć miesięcy po jego wejściu w życie]. Jednakże art. 3 ust. 6i 7 oraz art. 40, 46, 47, 48, 49 i 50 stosuje się od dnia ... [data wejścia w życie niniejszego rozporządzenia], a art. 42 i 43 stosuje się od dnia 25 czerwca 2023 r.”.

<sup>42</sup> Art. 14 ust. 1 Aktu o rynkach cyfrowych: „Strażnik dostępu informuje Komisję o każdej zamierzonej koncentracji w rozumieniu art. 3 rozporządzenia (WE) nr 139/2004 w przypadku gdy łączące się podmioty lub podmiot docelowy koncentracji świadczą podstawowe usługi platformowe lub inne usługi w sektorze cyfrowym lub umożliwiają zbieranie danych, niezależnie od tego, czy taka koncentracja podlega zgłoszeniu Komisji zgodnie z tym rozporządzeniem lub właściwemu krajowemu organowi ochrony konkurencji zgodnie z krajowymi przepisami dotyczącymi łączenia przedsiębiorstw. Strażnik dostępu informuje Komisję o takiej koncentracji przed jej przeprowadzeniem i po zawarciu umowy, ogłoszeniu publicznej oferty przejęcia lub nabyciu kontrolnego pakietu akcji”.

transakcji do KE na mocy art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw. Wprost zresztą zachęca je do tego sam art. 14 ust. 5 Aktu o rynkach cyfrowych<sup>43</sup>. W rezultacie większa liczba transakcji na rynkach cyfrowych stanie się widoczna dla KE, która może zdecydować o wszczęciu postępowania w celu analizy danej transakcji.

#### IV. Wnioski

Postępująca digitalizacja gospodarki sprawiła, że dotychczasowe rozwiązania obecne w prawie kontroli koncentracji okazują się być niewystarczające dla skutecznej ochrony konkurencji. Sektor cyfrowy jest zdominowany przez platformy o znaczącej sile rynkowej, takie jak Google, Amazon, Facebook, Apple, Microsoft. Jednym z problemów występujących w sektorze cyfrowym są „zabójcze przejęcia”, które przyczyniają się do powstania tzw. konglomeratów cyfrowych. Z tego względu KE poszukuje nowych narzędzi, aby przeciwdziałać tego typu przejęciom. Dotychczas kryterium oceny transakcji przez KE był obrót. KE nie zdecydowała się na formalną zmianę przepisów unijnych, mimo że niektóre państwa członkowskie wprowadziły dodatkowe kryteria analizy transakcji do swoich ustaw krajowych. KE wydała jedynie Komunikat, w którym wprowadziła reinterpretację art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw. Przepis ten pozwala analizować KE transakcje, które nie znajdują się w zakresie jurysdykcji jej ani krajowych organów ochrony konkurencji. Wzbudza to wątpliwości z perspektywy podstawowych zasad prawa, takich jak zasada pewności prawa, w szczególności, że KE zezwala państwom członkowskim na notyfikowanie nawet tych transakcji, które zostały sfinalizowane. Nowa polityka KE wobec „zabójczych przejęć” może funkcjonować szczególnie skutecznie w połączeniu z art. 14 ust. 1 Aktu o rynkach cyfrowych, na mocy którego tzw. strażnicy dostępu muszą poinformować KE o każdej zawieranej transakcji, niezależnie od tego, czy podlega ona obowiązkowi zgłoszenia. Reinterpretacja art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw została oceniona przez Sąd jako zgodna z prawem unijnym, choć wyrok ten nie jest prawomocny. Należy mieć nadzieję, że dalszy rozwój sprawy *Illumina/Grail* umożliwi TS wypowiedzenie się w tym zakresie. Ponadto nowa polityka KE wzbudza wątpliwości niektórych krajowych organów ochrony konkurencji, co prowadzi do pytania o przyszłą praktykę stosowania art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw. Przeciwdziałanie dominacji platform cyfrowych o znaczącej sile rynkowej powinno być priorytetem KE, jednak nie kosztem fundamentalnych zasad prawa unijnego.

#### Bibliografia

- Aalst, W., Hinz, O. i Weinhardt, Ch. (2019). Big Digital Platforms: Growth, Impact and Challenges. *Business & Information System Engineering*, 61.
- Białek, R. i Nowak, R. (2018). Uwarunkowania rozwoju startupów w Polsce. *Ekonomia*, 15(1), 63–79.
- Beretta, M. i Tremolada, R. (2022). *The Italian Parliament Approves Competition Law Reform*. Pozyskano z: <https://www.clearantitrustwatch.com/2022/08/the-italian-parliament-approves-competition-law-reform/> (2.08.2022).

<sup>43</sup> Art. 14 ust. 5 Aktu o rynkach cyfrowych: „Właściwe organy państw członkowskich mogą wykorzystać informacje otrzymane na podstawie ust. 1 niniejszego artykułu, aby zwrócić się do Komisji o zbadanie koncentracji na podstawie art. 22 rozporządzenia (WE) nr 139/2004”.

- Błachucki, M. (2012). *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców*. Warszawa: UOKiK.
- Bourreau, M. i de Streel, A. (2019). *Digital Conglomerates and EU Competition Policy*. Pozyskano z: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3350512> (2.08.2022).
- Bourreau, M. i de Streel, A. (2020). Big Tech Acquisitions. Competition & Innovation Effects and EU Merger Control. *Centre on Regulation in Europe*. Pozyskano z: [https://cerre.eu/wp-content/uploads/2020/03/cerre\\_big\\_tech\\_acquisitions\\_merger\\_control\\_EU\\_2020.pdf](https://cerre.eu/wp-content/uploads/2020/03/cerre_big_tech_acquisitions_merger_control_EU_2020.pdf) (2.08.2022).
- Bryan, K., Hovenkamp, E. (2020). Antitrust Limits on Startup Acquisitions. *Review of Industrial Organization*, 56(4), 615–636.
- Bundeskartellamt, Bundeswettbewerbsbehörde. (2022). *Leitfaden Transaktionswert-Schwellen für die Anmeldepflicht von Zusammenschlussvorhaben (§ 35 Abs. 1a GWB und § 9 Abs. 4 KartG)*. Pozyskano z: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Leitfaden/Leitfaden\\_Transaktionsschwelle.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Leitfaden/Leitfaden_Transaktionsschwelle.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (2.08.2022).
- Bundeskartellamt. (2021). *Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2019/2020*. Drucksache 19/30775. Pozyskano z: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Taetigkeitsberichte/Bundeskartellamt%20-%20T%C3%A4tigkeitsbericht%202019\\_2020.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=5](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Taetigkeitsberichte/Bundeskartellamt%20-%20T%C3%A4tigkeitsbericht%202019_2020.pdf?__blob=publicationFile&v=5) (2.08.2022).
- Bundeskartellamt. (2006). *Conglomerate Mergers in Merger Control. Review and Prospects*. Pozyskano z: [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Fachartikel/Conglomerate%20Mergers.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Fachartikel/Conglomerate%20Mergers.pdf?__blob=publicationFile) (2.08.2022).
- Bunworth, R. (2022). Pre-emptive acquisitions in the technology sector: is it time to reconsider the turnover thresholds?. *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 52(6), 734–751.
- Business-Standard. (2020). *Mark Zuckerberg bought Instagram as it was a 'threat' to Facebook*. Pozyskano z: [https://www.business-standard.com/article/international/mark-zuckerberg-bought-instagram-as-it-was-a-threat-to-facebook-120073000324\\_1.html](https://www.business-standard.com/article/international/mark-zuckerberg-bought-instagram-as-it-was-a-threat-to-facebook-120073000324_1.html) (2.08.2022).
- Caffarra, C., Crawford, G. i Valletti, T. (2020). *“How Tech Rolls”: Potential Competition and “Reverse” Killer Acquisitions*. Pozyskano z: <https://voxeu.org/content/how-tech-rolls-potential-competition-and-reverse-killer-acquisitions> (2.08.2022).
- Carletti, E., Hartmann, P. i Ongena, S. (2012). *The Economic Impact on Merger Control Legislation*. Pozyskano z: [http://apps.eui.eu/Personal/Carletti/CHO\\_26March2012.pdf](http://apps.eui.eu/Personal/Carletti/CHO_26March2012.pdf) (2.08.2022).
- Caro de Sousa, P. (2016). *Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement. Local Nexus and Jurisdictional Thresholds in Merger Control*. OECD, DAF/COMP/WP3(2016)4/REV1. Pozyskano z: [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3\(2016\)4&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2016)4&docLanguage=En) (2.08.2022).
- Carugati, Ch. (2019). Reforming merger control notification thresholds. *Concurrences*, 2, 1–9.
- Cunningham, C., Ederer, F. i Ma, S. (2020). Killer Acquisitions. *Journal of Political Economy* 129(3), 649–702.
- Elkerbout, R., Reuder, B. i Heurkens, T. (2021). New guidance on Article 22 of the European Union’s merger regulation: the end of legal certainty in merger control?. *Stek*. Pozyskano z: [https://stek.com/en/new-guidance-on-article-22-of-the-european-unions-merger-regulation-the-end-of-legal-certainty-in-merger-control/?utm\\_source=Mondaq&utm\\_medium=syndication&utm\\_campaign=LinkedIn-integration](https://stek.com/en/new-guidance-on-article-22-of-the-european-unions-merger-regulation-the-end-of-legal-certainty-in-merger-control/?utm_source=Mondaq&utm_medium=syndication&utm_campaign=LinkedIn-integration) (2.08.2022).
- Federal Trade Commission. (2017). *Complaint for Injunctive and Other Equitable Relief*. Matter/File Number: 1310172. Pozyskano z: [https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/170118mallinckrodt\\_complaint\\_public.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/170118mallinckrodt_complaint_public.pdf) (2.08.2022).

- Franck, J.-U., Monti, G. i de Stree, A. (2021). Article 114 TFEU as a Legal Basis for Strengthened Control of Acquisitions by Digital Gatekeepers. *The Federal Ministry for Economic Affairs and Energy*. Pozyskano z: [https://www.bmwk.de/Redaktion/EN/Publikationen/Wirtschaft/article-114-tfeu-as-a-legal-basis-for-strengthened-control-of-acquisitions-by-digital-gatekeepers.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=5](https://www.bmwk.de/Redaktion/EN/Publikationen/Wirtschaft/article-114-tfeu-as-a-legal-basis-for-strengthened-control-of-acquisitions-by-digital-gatekeepers.pdf?__blob=publicationFile&v=5) (2.08.2022).
- Gerber, D. J. (1998). *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*. Oxford.
- Hemphill, S. C., Wu, T. (2020). Nascent Competitors. *University of Pennsylvania Law Review*, 168(1879).
- ICLG. (2021). *Merger Control Laws and Regulation. Croatia Chapter*. Pozyskano z: <https://iclg.com/practice-areas/merger-control-laws-and-regulations/croatia> (2.08.2022).
- ICLG. (2021). *Merger Control Laws and Regulation. Cyprus Chapter*. Pozyskano z: <https://iclg.com/practice-areas/merger-control-laws-and-regulations/cyprus> (2.08.2022).
- Jebelli, K. (2021). Banning “big tech” acquisitions: a cure worse than the disease? *Project-Disco*. Pozyskano z: <https://www.project-disco.org/european-union/120721-banning-big-tech-acquisitions-a-cure-worse-than-the-disease/> (2.08.2022).
- Kartellgesetz. (2005).
- KE. (2022). *Statistics on Merger cases*. Pozyskano z: [https://competition-policy.ec.europa.eu/mergers/statistics\\_en](https://competition-policy.ec.europa.eu/mergers/statistics_en) (2.08.2022).
- KE. (2021). Wytyczne dotyczące stosowania mechanizmu odsyłania spraw przewidzianego w art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw w odniesieniu do określonych kategorii spraw (Dz. Urz. UE 2021 C 113/01).
- KE. (2017). *Summary of replies to the public consultation on evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control*. Pozyskano z: [https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-04/summary\\_of\\_replies\\_en.pdf](https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-04/summary_of_replies_en.pdf) (2.08.2022).
- KE. (2016). *Consultation Strategy, Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU Merger Control*. Pozyskano z: [https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2016-merger-control\\_en](https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2016-merger-control_en) (2.08.2022).
- KE. (2008). Wytyczne w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. UE 2008 C 265).
- KE. (2006). *Ex-Post Review of Merger Control Decisions*. Pozyskano z: [https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2021-04/ex-post\\_review\\_merger\\_decisions\\_2006\\_study.pdf](https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2021-04/ex-post_review_merger_decisions_2006_study.pdf) (2.08.2022).
- KE. (1991). *XXth report on Competition Policy*. Pozyskano z: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d15a0d3f-4d8d-4ca2-9ccc-c1e5854b73a9/language-en> (2.08.2022).
- Komninos, A. (2021). Enter the DMA bis! The new Article 22 Guidance and how it accompanies the DMA. *Kluwer Competition Law Blog*. Pozyskano z: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2021/04/13/enter-the-dma-bis-the-new-article-22-guidance-and-how-it-accompanies-the-dma/> (2.08.2022).
- Kryzstofiak-Szopa, J. (2017). *Startup Poland. Budujemy Silny Ekosystem Startupów w Polsce*. Pozyskano z: [https://www.senat.gov.pl/gfx/senat/userfiles/\\_public/k9/komisje/2017/kgni/materialy/startup\\_poland\\_-\\_posiedzenie\\_senackiej\\_komisji\\_gospodarki\\_narodowej.pdf](https://www.senat.gov.pl/gfx/senat/userfiles/_public/k9/komisje/2017/kgni/materialy/startup_poland_-_posiedzenie_senackiej_komisji_gospodarki_narodowej.pdf) (3.08.2022).
- Kenton, W. (2021). Conglomerate Merger. Guide to mergers and acquisitions. *Investopedia*. Pozyskano z: <https://www.investopedia.com/terms/c/conglomeratemerger.asp> (2.08.2022).
- Kwoka, J. i Valletti, T. (2021). Unscrambling the eggs: Merger control in the new administration, The new US antitrust administration. *Concurrences*, 1.
- Kwoka, J. (2020). Controlling Mergers and Market Power: A Program for Reviving Antitrust in America, *Competition Policy International*.

- Lemley, M. A. i McCreary, A. (2021). Exit strategy. *Boston University Law Review*, 101(1), 1–102.
- Lécuyer, T. (2020). Digital conglomerates and killer acquisitions – A discussion of the competitive effects of start-up acquisitions by digital platforms. *Concurrences*, 1, 42–50.
- Lundqvist, B. (2021). Killer Acquisitions and Other Forms of Anticompetitive Collaborations (Part I): A Case Study on the Pharmaceutical Industry, *European Regulation & Competition Law Review*, 5, 186–189.
- Mancini, J., Lapenta, G. (2020). *Roundtable on Conglomerate Effects of Mergers – Background Note*. OECD, DAF/COMP(2020)2. Pozyskano z: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)2/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)2/en/pdf) (2.08.2022).
- Madl, A. C. (2020–2021). Killing Innovation?: Antitrust Implications of Killer Acquisitions. *Yale Journal on Regulation*, 38(28).
- OECD. (2022). *OECD Handbook on Competition Policy in the Digital Age*. Pozyskano z: <https://www.oecd.org/daf/competition-policy-in-the-digital-age/> (2.08.2022).
- OECD. (2015). *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being*. Pozyskano z: [https://read.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/data-driven-innovation\\_9789264229358-en](https://read.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/data-driven-innovation_9789264229358-en) (2.08.2022).
- OECD. (1997). *Belgium. Summary*. Pozyskano z: <https://www.oecd.org/belgium/1822389.pdf> (2.08.2022).
- Oosterhuis, G., Buruma, H. (2017). *The Netherlands. Merger Control. International Series*. Pozyskano z: [https://www.houthoff.com/-/media/Houthoff/Publications/goosterhuis/Merger\\_Control\\_-\\_International\\_Series\\_The\\_Netherlands\\_-\\_3rd\\_Edition\\_\\_2017\\_v2.pdf?la=en&hash=13BE9944FC16ED1573BDB33A1C79132CC98FB95B](https://www.houthoff.com/-/media/Houthoff/Publications/goosterhuis/Merger_Control_-_International_Series_The_Netherlands_-_3rd_Edition__2017_v2.pdf?la=en&hash=13BE9944FC16ED1573BDB33A1C79132CC98FB95B) (2.08.2022).
- PE. (2021). *Digital Markets Act: ending unfair practices of big online platforms*. Pozyskano z: <https://www.europarl.europa.eu/news/de/press-room/20211118IPR17636/digital-markets-act-ending-unfair-practices-of-big-online-platforms> (2.08.2022).
- Pike, Ch. (2020). *Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control – Background Note*. OECD DAF/COMP(2020)5. Pozyskano z: <https://www.oecd.org/daf/competition/start-ups-killer-acquisitions-and-merger-control-2020.pdf> (2.08.2022).
- Rasmusen, E. (1988). Entry for buyout. *Journal of Industrial Economics*, 36(3), 281–299.
- Ries, E. (2012). *Metoda Lean Startup*. Gliwice.
- RUE. (2022). *Akt o rynkach cyfrowych: Rada zatwierdza nowe zasady uczciwej konkurencji w internecie*. Pozyskano z: <https://www.consilium.europa.eu/pl/press/press-releases/2022/07/18/dma-council-gives-final-approval-to-new-rules-for-fair-competition-online/> (2.08.2022).
- Richter, F. (2020). Facebook’s Acquisitions: How It Started, How It’s Going. *Statista*. Pozyskano z: <https://www.statista.com/chart/23742/monthly-active-users-of-instagram-and-whatsapp/> (2.08.2022).
- Reilly, D., Sokol, D. i Toniatti, D. (2020). *Why Exit via Acquisition Is Essential to Entrepreneurial Investment*. Pozyskano z: <https://clsbluesky.law.columbia.edu/2021/12/22/why-exit-via-acquisition-is-essential-to-entrepreneurial-investment/> (2.08.2022).
- Sandholtz, W., Zysman, J. (1992). Recasting the European Bargain. *World Politics*, 42(95), 95–128.
- Schwartz, E. (1993). Politics as Usual: The History of European Community Merger Control. *Yale Journal of International Law*, 18(607), 608–661.
- Sharma, D., Schroeck, M., Kwan, A. i Seshadri, V. (2020). *Digital platform as a growth lever*. Deloitte. Pozyskano z: [https://www2.deloitte.com/content/dam/insights/us/articles/6735\\_TMT-Digital-transformation-series-No--11--Digital-platform-as-growth-lever/DI\\_TMT-Digital-transformation-series-No-11-Digital%20platform-as-growth-lever.pdf](https://www2.deloitte.com/content/dam/insights/us/articles/6735_TMT-Digital-transformation-series-No--11--Digital-platform-as-growth-lever/DI_TMT-Digital-transformation-series-No-11-Digital%20platform-as-growth-lever.pdf) (2.08.2022).
- Smejkal, V. (2020). Concentrations in Digital Sector – A New EU Antitrust Standard for “Killer Acquisitions” Needed?. *Journal for International and European Law, Economics and Market Integrations*, 7(2), 1–16.



- Turgot, C. (2021). Killer Acquisitions in Digital Markets: Evaluating the Effectiveness of the EU Merger Control Regime. *European Competition & Regulation Law Review*, 112 (5).
- Wikipedia. List of mergers and acquisitions by Alphabet. Pozyskano z: [https://en.wikipedia.org/wiki/List\\_of\\_mergers\\_and\\_acquisitions\\_by\\_Alphabet](https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_mergers_and_acquisitions_by_Alphabet) (2.08.2022).
- Witt, A. C. (2022). Who's Afraid of Conglomerate Mergers?. *Antitrust Bulletin*, 67(2), 208–236.
- Woźniak-Cichuta, M. (2022). Teleological Perspective of EU Merger Control and its Interplay with Killer Acquisitions on Digital Markets. *EU Antitrust: Hot Topics & Next Steps. Praga*, 149–164.
- Wu, T. (2019). Blind Spot: the Attention Economy and the Law. *Antitrust Law Journal*, 82(3).
- Vestager, M. (2022). *Speech of Executive Vice-President Vestager at the ICN Annual Conference, Berlin, 5 May: "A new age of international cooperation in competition policy"*. Pozyskano z: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH\\_22\\_2822](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_22_2822) (2.08.2022).
- Vestager, M. (2020). *The future of EU merger control*, 11 September. Pozyskano z: [https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/future-eu-merger-control\\_en](https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/future-eu-merger-control_en) (2.08.2022).
- Yun, J. M. (2020). Potential Competition, Nascent Competitors, and Killer Acquisitions. *The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy*, 18, 652–678.

Katarzyna Racka\*, Weronika Herbet-Homenda\*\*,  
Wojciech Dorabialski\*\*\*

## Rabaty retrospektywne w prawie antymonopolowym i przepisach ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej

### Spis treści

- I. Charakterystyka retrorabatów
  1. Uwagi ogólne
  2. Definicja retrorabatu
  3. Retrorabaty jako szczególny przypadek rabatów lojalnościowych
- II. Analiza ekonomiczna
  1. Uwagi ogólne
  2. Prokonkurencyjne skutki stosowania rabatów retrospektywnych
    - 2.1. Ograniczenie problemu podwójnej marży
    - 2.2. Zwiększenie sprzedaży dzięki różnicowaniu cen
    - 2.3. Poprawa zbieżności bodźców sprzedawcy i nabywcy
  3. Teoria szkody antykonkurencyjnej rabatów retrospektywnych
    - 3.1. Uwagi ogólne
    - 3.2. (Nie)kontestowalność popytu
    - 3.3. Ustalenie ceny efektywnej
    - 3.4. Cena efektywna a przeciętny koszt
- III. Retrorabaty w prawie antymonopolowym
  1. Uwagi ogólne
  2. Perspektywa unijna
  3. Perspektywa krajowa
  4. Ocena stanowiska organów i orzecznictwa
- IV. Retrorabaty jako delikt ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi
  1. Uwagi wstępne
  2. Nieuzasadnione żądanie rabatu jako nieuczciwe wykorzystywanie przewagi kontraktowej – tzw. czarna praktyka
  3. Interwencje Prezesa UOKiK w poprzednim stanie prawnym

\* Radca prawny, wspólnik w kancelarii BWHS Wojciechowski Springer i Wspólnicy sp.k.; e-mail: katarzyna.racka@bwhs.pl; ORCID <https://orcid.org/0000-0001-8353-3088>.

\*\* Doktorantka w Katedrze Prawa Handlowego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, prawnik w kancelarii BWHS Wojciechowski Springer i Wspólnicy sp.k.; e-mail: weronika.herbet@bwhs.pl; ORCID <https://orcid.org/0000-0003-0255-9353>.

\*\*\* Ekonomista; partner w Positive Competition, e-mail: WDorabialski@positivecompetition.com; ORCID <https://orcid.org/0000-0002-0485-4041>.

- 3.1. Postępowania wyjaśniające i raport UOKiK
  - 3.2. Decyzje Prezesa UOKiK w sprawie *Jeronimo Martins* i *Kaufland*
  4. Ocena stanowiska organu
- V. Podsumowanie
1. Uwagi ogólne
  2. Czynniki ryzyka związanego ze stosowaniem retrorabatów na gruncie ustawy antymonopolowej oraz przewagowej
    - 2.1. Wspólne czynniki ryzyka
    - 2.2. Antymonopolowe czynniki ryzyka
    - 2.3. Przewagowe czynniki ryzyka
  3. Wnioski

### Streszczenie

Retrorabaty (inaczej: rabaty retrospektywne, retroaktywne, rabaty z mocą wsteczną) są jednym z częściej spotykanych instrumentów polityki sprzedaży, który – zwłaszcza w ostatnim czasie – przyciąga uwagę organów antymonopolowych. Wobec różnorodności stosowanych przez przedsiębiorców modeli rabatowych oraz niejednoznaczności wpływu tego rodzaju upustów na stan konkurencji na rynku, dopuszczalność i warunki stosowania retrorabatów od lat są przedmiotem dyskusji na gruncie przepisów antymonopolowych, a w obecnym stanie prawnym – również regulacji mających na celu przeciwdziałanie nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi. Celem niniejszego artykułu jest nakreślenie ram prawnych i tła ekonomicznego dla oceny przedmiotowego rodzaju systemu rabatowego oraz analiza głównych czynników ryzyka, wynikających z dotychczasowego stanowiska organów antymonopolowych – Komisji Europejskiej oraz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – i orzecznictwa.

**Słowa kluczowe:** rabaty retrospektywne; retrorabaty; rabaty lojalnościowe; nadużywanie pozycji dominującej; nieuczciwe wykorzystywanie przewagi kontraktowej; teoria szkody; efekt zasysania; test równie efektywnego konkurenta.

**JEL:** K21, K41

## I. Charakterystyka retrorabatów

### 1. Uwagi ogólne

Systemy rabatowe są jednym z najczęściej stosowanych w gospodarce rynkowej instrumentów polityki sprzedaży. Rabaty, określane również niekiedy mianem upustów, dyskontów, premii lub bonusów, stanowią powszechnie wykorzystywany, zarówno w obrocie profesjonalnym, jak i konsumenckim, umowny mechanizm obniżania ceny sprzedaży (Kocot i Olejniczak, 2018, nb. 49) o charakterze bezwarunkowym lub warunkowym.

Stosowanie rabatów, co do zasady, mieści się w granicach swobody umów, która podlega jednak pewnym ograniczeniom, mającym na celu przeciwdziałanie występowaniu określonych

nadużyć (UOKiK, 2021, s. 9). W obecnym stanie prawnym regulacją odnoszącą się *expressis verbis* do systemów rabatowych jest ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej<sup>1</sup>. Ponadto stosowne ograniczenia w tym zakresie wynikają z szeregu unijnych i krajowych aktów prawnych – w szczególności Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej<sup>2</sup>, ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>3</sup> oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji<sup>4</sup>.

Celem niniejszego artykułu jest analiza jednego z najpowszechniejszych, a zarazem najbardziej kontrowersyjnych rodzajów rabatów – rabatów retrospektywnych stosowanych w obrocie profesjonalnym (B2B, *business to business*) – w świetle publicznoprawnych regulacji prawa antymonopolowego, tj. zakazu nadużywania pozycji dominującej oraz zakazu nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej w sektorze rolno-spożywczym.

## 2. Definicja retrorabatu

Jak wyżej wskazano, przedmiotem niniejszej analizy są rabaty retrospektywne, określane również mianem rabatów retroaktywnych (Szmigielski, 2016, s. 172), rabatów z mocą wsteczną (Kohutek, 2010, s. 35) lub retrorabatów, udzielane z tytułu zrealizowania w określonym okresie referencyjnym (np. miesięcznym, kwartalnym, półrocznym, rocznym) sprzedaży na określonym poziomie ilościowym lub wartościowym. Wykonanie określonego umownie obrotu stanowi wówczas warunek zawieszający dla obniżenia ceny.

Retrospektywność omawianego typu rabatów przejawia się w tym, że – w przeciwieństwie do rabatów prospektywnych – skutkują one obniżeniem ceny nie tylko w odniesieniu do produktów zakupionych po przekroczeniu ustalonego progu rabatowego, lecz także do wszystkich tych jednostek, które zostały nabyte w danym okresie referencyjnym do czasu osiągnięcia danego pułapu sprzedaży (Hunt, 2016, s. 38).

## 3. Retrorabaty jako szczególny przypadek rabatów lojalnościowych

Umieszczenie kategorii rabatów retroaktywnych w klasyfikacji rabatów wiąże się z pewnymi trudnościami, wynikającymi z mnogości rodzajów rabatów oraz braku precyzji stosowanych pojęć i dostatecznego uporządkowania siatki pojęciowej.

Podstawowym podziałem rabatów jest podział na rabaty bezwarunkowe, stanowiące *de facto* zwykle obniżki cenowe oraz rabaty warunkowe, czyli takie, które są przyznawane w związku ze spełnieniem przez nabywcę określonego umownie warunku<sup>5</sup>. O ile kategoria rabatów bezwarunkowych nie budzi kontrowersji na gruncie prawa konkurencji, o tyle dalsza kategoryzacja rabatów warunkowych oraz ich ocena prawna wymaga bardziej szczegółowego objaśnienia.

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 17 listopada 2021 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi (t.j. Dz. U. 2021 poz. 2262); dalej: ustawa przewagowa.

<sup>2</sup> Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą (Dz. U. 2004 Nr 90, poz. 864/2 z późn. zm.); dalej: TFUE.

<sup>3</sup> Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. 2021 poz. 275); dalej: uokik.

<sup>4</sup> Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. 2020 poz. 1913); dalej: uznk.

<sup>5</sup> Komunikat Komisji – wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące (Dz. Urz. UE C45/7 24.2.2009), pkt 36.

W tym kontekście, główne kryterium podziału stanowi rodzaj progu (warunku) rabatowego. W oparciu o nie, w orzecznictwie unijnym rabaty warunkowe dzielone są zasadniczo na trzy kategorie<sup>6</sup>:

- 1) **rabaty czysto ilościowe (*simple quantity rebates*)**<sup>7</sup>, uzależnione od liczby zakupionych od danego dostawcy produktów, udzielane za dokonanie pojedynczej transakcji i niezależne od częstotliwości lub wielkości poprzednio dokonywanych zakupów (Maziarz, 2013, s. 1),
- 2) **rabaty wyłącznościowe (*exclusivity rebates*)**, związane z wyraźnym lub faktycznym wymogiem wyłączności; warunkiem uzyskania rabatu jest w takim przypadku zaopatrywanie się w całości lub w zdecydowanej większości u przyznającego rabat dostawcy (O'Donohue i Padilla, 2020, s. 555),
- 3) inne rabaty, nieprzynależące do żadnej z dwóch poprzednich kategorii<sup>8</sup>, określane niekiedy mianem **rabatów lojalnościowych (*loyalty, fidelity rebates*)**.

Jak trafnie wskazuje się w piśmiennictwie, pojęcie „rabatów lojalnościowych” jest pojęciem zbiorczym, któremu trudno przypisać precyzyjne znaczenie. O ile bowiem podział na rabaty czysto ilościowe lub wyłącznościowe (wyróżniane na podstawie tego samego kryterium, tj. rodzaju progu rabatowego), jak również rabaty jedno- lub wieloproduktowe (wyróżniane w oparciu o kryterium rodzaju produktów) wynika z widocznych *prima facie* cech danego rabatu (okoliczności faktycznych), o tyle lojalnościowy charakter rabatu bazuje w istocie na analizie potencjalnych skutków określonego mechanizmu cenowego. Poszczególne postacie rabatów lojalnościowych mogą bowiem przejawiać istotne różnice. Niemniej, ich cechą wspólną jest zazwyczaj to, że rabat uzależniony jest od osiągnięcia przez nabywcę określonego udziału lub wielkości sprzedaży z danym dostawcą, często w okresie, który przekracza standardową częstotliwość zakupów na danym rynku (O'Donohue i Padilla, 2020, s. 543). Innymi słowy, przez pojęcie „rabatów lojalnościowych” należy rozumieć takie rabaty, na podstawie których nabywca korzysta z obniżki ceny bez wyraźnej klauzuli wyłącznościowej, ale jednocześnie zobowiązuje się do zaopatrywania u danego dostawcy na dużą lub stale zwiększającą się część swoich potrzeb (Johansson, 2004, s. 15–18; Hunt, 2016, s. 39; O'Donohue i Padilla, 2020, s. 543).

Między rabatami wyłącznościowymi a rabatami lojalnościowymi występują istotne różnice, które przekładają się na ocenę prawną danej praktyki sprzedażowej. W przypadku tej pierwszej kategorii, wyłączność – mogąca silnie oddziaływać na konkurencję na danym rynku – jest nieodzownym warunkiem obniżki ceny i immanentną cechą rabatu. Natomiast w przypadku rabatów lojalnościowych wyłączność może być co najwyżej prawdopodobnym skutkiem uzgodnionego mechanizmu obniżki ceny (Hunt, 2016, s. 38)<sup>9</sup> – konstrukcja upustów lojalnościowych jedynie w pewnych sytuacjach stanowi bowiem zachętę do wyłączności, np. w zakresie, w jakim kontrahent jest bliski osiągnięcia progu, którego przekroczenie uprawnia do uzyskania rabatu (Hunt, 2016, s. 46). Z tego względu przyjmuje się, że rabaty wyłącznościowe (z klauzulą wyłączności) mają

<sup>6</sup> Podział ten wydaje się najbardziej zasadny i przydatny w praktyce, uwzględnia bowiem cechy kluczowe z punktu widzenia dalszej oceny antymonopolowej. W doktrynie niekiedy rabaty wyłącznościowe są zaliczane do kategorii rabatów lojalnościowych (lub na odwrót), obok których wyróżniana jest dodatkowa kategoria rabatów docelowych. (targetowych), przysługujących w razie nabycia w określonym czasie pewnej ilości towarów (Kohutek, 2010, s. 35; Szmigielski, 2016, s. 172). Inni autorzy, w ramach jednego podziału uwzględniają również inne kryteria, takie jak sposób uzgodnienia rabatu (indywidualny lub standaryzowany) czy zakres jego zastosowania (retroaktywny lub prospektywny) (O'Donohue, Padilla, 2020, s. 555).

<sup>7</sup> Wyr. TS z 13.02.1979 r. w sprawie 85/76, *Hofmann La Roche*, par. 100; wyr. TS z 9.11.1983 r. w sprawie 322/81, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v. Komisja*.

<sup>8</sup> Wyr. TS z 6.09.2017 r. w sprawie C-413/14 P, *Intel*.

<sup>9</sup> Tak też: dec. Prezesa UOKiK z 26.08.2010 r., nr DOK-8/2010, *Wrigley*, s. 47.

zasadniczo większy potencjał antykonkurencyjny – przyznawanie upustów w zamian za zobowiązanie do zaopatrywania się w całości lub istotnej części zapotrzebowania wyłącznie u dominanta jest zasadniczo uznawane za nadużywanie pozycji dominującej, chyba że przedsiębiorca wykaże, że jego zachowanie nie miało zdolności do ograniczenia konkurencji<sup>10</sup>.

Do kategorii rabatów lojalnościowych należy natomiast zaliczyć, w zależności od kryterium podziału:

- 1) **rabaty retrospektywne („all-unit” rebates)** oraz **rabaty prospektywne**, wyróżniane w związku z zakresem ich zastosowania (Szmigielski, 2016, s. 172; Kohutek, 2010, s. 35), oraz
- 2) **rabaty standaryzowane**, stosowane w sposób jednolity w odniesieniu do różnych kontrahentów oraz **rabaty zindywidualizowane**, uzgadniane odmiennie na potrzeby konkretnych relacji kontraktowych.

Zakresy powyższych podkategorii rabatów lojalnościowych mogą się przy tym krzyżować. Oznacza to, że będące przedmiotem zainteresowania niniejszego opracowania rabaty retrospektywne mogą być standaryzowane bądź zindywidualizowane. Jak zostanie poniżej wykazane, sposób uzgadniania retrorabatów ma często kluczowe znaczenie w kontekście oceny dopuszczalności określonej klauzuli rabatowej, w szczególności na gruncie przepisów prawa antymonopolowego.

## II. Analiza ekonomiczna

### 1. Uwagi ogólne

Ocena retrospektywnych rabatów lojalnościowych, skutków ich zastosowania oraz potencjalnego lub też realnego wpływu na stan konkurencji na danym rynku jest zadaniem bardzo złożonym. Zasadniczo omawiany typ upustów przejawia bowiem zarówno pro-, jak i antykonkurencyjne efekty, a ustalenie ich wzajemnej relacji wymaga każdorazowo oceny konkretnych okoliczności faktycznych, co – jak zostanie niżej wykazane – poddaje w wątpliwość formalistyczną ocenę, dokonywaną niekiedy przez organy antymonopolowe.

Do pozytywnych z punktu widzenia konkurencji skutków retrorabatów należy zaliczyć: (i) efektywności związane z ograniczeniem problemu podwójnej marży; (ii) efektywności związane z różnicowaniem cen oraz (iii) efektywności związane z poprawą zbieżności bodźców sprzedawcy i nabywcy. W określonych warunkach rabaty lojalnościowe mogą jednak skutkować wykluczeniem konkurentów, uzależniać nabywcę od sprzedawcy i w efekcie w sposób negatywny wpływać na stan konkurencji na danym rynku.

Poniżej omówione zostaną w pierwszej kolejności często pomijane, pozytywne skutki stosowania retrorabatów, a więc korzyści, które przy odpowiednim doborze systemu rabatowego mogą uzyskać nie tylko sprzedawcy, lecz także kupujący. Następnie wyjaśnione zostaną warunki, w których rabaty retrospektywne mogą wywoływać konsekwencje antykonkurencyjne.

Już w tym miejscu wypada jednak zasygnalizować, że – jak wynika z przeprowadzonej analizy – rabaty lojalnościowe, a w szczególności rabaty retrospektywne, są co do zasady korzystne społecznie i trudno uzasadnić ich ściganie w oparciu o formalistyczne reguły, nieuwzględniające wszystkich istotnych okoliczności sprawy zarówno na gruncie przepisów antymonopolowych, jak i innych przepisów dotyczących relacji kontraktowych.

<sup>10</sup> Wyr. TS z 6.09.2017 r. w sprawie C-413/14 P, *Intel*, pkt 137–139.

## 2. Prokonkurencyjne skutki stosowania rabatów retrospektywnych

### 2.1. Ograniczenie problemu podwójnej marży

Pierwsza kategoria prokonkurencyjnych skutków rabatów retrospektywnych dotyczy ograniczenia zjawiska podwójnego naliczania marży (*double marginalization*), negatywnego tak dla stron relacji handlowej, jak i dla konsumentów. Problem ten pojawia się w sytuacji, gdy sprzedaż dokonywana jest przez dostawcę (np. hurtownika) na rzecz nabywcy (np. dystrybutora), z których każdy posiada istotną siłę rynkową na rynku i w konsekwencji narzuca własną marżę na własnym szczeblu obrotu, wskutek czego łączna marża jest wyższa (naliczona podwójnie), a wolumen sprzedaży i łączne zyski niższe niż w przypadku przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo (tj. działającego na obydwu szczeblach – produkcji i dystrybucji).

Jednym ze sposobów na ograniczenie ww. zjawiska jest ustalenie maksymalnej ceny odsprzedaży, eliminującej lub ograniczającej marżę detaliczną. Rozwiązanie to wiąże się jednak z istotnym ryzykiem antymonopolowym, gdyż zawężenie marży detalicznej, poprzez ograniczenie w praktyce przedziału cenowego, wewnątrz którego musi poruszać się detalista, może wywoływać skutek zbliżony do narzucania sztywnych cen odsprzedaży. Alternatywnym sposobem jest zatem zastosowanie cen nieliniowych przez sprzedającego będącego wyżej w łańcuchu sprzedaży, np. w postaci tzw. taryfy dwuczęściowej, czyli opłaty składającej się z opłaty stałej oraz z ceny jednostkowej<sup>11</sup>. Taryfa dwuczęściowa pozwala sprzedającemu na rezygnację z marży hurtowej w zamian za stałą opłatę – jedynym podmiotem naliczającym marżę jest wówczas podmiot działający na rynku niższym (detalista). Taki sposób implementacji taryfy dwuczęściowej wymaga transferu stałej opłaty od detalisty do hurtownika, czyli „odwróconego” rabatu retrospektywnego. Uniknięcie podwójnego naliczania marży jest również możliwe poprzez wymuszenie rezygnacji detalisty z naliczania marży w zamian za opłatę stałą. Wypłacenie stałej opłaty musiałoby być warunkowane uprzednim zrealizowaniem przez detalistę sprzedaży na określonym (kolektywnie optymalnym) poziomie.

Wobec powyższego, retrorabat, czyli jednorazowa opłata na rzecz detalisty po zrealizowaniu określonego progu sprzedażowego, może być narzędziem efektywnie eliminującym (lub ograniczającym) problem podwójnego naliczania marży i skutkującym niższymi cenami detalicznymi. Jednocześnie częstym argumentem mającym przemawiać za prokonkurencyjnym charakterem retrorabatów lojalnościowych jest skutek w postaci niższych cen. Należy jednak zauważyć, że argument ten jest błędny (Maier-Rigaud i Schwalbe, 2013, s. 10), gdyż wywołanie efektu lojalnościowego z użyciem retrorabatów nie wymaga poświęcenia bieżących zysków. Jak wyjaśniamy poniżej, w pewnych warunkach rabaty retrospektywne mogą wywołać efekt wykluczeniowy, mimo że przeciętna cena hurtowa pozostaje wyższa od kosztu przeciętnego. Mogą być zatem stosowane nawet długookresowo, gdyż ta strategia wykluczeniowa, w odróżnieniu od np. praktyki drapieźnictwa cenowego, nie wymaga podniesienia przyszłych cen w celu odrobienia bieżących strat.

<sup>11</sup> Taryfa dwuczęściowa przyjmuje zatem formę  $T = f + p \cdot q$ , gdzie  $f$  jest opłatą stałą,  $p$  – ceną jednostkową, a  $q$  – wielkością sprzedaży. Gdy sprzedający uiszcza dodatkową opłatę na rzecz kupującego,  $f$  przyjmuje wartość ujemną.

## 2.2. Zwiększenie sprzedaży dzięki różnicowaniu cen

Każdy system rabatowy stanowi pewną formę różnicowania cen. Jak wskazuje szeroka literatura teoretyczna dotycząca różnicowania cen, w zależności od warunków rynkowych różnicowanie cen może skutkować zarówno pozytywnymi, jak i negatywnymi skutkami dla dobrobytu konsumentów i dobrobytu społecznego (Varian, 1985, s. 870).

Efektywności rabatów retrospektywnych wynikające z różnicowania cen mogą być dwójakiego rodzaju. Po pierwsze, gdy koszty jednostkowe spadają przy zwiększaniu sprzedaży o krańcowe (rabatowane) jednostki, stosowanie rabatów może pozwolić na obniżenie kosztów jednostkowych. Korzyści takie (efekty skali) są wyjątkowo silne w przypadku tzw. monopolu naturalnych. Po drugie, różnicowanie cen pomaga odzyskać koszty stałe produkcji. Ustalenie wyższej marży na część sprzedawanych jednostek umożliwia odzyskanie kosztów stałych, co w dalszej perspektywie może zachęcać przedsiębiorców do zwiększenia inwestycji i poprawy innowacyjności. Ten efekt może wystąpić nawet w sytuacji, gdy efekty skali nie występują.

Należy jednocześnie zauważyć, że korzyści związane z różnicowaniem cen można osiągnąć co najmniej równie skutecznie za pomocą prostych rabatów ilościowych (przyrostowych), które co do zasady nie generują tak silnych efektów lojalnościowych<sup>12</sup>.

## 2.3. Poprawa zbieżności bodźców sprzedawcy i nabywcy

Interesy przedsiębiorców działających na różnych szczeblach dystrybucji często są rozbieżne. Producentowi zależy z reguły na zapewnieniu utrzymania wysokiego stopnia satysfakcji konsumenta z produktu w długim okresie. Może to wymagać odpowiedniej prezentacji produktu, jego funkcjonalności i sposobu obsługi w punkcie sprzedaży. Detalista jest z kolei zainteresowany zwiększaniem wolumenu obrotu. Dodatkowe czynności około sprzedażowe stanowią koszt, który nie gwarantuje lojalności konsumentów wobec detalisty i nie musi procentować dodatkowymi zyskami w przyszłości. Rabaty retrospektywne mogą służyć poprawie zbieżności bodźców (celów) sprzedawcy i nabywcy produktów.

Po pierwsze, rabaty retroaktywne mogą zapewniać dystrybutorom lepsze bodźce do promowania produktu, gdyż stanowią formę dodatkowego wynagrodzenia za faktyczny wysiłek poświęcony sprzedaży produktów konkretnej marki.

Po drugie, rabaty mogą zapobiegać problemowi uzależnienia dostawcy od odbiorcy (*hold-up*). Rabaty lojalnościowe, w tym szczególnie rabaty retroaktywne, dają dostawcy lepsze gwarancje, że inwestycje w podniesienie jakości dystrybucji (np. szkolenia) nie zostaną wykorzystane do zwiększania przez nich sprzedaży produktów dostarczanych przez konkurentów.

Rabaty retroaktywne wydają się szczególnie skutecznym narzędziem do poprawienia zbieżności bodźców w sytuacji, gdy realizacja umowy zależy od czynników, których nie da się uzgodnić lub przewidzieć *ex ante*. Dobrym przykładem są tu rynki rolne. Po stronie dostawcy sukces sprzedażowy zależy od jakości produktu i terminowości dostaw, które trudno jest zapewnić w przypadku nisko przetworzonych produktów rolno-spożywczych. Po stronie sprzedawcy efekty zależą z kolei nie tylko od jego wysiłków promocyjnych, lecz także od aktywności sprzedażowej konkurentów,

<sup>12</sup> Skuteczne różnicowanie cen wymaga posiadania przez sprzedawcę siły rynkowej (choć niekoniecznie pozycji dominującej). Znaczenie tych efektywności w kontekście dotychczasowych krajowych spraw z obszaru nieuczciwego nadużywania przewagi kontraktowej, gdzie UOKiK interweniował w celu ochrony dostawców nieposiadających istotnej siły rynkowej, jest mniej istotne niż w przypadku spraw antymonopolowych.



cen produktów substytucyjnych, a nawet niemożliwych do przewidzenia zdarzeń losowych, takich jak ograniczenia w działalności gospodarczej wskutek pandemii. Rabat retroaktywny, nawet udzielany *ex post* za obopólną zgodą, po uwzględnieniu zaistniałych zdarzeń losowych, może być najlepszym sposobem na uzyskanie zbieżności bodźców producenta i dystrybutora.

### 3. Teoria szkody antykonkurencyjnej rabatów retrospektywnych

#### 3.1. Uwagi ogólne

Antykonkurencyjny charakter omawianej kategorii rabatów jest najczęściej wiązany z ich lojalnościowym efektem. Należy jednak wskazać, że zasadniczo efekt ten można przypisać każdemu upustowi (mechanizmowi obniżenia ceny), który z samej swej natury zachęca kupującego do dokonania (kolejnego) zakupu od udzielającego go sprzedawcy. O efekcie wykluczeniowym można mówić dopiero wtedy, gdy skutek stosowanego systemu rabatowego kontrahenci rezygnują z kontraktowania z ekonomicznie słabszymi konkurentami dominanta. W przypadku retrorabatów jest to warunkowane wystąpieniem tzw. efektu zasysania lub ssania (*suction effect*).

W przypadku rabatu retrospektywnego warunkiem obniżenia ceny na wszystkie (dokonane uprzednio i przyszłe) zakupy w danym okresie rozliczeniowym jest przekroczenie określonego progu rabatowego. Nawet niewielki procentowo rabat generować może bardzo silne bodźce do dokonania dodatkowych zakupów, jeżeli kontrahent jest już bliski przekroczenia progu rabatowego, co zwykle następuje pod koniec okresu rozliczeniowego. Efektywna cena płacona za ostatnie sztuki, których zakup skutkuje przekroczeniem progu rabatowego, jest bowiem znacznie niższa niż cena wyjściowa (przed rabatem), a często nawet ujemna.

Efekt zasysania może, ale nie musi wywoływać antykonkurencyjnych skutków. Rabat jest narzędziem konkurencji merytorycznej, jeżeli **równie efektywny konkurent** jest w stanie zaferować podobne lub inne, równie atrakcyjne zachęty dla kupujących. Antykonkurencyjny mechanizm wykluczenia, związany z rabatem retroaktywnym polega na przeniesieniu (lewarowaniu) siły rynkowej z niekontestowalnej na kontestowalną część popytu.

Przeprowadzenie testu równie efektywnego konkurenta w przypadku rabatów lojalnościowych wymaga w pierwszej kolejności ustalenia rozmiaru niekontestowalnej części popytu i weryfikacji czy progi rabatowe są ustalone na poziomie, który obejmuje kontestowalną część popytu<sup>13</sup>. Jeśli ten warunek jest spełniony, należy w kolejnym kroku dokonać obliczenia ceny efektywnej w zależności od udziału w zakupach, a na tej podstawie – ustalenia tzw. udziału wymaganego (*required share*) – czyli udziału w zakupach konkretnego nabywcy, jaki musi uzyskać efektywny konkurent, aby cena efektywna przekraczała jego koszt jednostkowy (aby sprzedaż była opłacalna). Aby efekt wykluczeniowy nie występował, udział wymagany musi być niższy od udziału ekonomicznie opłacalnego (*commercially viable share*), czyli udziału w zakupach konkretnego nabywcy, którego pozyskanie byłoby możliwe dla efektywnego konkurenta<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Jeśli progi rabatowe ustalone są na poziomie nieprzekraczającym kontestowalnej części popytu, wtedy rabaty nie wywołują efektu lojalnościowego i nie mogą wywoływać antykonkurencyjnego skutku.

<sup>14</sup> „Udział komercyjnie osiągalny” jest pojęciem zbliżonym do pojęcia „udziału kontestowalnego”. Jest to udział w popycie konkretnego nabywcy, jaki efektywny konkurent mógłby realistycznie osiągnąć. Udział komercyjnie opłacalny można ustalić np. w oparciu o obecne udziały rynkowe konkurentów – nie powinien on od nich drastycznie większy. W sprawie *Intel* Komisja Europejska dokonała ustaleń CVS w oparciu o dokumenty wewnętrzne nabywców.

### 3.2. (Nie)kontestowalność popytu

Niekontestowalność popytu oznacza, że nabywcy są zmuszeni lub skłonni zaspokajać część swojego zapotrzebowania na dany towar jedynie poprzez zakupy od dominanta, niezależnie od ceny i jakości towarów oferowanych przez konkurentów. Niekontestowalność części popytu może wynikać z monopolu ustawowego na część produktów lub usług należących do rynku właściwego, wysokich barier wejścia na część segmentów produktowych lub rejonów geograficznych<sup>15</sup>, z siły marki lub utrwalonej pozycji dominanta na rynku, która zniechęca część ostatecznych nabywców do zmiany produktu<sup>16</sup>. Może też być konsekwencją braku kompatybilności konkurencyjnego produktu z wykorzystywaną przez nabywców platformą, jeśli część nabywców nie ma możliwości zmiany platformy w krótkim okresie<sup>17</sup>. Kwestią dyskusyjną pozostaje czy niekontestowalność części popytu na potrzeby testu równie efektywnego konkurenta można wywodzić z istnienia zobowiązań kontraktowych nabywców wobec dominanta, jeśli takie zobowiązania same w sobie stanowią naruszenie prawa konkurencji<sup>18</sup>.

W przypadku braku niekontestowalnej, nienaruszalnej bazy popytowej, antykonkurencyjne rabaty retroaktywne tracą swoją przewagę nad zwykłym drapieżnictwem cenowym. Gdy cały popyt jest kontestowalny, wykluczenie równie efektywnego konkurenta wymaga poniesienia krótkookresowej straty (oferowania cen na poziomie niepokrywającym kosztów). Jedynie w przypadku, gdy niekontestowalna część rynku jest wystarczająco duża, dominant może osiągnąć efekt wykluczeniowy bez ponoszenia krótkookresowej straty.

### 3.3. Ustalenie ceny efektywnej

Cena efektywna to cena jednostki produktu dominanta uwzględniająca rabat retrospektywny, który byłby naliczony z tytułu dodatkowo zakupionych jednostek. Innymi słowy, jest to cena jednostkowa, którą musiałby zaoferować konkurent, aby skłonić kupującego do rezygnacji z zakupu dodatkowych jednostek od dominanta, kompensująca mu związaną z tym utratę rabatu retrospektywnego. Poziom ceny efektywnej zależy od ilości dodatkowych jednostek potrzebnych do przekroczenia progu w stosunku do wysokości progu rabatowego.

#### Przykład

Żałujmy, że dominant ustalił rabat retrospektywny w wysokości 5% po przekroczeniu progu zakupu 100 jednostek, co stanowi całość popytu kontrahenta. Cena bez rabatu za pierwsze 99 jednostek wynosi 100. Cena efektywna za ostatnią sztukę wynosi zatem 100 minus utracony rabat od wszystkich stu jednostek, czyli  $100 - (100 \times 5) = -400$  (minus 400)<sup>19</sup>. Efekt zasysania

<sup>15</sup> W sprawie *Post Danmark II* duński organ antymonopolowy wywodził istnienie niekontestowalnej części popytu z faktu posiadania przez duńskiego operatora pocztowego ustawowego monopolu na doręczanie przesyłek adresowanych o wadze do 50 gram oraz ze względu na krajowy zasięg infrastruktury dominanta, którego nie byłoby w stanie zreplikować konkurenci.

<sup>16</sup> Dec. KE w sprawie COMP/C-3/37.990, *Intel*, par. 1010

<sup>17</sup> Dec. KE w sprawie COMP/C-3/37.990, *Intel*, par. 1010. Kwestia okresu, w jakim należy analizować kontestowalność popytu była jednym z kluczowych elementów analizy w tej sprawie. Komisja zajęła stanowisko, że w danych okolicznościach sprawy właściwym okresem analizy kontestowalności popytu jest co najwyżej jeden rok.

<sup>18</sup> W dec. z 29.03.2006 w sprawie COMP/E-1/38.113, *Prokent-Tomra*, Komisja Europejska wywodziła istnienie niekontestowalnej części popytu z faktu stosowania praktyk skutkujących relacją wyłącznościową lub zbliżoną do wyłącznościowej (klausule wyłącznościowe, ilościowe zobowiązania zakupowe oraz rabaty lojalnościowe), por. przypis 355 ww. decyzji, s. 62.

<sup>19</sup> Cenę efektywną można obliczyć, korzystając ze wzoru  $p_e = \frac{p(x - Vr)}{x}$ , gdzie  $p$  oznacza cenę wyjściową,  $x$  – liczbę jednostek brakujących do przekroczenia progu,  $V$  – wysokość progu, czyli całkowity wolumen zakupowy,  $r$  – wysokość rabatu (w procentach).

w przypadku ostatniej jednostki jest zatem bardzo silny. Cena efektywna za ostatnie 40 sztuk (czyli rozpatrywana z punktu widzenia nabywcy, który zakupił dotąd jedynie 60 sztuk) wynosi natomiast  $(40 \times 100 - 100 \times 5) \div 40 = (100 \times 35) \div 40 = 87,5$ . Dla ostatnich 40 jednostek rabat retroaktywny w wysokości 5% wywołuje zatem efekt analogiczny do rabatu ilościowego w wysokości 12,5%. Jak pokazuje tabela 1, cena efektywna rośnie wraz ze wzrostem inkrementu brakującego popytu oraz spada ze wzrostem stawki rabatu.

**Tabela 1.** Cena efektywna za zakupione sztuki, w zależności od poziomu zakupów brakujących do osiągnięcia progu rabatowego oraz głębokości rabatu

Wysokość rabatu (w%)	Liczba jednostek brakujących do osiągnięcia progu				
	1	5	10	20	40
5	-400	0	50	75	87,5
10	-900	-100	0	50	75, 0

Źródło: opracowanie własne, przy założeniu, że próg rabatowy wynosi 100 szt.

### 3.4. Cena efektywna a przeciętny koszt

Ostatnim krokiem w teście równie efektywnego konkurenta dla rabatów retrospektywnych jest ustalenie udziału czy efektywna cena znajduje się poniżej kosztu jednostkowego<sup>20</sup>.

Poziom ceny efektywnej zależy od udziału w sprzedaży, jaki osiąga konkurent dominanta, dlatego w tym kroku analizy pomocne jest wyznaczenie udziału wymaganego (*required share*), czyli ustalenia jak duży musiałby być przeciętny udział konkurenta w zaspokajaniu potrzeb nabywcy (liczba sztuk sprzedanych przez konkurenta do całkowitego popytu nabywcy), aby co najmniej zrównać cenę efektywną z kosztem jednostkowym.

Udział wymagany można obliczyć, korzystając ze wzoru:

$$S = \frac{r}{(p - AAC)V},$$

gdzie:  $r$  – oznacza rabat wyrażony procentowo;  $AAC$  – przeciętny koszt możliwy do uniknięcia (*average avoidable cost*);  $p$  – cenę wyjściową, czyli średnią cenę sprzedaży produktu w okresie rozliczenia (uwzględniająca rabaty inne niż rabat retroaktywny);  $V$  – całkowity wolumen zakupowy (wysokość progu rabatowego).

Udział wymagany należy następnie porównać z udziałem komercyjnie osiągalnym (*commercially viable share*). Jak wskazuje Komisja w dokumencie dyskusyjnym<sup>21</sup>, jeśli udział wymagany przekracza udział komercyjnie osiągalny, wtedy test równie efektywnego konkurenta ma wynik negatywny. Oznacza to, że system rabatowy ma zdolność do wywołania efektu wykluczeniowego, jako że cena efektywna wynikająca z zastosowania rabatów do udziału komercyjnie osiągalnego jest niższa od całkowitego kosztu przeciętnego dominanta.

Wracając do przykładu z tabeli 1, jeśli koszt jednostkowy wynosi 50 a rabat -5%, wtedy już przy 10 jednostkach konkurenta cena efektywna zrównuje się z kosztem jednostkowym. Jeśli

<sup>20</sup> W dokumencie dyskusyjnym Komisja Europejska posługiwała się pojęciem „całkowitego kosztu przeciętnego” (*average total cost – ATC*) jako miarą kosztu jednostkowego na potrzeby priorytetyzacji spraw (czyli w teście mającym za zadanie odrzucenie hipotezy o istotnym występowaniu efektu wykluczeniowego). Jednak w postępowaniu w sprawie Intel, na potrzeby potwierdzenia hipotezy o występowaniu efektu wykluczeniowego, Komisja zastosowała korzystniejszą dla strony postępowania miarę przeciętnego kosztu możliwego do uniknięcia (*average avoidable cost – AAC*), który pomijał niektóre koszty stałe; por. Pozyskano z: <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>; dalej: Dokument Dyskusyjny, s. 47 oraz dec. KE ws. Intel, akapit 1037.

<sup>21</sup> Dokument Dyskusyjny, s. 47, akapit 156.

konkurent jest w stanie sprzedać więcej niż 10 jednostek, rabat nie wywołuje antykonkurencyjnego efektu wykluczeniowego. Udział wymagany wynosi zatem w tym przypadku 10% (10 jednostek przy popycie na poziomie 100).

### III. Retrorabaty w prawie antymonopolowym

#### 1. Uwagi ogólne

W związku ze złożonością wyżej omówionych zarówno pro-, jak i antykonkurencyjnych skutków, analiza retrospektywnych rabatów lojalnościowych jest jedną z najbardziej zaawansowanych analiz skutków ekonomicznych, z jakimi można mieć do czynienia w ramach postępowań antymonopolowych (Maier-Rigaud i Schwalbe, 2013, s. 1; Klehr, 2012, s. 87; Szmigielski, 2016, s. 170). Być może z tego właśnie względu, że dotychczas nie wykształciło się jeszcze jednolite orzecznictwo w tym zakresie, a zagadnienie retrorabatów wciąż budzi liczne wątpliwości na gruncie publicznoprawnych mechanizmów ochrony konkurencji.

Zarówno przepisy unijne, jak i polska ustawa antymonopolowa nie zawierają regulacji odnoszących się wprost do systemów rabatowych. Umowny charakter systemów rabatowych oraz fakt, że stosowane są co do zasady w relacjach między przedsiębiorcami sprawia, że mogą podlegać one ocenie w świetle zarówno art. 6, jak i art. 9 uokik (oraz odpowiednio art. 101 i 102 TFUE), przy czym możliwe jest równoległe stosowanie obu kwalifikacji. Fakt, że w praktyce systemy rabatowe są przeważnie oceniane jako naruszenia pozycji dominującej wynika zapewne częściowo ze względów historycznych, częściowo zaś – praktycznych. W przypadkach klasyfikacji zarówno jako praktyka wielostronna, jak i jako nadużycie pozycji dominującej teoria szkody dla rabatów retrospektywnych jest taka sama. Analiza antykonkurencyjnych skutków wyglądałaby w obu przypadkach bardzo podobnie. Kwalifikacja retrorabatu jako naruszenia wielostronnego wymaga posiadania bardzo silnej (w praktyce – dominującej) pozycji na rynku przez podmiot udzielający rabatu i – co za tym idzie – wykazania przez organ antymonopolowy, że podmiot ten taką pozycję posiada. Kwalifikacja praktyki jako wielostronnej daje natomiast stronom szansę na wykazanie, że porozumienie korzysta z porozumienia indywidualnego (art. 10 uokik lub art. 101 (3) TFUE). Dlatego klasyfikacja praktyki jako naruszenia jednostronnego może się wydawać bardziej „bezpieczna” z punktu widzenia organu. Z uwagi na powyższe, w dalszych częściach artykułu będziemy analizować retrorabaty w oparciu o ich klasyfikację jako praktykę jednostronną. Ponadto ewentualny antykonkurencyjny skutek porozumienia zawieranego pomiędzy przedsiębiorcami jest niezależny od kupującego (Szmigielski, 2016, s. 177–178). Stosowną podstawę prawną w tym zakresie należy zatem wywodzić z obowiązujących regulacji o charakterze ogólnym – w szczególności z art. 102 TFUE i art. 9 uokik – ustanawiających klauzulę generalną zakazującą nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym<sup>22</sup>, jak również z dalszych przepisów, wskazujących nazwane przejawy takich nadużyć (Kohutek, 2010, s. 35)<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Ocena czy dany system rabatowy stanowi nadużycie pozycji dominującej wymaga ustalenia, że dany podmiot posiada status dominanta na określonym rynku właściwym, a w dalszej kolejności – że posiadana siła rynkowa jest przez niego nadużywana. Zarówno art. 102 TFUE, jak i art. 9 uokik, sankcjonując nadużywanie pozycji dominującej, nie definiują jednak pojęcia „nadużycia”, ograniczając się jedynie do wskazania przykładowych działań, które mogą stanowić takie nadużycie. Z tego względu, jak wskazuje się w piśmiennictwie, o tym, jakie zachowania są kwalifikowane jako dozwolone, a jakie uznawane są za zakazane rozstrzyga w praktyce orzecznictwo organów antymonopolowych oraz sprawujących kontrolę nad ich rozstrzygnięciami sądów (Stawicki i Stawicki, 2016, art. 9, pkt 1).

<sup>23</sup> Niekiedy ocena wpływu stosowanych systemów rabatowych będzie mieć również znaczenie na gruncie postępowań w przedmiocie zamiaru koncentracji przedsiębiorców, o czym szerzej w części III.3 poniżej; zob. dec. Prezesa UOKiK z 7.01.2021 r. nr DDK-1/2021, *Agora*.

## 2. Perspektywa unijna

Ocena prawna rabatów lojalnościowych, w tym rabatów retrospektywnych, była niejednokrotnie przedmiotem rozważań sądów unijnych od lat poszukujących kryteriów ich ewaluacji, które umożliwiłyby odróżnienie zakazanych rabatów antykonkurencyjnych od tych zgodnych z prawem antymonopolowym (Klehr, 2012, s. 87).

Jednym z pierwszych orzeczeń dotyczących polityki rabatowej był wyrok w sprawie *Michelin I*<sup>24</sup>, dotyczący rabatów przyznawanych przez producenta na podstawie indywidualnie ocenianych rocznych celów sprzedaży. W ocenie Trybunału, praktyka Michelin stanowiła nadużywanie pozycji dominującej, stosowany system rabatowy wywierał bowiem efekt wykluczający, ograniczając możliwość wyboru kontrahenta przez dystrybutorów, szczególnie pod koniec okresu referencyjnego. Istotnymi czynnikami, które wpłynęły na taką ocenę były przede wszystkim selektywność i indywidualny sposób ustalania progów rabatowych, a także okoliczność, że rabaty były stosowane w odniesieniu do całego zakupionego asortymentu, tzn. miały charakter retrospektywny, a przy tym stosowane były w stosunkowo długich (rocznych) okresach referencyjnych. Dodatkowo Trybunał zwrócił uwagę na brak transparentności w ustalaniu parametrów stosowanych przez Michelin upustów oraz presję, którą w bezpośrednich kontaktach z dilerami wywierali przedstawiciele handlowi dominanta (O'Donohue, Padilla, 2020, s. 572).

W późniejszym orzecznictwie utrwaliło się założenie, że zindywidualizowane rabaty retrospektywne stosowane w stosunkowo długim okresie referencyjnym (na ogół półrocznym lub rocznym) są co do zasady zakazane na gruncie art. 102 TFUE, chyba że ich zastosowanie posiada obiektywne uzasadnienie (*objective justification*)<sup>25</sup>. Takie podejście spotkało się z krytyką doktryny, która wskazując na wyjątkowo lapidarną analizę antykonkurencyjnych skutków omawianych upustów oraz istotne trudności praktyczne w wykazaniu obiektywnego uzasadnienia, oponowała przeciwko ustanawianiu swego rodzaju zakazu *per se* odnośnie do wszystkich, innych niż czysto ilościowe, rabatów (Waelbroeck, 2005, s. 149).

Mimo to, podobne konkluzje znalazły zastosowanie w sprawie *British Airways*<sup>26</sup>, w której TSUE stwierdził, że stosowany system prowizji w postaci rabatów retrospektywnych oferowanych agentom sprzedaży biletów w przypadku przekroczenia progów określanych indywidualnie na podstawie wyników sprzedaży z poprzednich okresów referencyjnych miał efekt lojalnościowy i był bezprawny, niezależnie od faktycznych skutków wywieranych na konkurencję, ponieważ można domniemywać, że konkurenci mogliby odnieść większy sukces w przypadku braku stosowania przez British Airways bezprawnej praktyki (O'Donohue, Padilla, 2020, s. 575). W związku z brakiem obiektywnego uzasadnienia badana praktyka została uznana za formę dyskryminacji, czyli naruszenie art. 102 lit. c TFUE (Hunt, 2016, s. 40).

Pierwszym krokiem w kierunku przełamania powyższego formalistycznego podejścia, wiążącego bezprawność rabatów przede wszystkim z ich formą, a nie rzeczywistymi, ekonomicznymi skutkami, była inicjatywa podjęta przez Komisję Europejską w 2005 roku. Przedstawione

<sup>24</sup> Wyr. TS z 9.11.1983 r. w sprawie 322/81, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin przeciwko Komisji*.

<sup>25</sup> Wyr. Sądu z 7.10.1999 r. w sprawie T-228/97, *Irish Sugar przeciwko Komisji*. W wyr. z 30.09.2003 r. w sprawie T-203/01, *Manufacture française des pneumatiques Michelin przeciwko Komisji*, Sąd orzekł, że każdy rabat o skutku lojalnościowym stosowany przez przedsiębiorcę posiadającego pozycję dominującą ma skutek wykluczający, zakazany na podstawie m.in. 102 TFUE, a każdy rabat stosowany w długim okresie referencyjnym jest nieodłącznie związany z wywieraniem na nabywcę silnej presji osiągnięcia ustalonego progu pod koniec okresu referencyjnego.

<sup>26</sup> Wyr. Sądu z 17.12.2003 r. w sprawie T-219/99, *British Airways przeciwko Komisji* oraz wydany w wyniku odwołania wyr. TS z 15.03.2007 r. w sprawie C-95/04, *British Airways przeciwko Komisji*.

wówczas dokumenty – Raport Ekonomicznej Grupy Doradczej ds. Polityki Konkurencji na temat ekonomicznego podejścia do art. 82 TFUE<sup>27</sup> oraz poprzedzający go Dokument Dyskusyjny – postulowały odejście od formalistycznej oceny praktyk jednostronnych i zwiększenie zastosowania metod ekonomicznej oceny tych praktyk: definiowania teorii szkody i skutków praktyk. Zwieńczeniem zainicjowanego wówczas dyskursu stały się wydane w 2009 r. wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie priorytetów przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu praktyk wykluczeniowych” (Ezrachi, 2009, s. 3)<sup>28</sup>. W dokumencie poruszono m.in. kwestię oceny rabatów warunkowych, możliwości uzasadnienia ich stosowania oraz zagadnienia utrudniania dostępu do rynku, wprowadzono również test równie efektywnego konkurenta (Bułakowski, 2017, s. 29).

Pierwszą próbą zastosowania ww. metodyki była decyzja Komisji w sprawie *Tomra*<sup>29</sup>, dotycząca praktyki polegającej na stosowaniu zindywidualizowanych i retrospektywnych rabatów, ustalanych w relacji do całkowitego zapotrzebowania danego klienta lub znacznej jego części. Przeprowadzona wówczas przez Komisję analiza była jednak niekompletna (Bułakowski, 2017, s. 32) – przedmiotowy system rabatowy został uznany za antykonkurencyjny ze względu na cel, skutki praktyki nie zostały zaś należycie zbadane, uznano bowiem, że wystarczające jest wykazanie, że zachowanie dominanta „zmierza do ograniczenia konkurencji lub może mieć taki skutek”<sup>30</sup>.

Podobnie w sprawie *Intel*<sup>31</sup>, mimo przeprowadzenia oceny skutków praktyki, unijny organ antymonopolowy poszedł śladem „starego” orzecznictwa i uznał rabaty lojalnościowe za praktykę naruszającą konkurencję ze względu na cel. Decyzja Komisji oraz utrzymujący ją w mocy wyrok Sądu<sup>32</sup> spotkały się jednak z dezaprobatą Trybunału Sprawiedliwości, który, uchylając zapadły wyrok, zaproponował nowe, kompromisowe podejście do oceny rabatów lojalnościowych, łączące postulowane podejście bardziej ekonomiczne z utrwalonym w orzecznictwie podejściem formalnym<sup>33</sup>. Trybunał orzekł, że rabaty lojalnościowe mogą być uznane za naruszenie ze względu na cel, chyba że dominant wykaże, w oparciu o test równie efektywnego konkurenta, że praktyka nie miała potencjału do wywołania antykonkurencyjnych skutków. Tak postawiony standard oceny miał w praktyce zobowiązać Komisję do przeprowadzenia własnej, choćby wstępnej, oceny skutków praktyk rabatowych, w celu uniknięcia ponoszenia kosztów postępowania administracyjnego w oparciu o standard, który nie dawałby ewentualnej decyzji szans na utrzymanie w ramach kontroli sądowej.

Trybunał potwierdził również, w ślad za wyrokiem w sprawie *Post Danmark II*<sup>34</sup>, konieczność badania zdolności systemu rabatowego do wywołania skutku wykluczeniowego na rynku w oparciu o wszystkie fakty sprawy, z uwzględnieniem pięciu kluczowych kryteriów: (i) zakresu pozycji dominującej przedsiębiorstwa; (ii) stopnia pokrycia rynku kwestionowaną rabatami; (iii) warunków

<sup>27</sup> EAGCP Report on An Economic approach to Article 82EC (July 2005). Pozyskano z: [https://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp\\_july\\_21\\_05.pdf](https://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf).

<sup>28</sup> Komunikat Komisji — wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące; dalej: Wytyczne Komisji.

<sup>29</sup> Dec. KE z 29.03.2006 r. w sprawie COMP/E-1/38-113, *Tomra*.

<sup>30</sup> Wyr. Sądu z 9.09.2010 r. w sprawie T-155/06, *Tomra*; wyr. TS z 19.04.2012 r. w sprawie C-549/10 P, *Tomra*.

<sup>31</sup> Dec. KE w sprawie COMP/C-3/37.990, *Intel*.

<sup>32</sup> Wyr. Sądu z 12.06.2014 r. w sprawie T-286/09, *Intel*.

<sup>33</sup> Wyr. TS z 6.09.2017 r. w sprawie C-413/14 P, *Intel*.

<sup>34</sup> Wyr. Sądu z 6.10.2015 r. w sprawie C-23/14, *Post Danmark II*.

i sposobu przyznawania rabatów; (iv) długości trwania i wysokości rabatów oraz (v) istnienia strategii mającej na celu wykluczenie również efektywnych konkurentów z rynku<sup>35</sup>.

Bardziej ekonomiczne podejście (*more economic approach*) zostało zastosowane w sprawie *Velux*<sup>36</sup>. Choć wydana decyzja dotyczyła rabatów prospektywnych, Komisja wskazała (hipotetycznie), że jeżeli istnieje wystarczająco duża liczba progów w systemie retrorabatów, a skoki między etapami nie są duże (*in casu* 10 progów i skoki o 0,5 pp.), klient nie ryzykuje utraty całego rabatu, a jedynie rabatu obowiązującego dla kolejnej dostępnej transzy. Wówczas również efektywni rywale mogą ze sobą konkurować. Dodatkowo ryzyko antymonopolowe maleje, jeżeli maksymalny poziom rabatu jest niski (*in casu* 5%), gdyż w takim przypadku jest mało prawdopodobne, że efektywna cena będzie niższa od kosztów przeciętnych dla kontestowalnego udziału rynku.

### 3. Perspektywa krajowa

Dorobek orzeczniczy polskiego organu antymonopolowego oraz orzecznictwa odnośnie do problematyki nadużywania pozycji dominującej poprzez stosowanie antykonkurencyjnych systemów rabatów lojalnościowych jest skromny. Z tego względu, jak wskazuje się w piśmiennictwie, swoisty wzorzec oceny zgodności systemów rabatowych z polskim prawem konkurencji w znacznej mierze tworzą wyżej omówione kryteria, wypracowane przez sądy unijne (Klehr, 2012, s. 87).

Po raz pierwszy omawiane zagadnienie zostało poruszone w decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w sprawie *Wrigley*, dotyczącej zarzutu nadużywania pozycji dominującej na rynku wprowadzania do obrotu gum do żucia poprzez przyznawanie rabatów w sposób powodujący nieuzasadnione uprzywilejowanie niektórych kontrahentów oraz stosowanie tzw. rabatów lojalnościowych<sup>37</sup>. Dokonując analizy ustalonego w toku postępowania antymonopolowego stanu faktycznego, organ stwierdził, że stosowane przez spółkę rabaty za wykonanie planów zakupowych oraz za udział produktów Wrigley w całkowitej sprzedaży dystrybutora, choć nie są rabatami wyłącznościowymi, mogą wywierać skutek lojalnościowy, tj. odwozić kontrahentów dominanta od szukania innych źródeł zaopatrzenia w gumę do żucia, a tym samym przeciwdziałać się ukształtowaniu warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji na rynku produkcji tych towarów. W celu ustalenia czy praktyka przedsiębiorcy może mieć tak rozumiany antykonkurencyjny charakter, Prezes UOKiK wskazał, że zgodnie z postulowanym bardziej ekonomicznym podejściem, rabaty lojalnościowe nie mogą być uznawane za zakazane *per se*, lecz poddawane wnikliwej analizie całokształtu okoliczności faktycznych oraz ewentualnych antykonkurencyjnych skutków, konkludując, iż „decydującym dla stwierdzenia praktyki jest nie forma stosowanych rabatów, ale ich efekty rynkowe”.

Ostatecznie, analiza efektu zamknięcia rynku oraz charakterystyki stosowanych przez spółkę upustów doprowadziła organ antymonopolowy do wniosku, że przedsiębiorca nie nadużył posiadanej pozycji dominującej. Kluczowe znaczenie w tym kontekście miała stosunkowo liczna grupa konkurentów oraz przedsiębiorców niewspółpracujących z Wrigley Poland sp. z o.o., określanie rabatów za wykonanie planów zakupowych przez samych dystrybutorów (nie przez dominanta), stosunkowo krótkie okresy rozliczeniowe stosowanych rabatów oraz ich obiektywne

<sup>35</sup> Wyr. TS z 6.09.2017 r. w sprawie C-413/14 P, *Intel*, akapit 139.

<sup>36</sup> Dec. KE z 14.06.2018 r. w sprawie AT.40026, *Velux*.

<sup>37</sup> Dec. Prezesa UOKiK z 26.08.2010 r. nr DOK-8/2010 w sprawie *Wrigley*.

ekonomiczne uzasadnienie w postaci poprawy prognozowania zapotrzebowania dystrybutorów i planowania produkcji.

Na gruncie krajowego orzecznictwa dotyczącego rabatów lojalnościowych warto również wspomnieć o decyzji Prezesa UOKiK stwierdzającej porozumienie ograniczające konkurencję na krajowym rynku hurtowego obrotu drożdżami piekarskimi<sup>38</sup>. Przedmiotem prawno-konkurencyjnej oceny w tej sprawie było porozumienie przewidujące klauzulę wyłącznego zakupu, czyli postanowienie obligujące dystrybutorów (partnerów) do zaopatrywania się wyłącznie w towary (w drożdże piekarskie) danego (wyłącznego) producenta – Lesaffre bio-corporation S.A. z siedzibą w Wołczynie. W przypadku zawarcia powyższego porozumienia z klauzulą wyłącznego zakupu, dystrybutorowi przysługiwał określony procentowo bonus dodatkowy (liczony od wartości produktów zakupionych w okresie obowiązywania umowy), który zobowiązywał się on wykorzystać na zrealizowanie inwestycji mających na celu rozwój dystrybucji (m.in. poprawy standardów transportu oraz przechowywania drożdży).

Prezes UOKiK, powołując się na literalne brzmienie przywołanego porozumienia o wyłącznym zakupie, uznał, że jego cel, jak również skutek miał wyraźnie antykonkurencyjny charakter poprzez ograniczanie dostępu do rynku sprzedaży drożdży piekarskich przedsiębiorcom nieobjętym porozumieniem.

Decyzja ta spotykała się jednak ze słuszną krytyką sądów. Szczególnie warto przywołać stanowisko zawarte w wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów<sup>39</sup>, które poparł również Sąd Apelacyjny w Warszawie<sup>40</sup>, rozpatrujący apelację Prezesa UOKiK. SOKiK krytycznie ocenił ograniczenie oceny porozumienia przez Prezesa UOKiK do jego aspektu formalno-prawnego, zarzucając brak odniesienia się przez organ antymonopolowy do sytuacji ekonomicznej na rynku. Sąd nie zgodził się z bardzo uproszczoną tezą Prezesa UOKiK, że antykonkurencyjnego charakteru porozumienia dowodzi wystarczająco sama klauzula wyłączności. W ocenie SOKiK, w sprawie nie został wykazany antykonkurencyjny cel ani skutek porozumienia, w tym Prezes UOKiK nie uwzględnił, że celem jego stron było uzyskanie wzajemnych korzyści ekonomicznych, a nie ograniczenie dostępu konkurencji do rynku. Organ poprzestał jedynie na własnych poglądach natury ogólnej, pomijając chociażby zbadanie sytuacji innych przedsiębiorców, a w szczególności ustalenie czy zawarte porozumienie z klauzulą wyłączności zakupu i bonusem dla dystrybutora może mieć jakikolwiek wpływ na wprowadzenie na rynek oferowanych przez nich towarów. Sąd Apelacyjny dodał, że „zaoferowane bonusy i udział drożdży w ogólnej puli asortymentu oferowanego przez zainteresowanych nie były tak znaczne, by mogły stanowić czynnik uzależniający wynik gospodarczy dystrybutora od wyłącznej współpracy z powodem. Same więc zapisy umów w tym względzie nie uprawniają pozwanego do wywodów na temat ograniczenia konkurencji międzymarkowej”.

Wątek potencjalnie antykonkurencyjnego charakteru rabatów retroaktywnych pojawił się również w decyzji Prezesa UOKiK dotyczącej zgłoszenia zamiaru koncentracji polegającej na przejęciu kontroli nad Eurozet sp. z o.o. przez Agora S.A.<sup>41</sup>. Analizując możliwe skutki concen-

<sup>38</sup> Dec. Prezesa UOKiK z 29 grudnia 2006 r. nr DOK-164/06.

<sup>39</sup> Wyr. SOKiK z 18 sierpnia 2008 r. sygn. akt XVII AmA 83/07.

<sup>40</sup> Wyr. SA w Warszawie z 25 lutego 2010 r., sygn. akt VI ACa 61/09.

<sup>41</sup> Dec. Prezesa UOKiK z 7.01.2021 r. nr DDK-1/2021 w sprawie Agora.



tracji, organ antymonopolowy wskazał, że rynki reklamy, na których funkcjonują rozbudowane i indywidualnie negocjowane systemy rabatowe, są podatne na tworzenie rabatów skłaniających reklamodawców do korzystania z usług największych reklamodawców. Z tego względu, zdaniem organu, koncentracja ww. podmiotów mogłaby prowadzić do zaburzenia konkurencji, ze względu na ryzyko istotnego wzrostu siły rynkowej dominatów oraz znaczącego spadku udziałów rynkowych i marginalizacji mniejszych uczestników rynku. W szczególności Prezes UOKiK stwierdził, że „Silne grupy radiowe, takie jak RMF lub, wzmocniona po koncentracji, Agora będą w stanie stworzyć takie reguły przyznawania retroaktywnych rabatów lub AVB (*kickbacków*) [przypis 16 – Agency Volume Bonus – rabat, jaki właściciele mediów wypłacają domom mediowym w oparciu o wielkość obrotów] dla domów mediowych, że wszyscy najwięksi reklamodawcy, jak również domy mediowe będą korzystać wyłącznie z usług jednej z tych grup”<sup>42</sup>. Jednocześnie jednak, w uzasadnieniu decyzji brakuje jakichkolwiek fragmentów świadczących o tym, że Prezes UOKiK dokonał oceny czy w kontekście rynków, na które mogła wpłynąć planowana koncentracja, rabaty retrospektywne mogą mieć zdolność wywołania efektu lojalnościowego poprzez efekt zasysania. Organ antymonopolowy nie omówił również kwestii istnienia niekontestowalnej części popytu oraz nie oszacował odsetka nabywców, którzy są lub mogliby być objęci rabatami retroaktywnymi, ograniczając się w tym zakresie do stwierdzenia, że „obecnie kampanie, w ramach których zamawiano reklamy w stacjach reprezentowanych przez jeden podmiot, stanowią około 20% wszystkich kampanii, a głównym powodem konieczności umieszczania reklam w stacjach różnych podmiotów jest problem z uzyskaniem pożądanego zasięgu”<sup>43</sup>.

Wydaje się zatem, że w ww. decyzji ocena ryzyka zastosowania rabatów retroaktywnych ze skutkiem wykluczeniowym nie została poparta analizą warunków konkurencji, a opierała się głównie na opiniach części uczestników rynku. Takie podejście można uznać za zbliżone do formalistycznego uznania rabatów retroaktywnych przez dominantów za zakazane *per se*, niezgodnym z wcześniejszym, bardziej zniuansowanym podejściem do retrorabatów zaprezentowanym w sprawie *Wrigley*, jak również z ogólną oceną rabatów retroaktywnych przedstawioną w omówionym niżej raporcie UOKiK, dotyczącym rabatów stosowanych w relacjach handlowych w łańcuchu żywnościowym.

#### 4. Ocena stanowiska organów i orzecznictwa

Podsumowując powyższe stwierdzić należy, że z jednej strony praktyka decyzyjna organów antymonopolowych i orzecznictwo zmierza zasadniczo w kierunku bardziej ekonomicznego podejścia, jednak podejmowane dotychczas próby jego zastosowania wciąż cechuje pewna niekompletność. Szczególnie dostrzegalna jest tendencja do traktowania testu równie efektywnego konkurenta, badającego efekt zasysania jako nieobowiązkowego, choć dopuszczalnego narzędzia oceny potencjału wykluczeniowego retrorabatów lojalnościowych. Z drugiej zaś – powołanie się nań stanowi atrakcyjną „strategię” dla stron postępowania, obliuguje bowiem organ do przeprowadzenia zgodnie z najwyższymi standardami dowodowymi. W praktyce oznacza to, że – przynajmniej do czasu ewentualnych zmian w linii orzeczniczej – test równie efektywnego konkurenta jest nieodzownym elementem analizy rabatów retrospektywnych.

<sup>42</sup> Dec. Prezesa UOKiK z 7.01.2021 r. nr DDK-1/2021 w sprawie *Agora*, s. 35.

<sup>43</sup> *Ibidem*, s. 35.

Co równie istotne, orzecznictwo Trybunału w sprawach *Post Danmark II* oraz *Intel* konsekwentnie wskazuje na obowiązek zbadania przez organ antymonopolowy potencjału wykluczeniowego rabatów na podstawie pięciu kryteriów, z których część ma charakter ekonomiczny. Najtrudniejszym zadaniem może okazać się rzetelna ocena ostatniego z nich, tj. istnienia strategii mającej na celu wykluczenie równie efektywnych konkurentów z rynku. Podejście Prezesa UOKiK zarysowane w decyzji w sprawie *Agora/Eurozet*, polegające na formułowaniu jednoznacznych wniosków odnośnie do antykonkurencyjnych skutków bez dokonania oceny zdolności rabatów do wywołania efektu wykluczeniowego, odbiega od standardów wyznaczonych orzecznictwem europejskim i nie znalazło aprobaty SOKiK, który zmienił decyzję w swoim wyroku z 12 maja 2022 roku.

## IV. Retrorabaty jako delikt ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi

### 1. Uwagi wstępne

Kolejnym zbiorem przepisów, będących podstawą oceny retrorabatów przez polski organ antymonopolowy, jest ustawa z dnia 17 listopada 2021 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi<sup>44</sup>, która implemencowała do polskiego porządku prawnego dyrektywę w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych w relacjach między przedsiębiorcami w łańcuchu dostaw produktów rolnych i spożywczych<sup>45</sup>, oraz poprzednio obowiązująca ustawa o takim samym tytule<sup>46</sup>.

Przedmiotem ww. regulacji są zasady i tryb przeciwdziałania, w celu ochrony interesu publicznego, praktykom polegającym na nieuczciwym wykorzystywaniu przewagi kontraktowej, czyli znaczącej dysproporcji w potencjale ekonomicznym nabywcy produktów rolnych i spożywczych względem ich dostawcy lub dostawcy względem nabywcy (art. 7 ust. 1 ustawy) (Namysłowska i Piszcz, 2016, art. 1; Manteuffel i Piaskowski, 2017, s. 36)<sup>47</sup>. Ustawa posiada zatem istotnie ograniczony, np. względem regulacji antymonopolowej, zakres podmiotowy, dotyczy bowiem wyłącznie relacji kontraktowych pomiędzy przedsiębiorcami prowadzącymi działalność gospodarczą w określonym sektorze. W celu ułatwienia oceny relewantnych relacji między poszczególnymi kontrahentami ustawa wskazuje różnice w progach obrotowych, po przekroczeniu których owa znacząca dysproporcja jest domniemywana (art. 7 ust. 2 ustawy)<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> Dz. U. 2021 poz. 2262.

<sup>45</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/633 z dnia 17 kwietnia 2019 r. w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych w relacjach między przedsiębiorcami w łańcuchu dostaw produktów rolnych i spożywczych, (Dz. Urz. UE L 111 25.04.2019, s. 59).

<sup>46</sup> Ustawa z dnia 15 grudnia 2016 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi lub spożywczymi (t.j. Dz. U. 2020 poz. 1213 z późn. zm.).

<sup>47</sup> Objęcie ochroną nabywców produktów rolnych lub spożywczych wychodzi poza ramy dyrektywy 2019/633, która obejmuje swoim zakresem jedynie ochronę dostawców ww. produktów. Polski ustawodawca kontynuuje jednak, w ślad za starą ustawą przewagową symetryczną ochronę obu stron zawierających umowę handlową, pomimo że, jak wskazano w uzasadnieniu do nowej ustawy przewagowej, w ponad czteroletnim okresie funkcjonowania starej ustawy przewagowej nie wystąpił przypadek postępowania Prezesa UOKiK w zakresie wykorzystywania przewagi kontraktowej dostawcy względem nabywcy.

<sup>48</sup> W poprzednim stanie prawnym brakowało jednoznacznej regulacji ustawowej w tym zakresie. W praktyce, Prezes UOKiK stosował jednak w swych analizach analogiczne zasady wynikające z implementowanej tzw. nową ustawą przewagową dyrektywy. Zob. dec. Prezesa UOKiK: z 11.12.2020 r. nr RBG-13/2020 w sprawie *Jeronimo Martins*; z 2.11.2020 r. nr RBG-11/2020 w sprawie *Appol*.

## 2. Nieuzasadnione żądanie rabatu jako nieuczciwe wykorzystywanie przewagi kontraktowej – tzw. czarna praktyka

Podobnie jak w przypadku regulacji dotyczącej nadużywania pozycji dominującej, sam fakt posiadania przewagi kontraktowej nad danym kontrahentem nie rodzi po stronie nabywcy lub dostawcy rolno-spożywczego negatywnych konsekwencji (Kohutek, 2017, art. 6). Sankcjonowane jest natomiast nieuczciwe wykorzystywanie występujących dysproporcji, czyli – zgodnie z klauzulą generalną – zachowanie sprzeczne z dobrymi obyczajami i zagrażające istotnemu interesowi drugiej strony albo taki interes naruszające (art. 6 ustawy) (Jurkowska-Gomułka, 2017, s. 10). Dodatkowo, w ślad za prawodawcą unijnym, polski prawodawca wskazuje na przykładowy – znacznie szerszy niż w poprzednim stanie prawnym – katalog praktyk, które mogą stanowić naruszenie. Katalog ten obejmuje dwa rodzaje praktyk: (i) tzw. praktyki szare, dozwolone pod pewnymi warunkami oraz (ii) tzw. praktyki czarne, objęte bezwzględnym zakazem; w przypadku stwierdzenia ich stosowania nie ma potrzeby wykazania przez organ naruszenia dobrych obyczajów lub interesu drugiej strony (art. 9 ustawy).

Co istotne z punktu widzenia niniejszego opracowania, w nowej ustawie do drugiej z ww. kategorii dodana została praktyka, polegająca na „nieuzasadnionym obniżaniu należności z tytułu dostarczenia produktów rolnych lub spożywczych po ich przyjęciu przez nabywcę w całości albo w umówionej części, w szczególności na skutek żądania udzielenia rabatu” (art. 8 ust. 1 pkt 4 ustawy). W poprzednim stanie prawnym, przepis ten nie posiadał swojego odpowiednika, a zatem zachowania przedsiębiorcy wypełniające określone znamiona mogły podlegać ocenie wyłącznie z punktu widzenia ww. zakazu ogólnego, co z kolei wiązało się z koniecznością bliższej analizy okoliczności faktycznych oraz każdorazowej konkretyzacji i wykazywania naruszenia dobrych obyczajów lub zagrożenia interesom kontrahenta. Zmiana prawna w powyższym zakresie niewątpliwie stanowi dla Prezesa UOKiK istotne ułatwienie w walce z nieuczciwymi praktykami.

W kontekście nieuczciwości wypada podkreślić, że ww. przepis odnosi się wyłącznie do przypadków, w których żądanie obniżenia ceny jest nieuzasadnione. Celem omawianej regulacji nie jest zatem objęcie przypadków, w których do obniżenia należności dochodzi w wyniku rozliczenia prawidłowo zastosowanego rabatu, tj. dokładnie ustalonego przy zawarciu pierwszej umowy lub jej przedłużeniu na kolejny okres. Ocena danej praktyki powinna przy tym uwzględniać nie tylko sam sposób uregulowania danego rabatu, lecz także tryb, w którym doszło do jego ustalenia, w tym przebieg procesu negocjacji<sup>49</sup>. Jednocześnie, brakuje obecnie wskazówek co do wykładni ww. przesłanki, która wydaje się być kluczową dla uznania omawianej praktyki jako nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej.

Wobec powyższego, podobnie jak pod rządami poprzedniej ustawy odnośnie do klauzuli ogólnej dobrego obyczaju, standard zachowania zgodnego z ww. przepisem wykształci dopiero praktyka orzecznicza (Adamczewski, 2017, s. 10).

Niestety, w tym kontekście nie można liczyć na wskazówki, wyjaśnienia lub wytyczne ze strony Komisji Europejskiej lub orzecznictwa europejskiego. Praktyka opisana w art. 8 ust. 1 pkt 4 polskiej ustawy jest bowiem jedyną, która nie posiada odpowiednika w regulacjach unijnych. Został on dodany do projektu tzw. nowej ustawy przewagowej przez polskiego ustawodawcę z inicjatywy

<sup>49</sup> Uzasadnienie projektu ustawy, druk sejmowy nr 1502 z 2021 r., s. 12.

Prezesa UOKiK, w związku z zastrzeżeniami organu dotyczącymi praktyk stosowanych na polskim rynku rolno-spożywczym, zidentyfikowanymi w ramach omówionych poniżej postępowań wyjaśniających.

### 3. Interwencje Prezesa UOKiK w poprzednim stanie prawnym

#### 3.1. Postępowania wyjaśniające i raport UOKiK

Przyczynkiem dla wspomnianej wyżej interwencji legislacyjnej były ustalenia poczynione przez Prezesa UOKiK w toku 19 postępowań wyjaśniających, dotyczących – w ogólności – systemów rabatowych i praktyk cenowych sieci handlowych, będących nabywcami produktów rolno-spożywczych. Zasadnicze zastrzeżenia dotyczyły wówczas wprowadzania nowych rabatów nieprzewidzianych na początku danego okresu współpracy – w drodze dodatkowych porozumień zawieranych już po dokonanych transakcjach – oraz zawieranie umów o współpracy z mocą wsteczną.

Rezultaty przywołanych wyżej postępowań zostały również podsumowane w dedykowanym problematyce rabatów stosowanych w sektorze rolno-spożywczym raporcie UOKiK, opublikowanym w kwietniu 2021 roku (UOKiK, 2021). Choć przeprowadzone wówczas analizy miały charakter przekrojowy, największy nacisk został położony na praktyczne aspekty stosowania przez sieci handlowe rabatów retrospektywnych w związku z ich potencjalną uciążliwością dla dostawców.

Badanie organu wykazało, że retrorabaty, podobnie jak inne formy rabatów, są powszechną praktyką w relacjach sieci handlowych z dostawcami. Pośród umów zawieranych przez 19 spółek prowadzących sieci handlowej zidentyfikowano 104 rabaty retrospektywne, co stanowiło 54% wszystkich zbadanych rabatów. Prezes UOKiK ustalił również, że rabaty retrospektywne stanowią najczęściej formę zapłaty za usługi świadczone dostawcy, takie jak promocja towarów dostawcy czy usługi logistyczne. W tym kontekście, wskazano na ryzyko uznania za nieuczciwe rabaty przyznawane z tytułu świadczonych usług, w przypadku, gdy świadczenie uzasadniające udzielenie rabatu nie było przez sieć faktycznie wykonywane lub jego wykonanie nie stanowiło realnej korzyści dla dostawcy (np. stanowiło czynność niezbędną dla zapewnienia efektywnego działania samej sieci). Oznacza to, że retrorabaty godzące w zasadę ekwiwalentności świadczeń mogą zostać uznane za nieuczciwe.

Wskazując na główne rodzaje ryzyka związane ze stosowaniem rabatów retrospektywnych, polski organ antymonopolowy zwrócił również uwagę na konieczność zachowania przejrzystości oraz jasnych warunków przyznawania tego rodzaju upustów i wprowadzania w tym zakresie jakichkolwiek zmian. Podkreślając, że choć mechanizm retrorabatu z natury nie pozwala na określenie konkretnej kwoty, na którą będzie opiewać, Prezes Urzędu zaznaczył, że istotne jest, aby już w momencie zawierania umowy strony miały świadomość sposobu w jaki kwota ta zostanie naliczona.

Jednocześnie podkreślono, że dokonywanie zmian w uprzednio ustalonych warunkach poprzez „wsteczne naliczanie” rabatów na rzecz sieci handlowych, jakkolwiek może spotkać się z zarzutem nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej, nie jest objęte bezwzględnym zakazem i w określonych przypadkach może być uznane za dopuszczalne, z zastrzeżeniem, że wprowadzone w ten sposób zmiany muszą być proporcjonalne, a szczególne okoliczności nie mogą być wykorzystywane jako pretekst do pokrzywdzenia dostawców. Jako przesłanki wyłączone

nieuczciwość wskazano przy tym m.in. nieoczekiwaną zmianę okoliczności rynkowych (np. istotną zmianę preferencji konsumentów, pozycji stron i ich konkurentów), finansowych (np. niewypłacalność dostawcy), gospodarczych (np. istotna zmiana kursów walut) czy społecznych (np. spadek spożycia drobiu jako reakcja na doniesienia o pandemii kur).

### 3.2. Decyzje Prezesa UOKiK w sprawie *Jeronimo Martins* i *Kaufland*

Prezes UOKiK wydał dotychczas na podstawie przepisów ustawy z dnia 15 grudnia 2016 r. szereg decyzji: (i) zobowiązujących<sup>50</sup> oraz (ii) stwierdzających nieuczciwe wykorzystywanie przewagi kontraktowej przez nabywców względem dostawców i nakazujących zaniechania inkryminowanych praktyk<sup>51</sup>. Spośród zapadłych dotychczas rozstrzygnięć niewątpliwie największe kontrowersje wzbudziły dwie decyzje dotyczące praktyk stosowanych przez dwóch przedsiębiorców prowadzących znane sieci handlowe – *Jeronimo Martins* (Biedronka)<sup>52</sup> oraz *Kaufland*<sup>53</sup>.

Obydwie sprawy dotyczyły podobnych praktyk, sprowadzających się w istocie do pobierania przez sieć od dostawców produktów rolnych lub spożywczych rabatów na podstawie zawieranych na koniec okresu rozliczeniowego porozumień bez uprzedniego uzgodnienia wysokości tych rabatów oraz warunków ich przyznania. W przypadku decyzji w sprawie *Kaufland*, z zastrzeżeniami organu spotkała się również pozarabatowa praktyka, polegająca na zawieraniu umów określających warunki współpracy handlowej, w tym warunki udzielanych przez dostawców rabatów na dany rok już po jego rozpoczęciu, z obowiązkiem rozliczenia różnicy pomiędzy nowymi a poprzednio obowiązującymi warunkami współpracy za okres od 1 stycznia do dnia podpisania umowy. Przedsiębiorcy zostali ukarani karami w wysokości odpowiednio 723 381 476,56 zł (*Jeronimo Martins*) oraz 70 853 036,80 zł i 53 139 777, 60 zł (*Kaufland*).

W tym miejscu należy podkreślić, że ww. decyzje zapadły w poprzednim stanie prawnym, co oznacza, że Prezes UOKiK był zobowiązany do wykazania nie tylko stosowania określonej praktyki, lecz także naruszenia dobrych obyczajów lub istotnego interesu kontrahenta. Niemniej, uzasadnienia zapadłych wówczas rozstrzygnięć zachowują swoją aktualność w zakresie, w jakim ujawniają stanowisko organu odnośnie do „nieuczciwości” czy też „braku uzasadnienia” retrorabatów. Co więcej, warto również pamiętać, że i w obecnym stanie prawnym jak najbardziej możliwe jest kwestionowanie zachowań przedsiębiorców na podstawie ogólnego zakazu, w przypadkach niewypełniających znamion określonych w art. 8 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Przede wszystkim, analiza dotychczasowej praktyki decyzyjnej Prezesa UOKiK wskazuje, że sam mechanizm rabatów retrospektywnym nie jest objęty zakazem *per se*. Można również wyróżnić szereg okoliczności, które w istotny sposób zwiększają ryzyko uznania określonej klauzuli za niedozwoloną. Chodzi tutaj przede wszystkim o następczy sposób uzgadniania rabatów, a więc ustalanie warunków uzyskania i wysokości obniżki ceny już po zawarciu umowy, w toku współpracy czy nawet do realizacji określonych dostaw. Taka sytuacja skutkuje bowiem powstaniem stanu niepewności co do wyników finansowych dostawcy, który nie ma wiedzy czy w danym okresie rozliczeniowym będzie zobowiązany do udzielania rabatu ani jaka będzie jego wysokość,

<sup>50</sup> Zob. dec. Prezesa UOKiK: z 5.03.2018 r. nr RBG-3/2018 w sprawie *Cykoria*; z 22.07.2019 r. nr RBG-11/2019 w sprawie *Real*.

<sup>51</sup> Zob. m.in. dec. Prezesa UOKiK: z 2.11.2020 r. nr RBG-11/2020 w sprawie *Appol*; z 1.10.2019 r. nr RBG-15/2019 w sprawie *TB Fruit*.

<sup>52</sup> Dec. Prezesa UOKiK z 11.12.2020 r. nr RBG-13/2020 w sprawie *Jeronimo Martins*.

<sup>53</sup> Dec. Prezesa UOKiK z 30.12.2021 r. nr RBG-4/2021 w sprawie *Kaufland*.

co może oddziaływać na dalsze plany produkcyjne czy rozwojowe. Prezes UOKiK zwrócił również uwagę na praktykę polegającą na jednostronnym narzucaniu warunków umownych w zakresie wysokości ceny przez silniejszych kontrahentów (tu: sieci handlowe). W tym kontekście w decyzji w sprawie *Jeronimo Martins* Prezes UOKiK powołał się na stanowisko Sądu Apelacyjnego w Warszawie<sup>54</sup>, który wskazał, że „cena należy do istotnych elementów umowy sprzedaży. Innymi słowy, bez uzgodnienia jej wysokości w ogóle nie dochodzi do zawarcia umowy. (...). Wskazanie wysokości owych rabatów i upustów musi jednak nastąpić najpóźniej w momencie zawarcia umowy sprzedaży”.

W kontekście nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej polegającej na żądaniu przez sieci obniżenia ceny przez dostawców, warto wspomnieć o coraz częstszym powoływaniu się w tym zakresie przez Prezesa UOKiK na pobieranie przez sieci tzw. opłat półkowych, o których mowa w art. 15 ust. 1 pkt 4 uznk (tj. opłat innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży). W jednej z ostatnich decyzji Prezes UOKiK uznał za nieuczciwe wykorzystywanie przewagi kontraktowej pobieranie tego rodzaju opłat od dostawców przez Eurocash<sup>55</sup>. Prezes UOKiK prowadzi obecnie badanie rynku, w ramach którego sprawdza czy inne sieci nie wykorzystują nieuczciwie przewagi kontraktowej, stosując podobne opłaty<sup>56</sup>.

Istotne jest przy tym, że nowa ustawa przewagowa wprowadziła jako „szarą praktykę”, która w zasadzie odpowiada opłacie półkowej, tj. „pobieranie od dostawcy opłaty stanowiącej warunek przechowywania, prezentowania lub oferowania do sprzedaży jego produktów rolnych lub spożywczych lub udostępniania takich produktów na rynku” (art. 8 ust. 1 pkt 12). Ustawa wskazuje jednocześnie, że jeżeli strony przed zastosowaniem takiej opłaty jasno i klarownie umówią się co do jej pobierania, to taka opłata nie będzie zakazana na gruncie ustawy o przewadze kontraktowej i nie będzie podstawą do nałożenia kary przez Prezesa UOKiK.

Warto również wskazać, że Sąd Najwyższy w wyroku z 24 maja 2019 r., na który powołał się Prezes UOKiK w decyzji w sprawie *Eurocash*, wskazał na istotną kwestię, a mianowicie, że „jeżeli takich kategorii, jak rabat, upust, premia pieniężna lub nagroda nie można powiązać z żadnym wymiernym świadczeniem ze strony odbiorcy, są one natomiast związane z osiągnięciem oznaczonego poziomu obrotów lub określonej wielkości albo wartości sprzedaży w oznaczonym przedziale czasowym, to ich realizacja, także *ex post*, stanowi czynnik cenotwórczy i decyduje o cenie sprzedawanego towaru. W konsekwencji nałożenie na dostawcę obowiązku takich świadczeń nie powinno być traktowane jako zastrzeżenie opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k.<sup>57</sup>, celem bowiem tego przepisu nie jest sądowa regulacja cen i wpływanie na rozkład zysków stron umowy”.

#### 4. Ocena stanowiska organu

Przechodząc do oceny dotychczasowego dorobku decyzyjnego Prezesa UOKiK, w pierwszej kolejności wskazać należy, że w momencie pisania niniejszego artykułu brakuje orzecznictwa weryfikującego zasadność wyżej omówionych po krótko rozstrzygnięć.

<sup>54</sup> Wyr. SA w Warszawie z 12.09.2018 r., VII Aga 491/18.

<sup>55</sup> Dec. Prezesa UOKiK z 30 listopada 2021 nr RBG-3/2021.

<sup>56</sup> Zob. [https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news\\_id=18663](https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=18663); [https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news\\_id=18557](https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=18557)

<sup>57</sup> Wyr. SN z 24 maja 2019 r., I CSK 304/18.

Jak już wyżej sygnalizowano, wydane dotychczas decyzje oraz treść raportu UOKiK wskazują, że z zastrzeżeniami organu spotyka się nie tyle samo stosowanie rabatów retrospektywnych (co, jak już wyżej wskazano, jest praktyką bardzo powszechną), ile sposób i tryb ich ustalania, tj. nietransparentne kształtowanie finalnej ceny produktu. Niewiedza jednej ze stron co do finalnej ceny zbywanego produktu jest pewnym – co najmniej niekomfortowym (biznesowo ryzykownym) – stanem rzeczy, który raczej trudno zaliczać do typowych sytuacji występujących w obrocie handlowym (nie tylko produktami rolno-spożywczymi), o ile nie stanowią one przedmiotu wyraźnego (uprzedniego) uzgodnienia między stronami.

W tym kontekście należy zwrócić uwagę, że przepisy ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej nie powinny zasadniczo stanowić podstawy do ingerencji Prezesa UOKiK w ustalenia stron co do wysokości cen produktów dostarczanych nabywcy, na co zresztą wprost wskazuje uzasadnienie projektu poprzednio obowiązującej ustawy przewagowej<sup>58</sup>. Jak jednak wskazuje sam Prezes UOKiK (UOKiK, 2021, s. 9), nie wyklucza to możliwości i zasadności badania pod kątem zgodności z ustawą przewagową praktyk związanych z uzyskiwaniem przez sieci handlowe od dostawców rabatów, w tym rabatów retrospektywnych. Niemniej, ocena ta wymaga uwzględnienia nie tylko samego brzmienia poczynionych między stronami uzgodnień, lecz także całego kontekstu łączących je relacji, w tym momentu dokonania ustaleń czy przebiegu procesu negocjacji. Kontekst ten może bowiem wskazywać, że konkretne uzgodnienia jedynie pozornie dotyczą ceny danego towaru, a faktycznie skutkują powstaniem dodatkowych, nieuzasadnionych obciążeń dla dostawcy.

Wprowadzenie bezwzględnego zakazu stosowania praktyki, o której mowa w art. 8 ust. 1 pkt 4 ustawy stanowi przy tym potwierdzenie, że podejście Prezesa UOKiK do praktyk retrorabatowych jest – podobnie zresztą jak na gruncie oceny antymonopolowej – bardziej restrykcyjne niż w przypadku innych europejskich krajowych i unijnych organów antymonopolowych.

## V. Podsumowanie

### 1. Uwagi ogólne

Podsumowując, retrorabaty mogą podlegać ocenie w reżimie zarówno antymonopolowym, jak i przewagowym. Zasadniczo zbieżne pozostają przy tym cechy (elementy) systemów rabatowych, budzące wątpliwości na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy o nieuczciwym wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi, jak również ich efektywności i związane z nimi korzyści społeczne. Przed przystąpieniem do porównawczej analizy czynników ryzyka wynikających z obydwu wskazanych aktów prawnych oraz dotychczasowej praktyki decyzyjnej organów antymonopolowych i orzecznictwa, konieczne jest jednak zaznaczenie istotnych różnic, mających wpływ na potencjalnie odmienną ocenę praktyk przedsiębiorców z jednej strony, z perspektywy zakazu praktyk ograniczających konkurencję, z drugiej zaś – nieuczciwego wykorzystywania dysproporcji w potencjale ekonomicznym pomiędzy kontrahentami w sektorze rolno-spożywczym.

<sup>58</sup> Wskazano wówczas, że: „Należy jednocześnie zauważyć, że zgłaszany problem wysokości cen uzyskiwanych w transakcjach nabycia towarów rolno-spożywczych nie mógł znaleźć rozwiązania w projektowanej ustawie z uwagi na zbyt dużą ingerencję administracji w stosunki umowne między stronami umów”. Uzasadnienie projektu ustawy przewagowej, druk sejmowy nr 790 z 2016 r., s. 7.

Po pierwsze, co oczywiste, odmienny jest zakres zastosowania ustawy antymonopolowej, odnoszącej się do zachowań przedsiębiorców co do zasady niezależnie od przedmiotu prowadzonej przez nich działalności oraz ustawy przewagowej, której zastosowanie ogranicza się do obrotu produktami rolnymi i spożywczymi.

Po drugie, omawiane reżimy charakteryzują odmiennie teorie szkody, czyli uzasadnienia, dla których określona praktyka jest uznawana za szkodliwą dla konkurencji lub relacji kontraktowych, a w konsekwencji – za niezgodną z prawem. W przypadku ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, uzasadnienia umieszczonych w niej zakazów i podejmowanych na ich podstawie interwencji należy upatrywać zasadniczo w wykluczeniu z rynku efektywnych konkurentów. Natomiast odnośnie do wykorzystywania przewagi kontraktowej teoria szkody polega na nieuczciwej (sprzecznej z dobrymi obyczajami lub godzącej w interes drugiej strony umowy) eksploatacji ekonomicznie słabszych kontrahentów. Nieuczciwe wykorzystanie przewagi kontraktowej charakterem przejawia zatem pewne podobieństwa do eksploatacyjnych, antykonkurencyjnych praktyk jednostronnych ściganych prawem antymonopolowym.

## **2. Czynniki ryzyka związanego ze stosowaniem retrorabatów na gruncie ustawy antymonopolowej oraz przewagowej**

### **2.1. Wspólne czynniki ryzyka**

Przechodząc do szczegółowej analizy czynników ryzyka, a więc tych cech (elementów) mechanizmów rabatowych, które budzą największe wątpliwości na gruncie zakazu praktyk ograniczających konkurencję oraz nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi, wskazać należy, że – jak już wyżej sygnalizowano – czynniki te na wielu płaszczyznach pozostają zbieżne.

Po pierwsze, w kontekście ryzyk antymonopolowych i przewagowych najbardziej jednoznaczna jest ocena następczego uzgadniania retrorabatów. Wszelkie uzgodnienia dotyczące wysokości oraz warunków rabatu (w szczególności próg obrotowy warunkujący udzielenie rabatu oraz wysokość rabatu) dokonywane później niż przy zawarciu umowy lub jej przedłużeniu budzą poważne zastrzeżenia zarówno na gruncie art. 9 ust. 1 uokik, jak i art. 8 ust. 1 pkt 4 ustawy przewagowej, co potwierdza wyżej omówione orzecznictwo oraz praktyka decyzyjna organów antymonopolowych.

Jeśli warunki te ustalane są w trakcie trwania współpracy dostawcy z siecią konieczne jest rozważenie czy tego rodzaju rabat znajduje zastosowanie do przyszłych, czy też minionych okresów rozliczeniowych. Nie powinno budzić wątpliwości, że w drugim z opisanych przypadków dochodzić może do istotnego zagrożenia interesów dostawcy, albowiem w momencie dokonywania transakcji z siecią nie dysponuje on szczegółową wiedzą na temat ceny sprzedawanych przez siebie produktów.

Po drugie, w każdym przypadku ryzyko interwencji organu antymonopolowego wzrasta w przypadku jednostronnego ustalania (narzucania) rabatów (przez sprzedawcę – w przypadku nadużywania pozycji dominującej lub nabywcę – w przypadku wykorzystywania przewagi kontraktowej). Warunki oraz wysokość rabatów wstecznych powinny być wynikiem obopólnej zgody stron umowy, o czym może świadczyć przebieg negocjacji, których brak lub



zagrożenie przez nabywcę obciążeniem dostawcy karą umowną za niewystawienie faktur korygujących dokumentujących udzielenie rabatu wstecznego w istotny sposób wpływa na ocenę praktyki przedsiębiorcy.

W obydwu reżimach niejednoznaczna jest natomiast rola zindywidualizowanego sposobu uzgadniania rabatów (w odniesieniu do każdego klienta). Czynniki te są czasem wskazywane jako zwiększający ryzyko antymonopolowe, gdyż zwykle jest kojarzony ze zwiększającym efektem zasysania praktyką ustalania zindywidualizowanych progów rabatowych na poziomie zbliżonym do całości popytu nabywcy. Wydaje się jednak, że system rabatów retrospektywnych zgodny z prawem konkurencji również powinien być zasadniczo oparty właśnie na zindywidualizowanych (ale niewywołujących efektu wykluczeniowego) progach rabatowych. Jak bowiem wynika z orzecznictwa unijnego, ustalenie standardowych progów rabatowych może wywołać niezamierzony skutek wykluczeniowy w przypadku części nabywców, a zatem w mniejszym stopniu chronić dominanta przed zarzutem naruszenia prawa antymonopolowego<sup>59</sup>. Podobnie w przypadku nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej, wydaje się, że indywidualizacja rabatów w odniesieniu do poszczególnych kontrahentów może w praktyce ułatwiać wykazanie, że dana praktyka była *uzasadniona*, a zatem nie jest objęta hipotezą art. 8 ust. 1 pkt 4 ustawy przewagowej.

## 2.2. Antymonopolowe czynniki ryzyka

Można również wskazać szereg okoliczności szczególnie istotnych z punktu widzenia zakazu nadużywania pozycji dominującej, których występowanie lub brak nie ma jednak zasadniczego znaczenia w przypadku zarzutu nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej.

Po pierwsze, chodzi tutaj o zamiar dominanta. W przypadku, gdy przedsiębiorca o silnej pozycji rynkowej posiada z góry określoną strategię i na jej podstawie ustala system rabatowy w taki sposób, aby zaszkodzić konkretnemu konkurentowi i wykluczyć go z rynku, z pewnością będzie to stanowiło okoliczność obciążającą.

Po drugie, z całą pewnością za niekorzystne z punktu widzenia przepisów antymonopolowych należy uznać zbyt długie okresy referencyjne rabatów retrospektywnych, z uwagi na to, że wywołują one bardzo silne efekty związania oraz większe ryzyko wystąpienia antykonkurencyjnych skutków. Podobne znaczenie ma długotrwałość danej praktyki.

Po trzecie, z analogicznych względów istotne znaczenie ma również to, jak blisko próg rabatowy został ustanowiony w stosunku do całości popytu kupującego. Zastosowanie zbyt wysokich progów wiąże się z ryzykiem, które może być mitygowane poprzez ich odpowiednie (lecz niezbyt drastyczne) obniżenie lub wprowadzenie dodatkowych progów (stopniowanie). W tym kontekście ocena tych rabatów jest podobna do oceny drapieżnictwa cenowego (*predatory pricing*), gdzie głębsze obniżenie ceny (większe rabaty) zwiększa ryzyko uznania za nadużycie.

Po czwarte, istotne znaczenie ma również stopień pokrycia rynku określonym rabatem retrospektywnym, który pozwala określić zakres jego potencjalnych skutków. Im więcej kontrahentów jest związanych danym postanowieniem, tym system rabatowy może stwarzać więcej zastrzeżeń.

<sup>59</sup> Zob. wyr. Sądu z 6.10.2015 r. w sprawie C-23/14, *Post Danmark II*.

Po piąte wreszcie, jak już wyżej wskazano, w przypadku zarzutu antymonopolowego, kluczowe znaczenie ma istnienie wystarczająco wysokiej, niekontestowalnej części popytu. Jest to konieczne dla wykazania efektu zasysania i zastosowania testu równie efektywnego konkurenta, który w praktyce można uznać za nieodzowny element badania antykonkurencyjnego charakteru systemu rabatowego.

### 2.3. Przewagowe czynniki ryzyka

W dalszej kolejności analogiczne, specyficzne czynniki ryzyka można wyróżnić również w odniesieniu do zakazu nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej.

Po pierwsze, to właśnie w tym kontekście, a konkretniej we wspomnianym wyżej raporcie UOKiK zwrócona została uwaga na tzw. rabaty wielokrotne. Praktyka, polegająca na ustalaniu kilku rabatów zależnych od obrotów w różnych okresach nakładających się na siebie, np. poprzez naliczanie rabatu rocznego od obrotu, który wcześniej został już objęty rabatem miesięcznym, przy jednoczesnym braku pomniejszenia obrotu na potrzeby obliczania rabatu rocznego o udzielone rabaty miesięczne. Zastosowanie takiego systemu rabatowego powoduje w konsekwencji wielokrotne obniżenie ceny tego samego, dostarczonego już towaru, wiąże się z istotnym ryzykiem uznania za nieuczciwą. W przypadku regulacji antymonopolowej, wielokrotność rabatu sama w sobie nie stanowi czynnika wysokiego ryzyka, może jednak pośrednio wpływać na wynik testu równie efektywnego konkurenta.

Po drugie, poważne zastrzeżenia budzi obniżanie progu obrotowego po zakończeniu okresu, którego dotyczy. Praktyka ta może być uznana za nieuczciwą, w szczególności w przypadku, gdy obniżenie progu obrotowego zostaje jednostronnie narzucone przez sieć handlową. Opisane zachowanie może bowiem czynić ustalenia stron w zakresie warunków rabatowania fikcyjnymi, podlegającymi zmianie w zależności od aktualnej potrzeby silniejszej strony umowy.

Po trzecie, nieco odmiennie niż w przypadku prawa antymonopolowego, czynnikiem ryzyka przewagowego jest bardzo niski próg rabatu. Wysokość obrotu, będącą warunkiem uzyskania rabatu wyznaczono na bardzo niskim poziomie, może być uznany za pozorny. W takich przypadkach, podobnie jak wtedy, gdy nie dochodzi do określenia progu obrotowego, od którego osiągnięcia zależy udzielenie rabatu, osłabieniu może ulec motywacyjny cel stosowania rabatu. W tego typu sytuacjach uzyskanie rabatu przez sieć nie wiąże się bowiem ze zwiększeniem poziomu zakupów produktów oferowanych przez dostawcę.

## 3. Wnioski

Powszechność retrorabatów w obrocie gospodarczym wynika głównie z wielorakich korzyści, jakie mogą one przynieść przedsiębiorcom i konsumentom. Ich stosowanie jest jednak w niektórych przypadkach obciążone ryzykiem uznania za niezgodne z prawem – bądź to przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, bądź ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi. Implementacja systemów rabatów retrospektywnych wymaga zatem od przedsiębiorców ostrożności, zwłaszcza wobec stosunkowo restrykcyjnego podejścia polskiego organu antymonopolowego odnośnie do tytułowego zagadnienia. Choć zasadniczo problematyka praktyk rabatowych nie była wcześniej

priorytetyzowana przez Prezesa UOKiK, aktywność organu podjęta w tym zakresie na przełomie roku 2020 i 2021 oraz niedawne zmiany prawne pozwalają bowiem przypuszczać, że w najbliższym czasie stosowanie rabatów retrospektywnych będzie cieszyć się wzmożonym zainteresowaniem ze strony Prezesa Urzędu.

Powyższe dotyczy w szczególności przedsiębiorców mogących posiadać pozycję dominującą na danym rynku, czyli zdolność do działania w dużym stopniu niezależnie od kontrahentów. Ryzyko interwencji Prezesa UOKiK obejmuje zwłaszcza te podmioty, które mają status nieuniknionych partnerów handlowych przynajmniej dla części nabywców, co może świadczyć o niekontestowalności części popytu. Nie oznacza to jednak konieczności rezygnacji ze stosowania retrorabatów, nawet przez „najsilniejszych graczy”. Podmioty te powinny natomiast upewnić się, że określone klauzule rabatowe nie pokrywają zbyt dużej części rynku i nie są na tyle agresywne, że uniemożliwiają konkurentom skuteczną walkę o kontestowalną część popytu.

Drugą grupą przedsiębiorców narażonych na zainteresowanie ze strony Prezesa Urzędu są nabywcy oraz dostawcy produktów rolnych lub spożywczych. Poza ogólnym zakazem nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej, należy w tym kontekście uwzględnić, że na gruncie tzw. nowej ustawy przewagowej żądanie nieuzasadnionego rabatu po przyjęciu produktów przez nabywcę stanowi „czarną praktykę”, niejako z natury naruszającą dobre obyczaje i godzącą w interes kontrahenta, niezależnie nawet od tego czy rabat był wcześniej jasno i jednoznacznie uzgodniony w umowie. Kluczowe znaczenie ma zatem przesłanka „nieuzasadnioności”, a nie uprzedni lub następczy charakter zastrzeżenia lub żądania rabatu. W konsekwencji, nawet precyzyjne sformułowanie klauzuli umownej nie mityguje ryzyka uznania późniejszego skorzystania z zastrzeżonego w ten sposób uprawnienia jako „czarnej praktyki”, o której mowa w ww. przepisie.

Niezależnie od powyższych rekomendacji, odnośnie do działalności organów i sądów antymonopolowych, postulować należy zindywidualizowaną (*ad casum*) ocenę każdej praktyki oraz konsekwentne i pełne wdrażanie tzw. bardziej ekonomicznego podejścia (*more economic approach*) przy ocenie retrorabatów na gruncie antymonopolowym oraz rzetelnej wykładni przesłanki „braku uzasadnienia” na gruncie przewagowym.

## Bibliografia

- Adamczewski, P. (2017). 100 dni obowiązywania ustawy o przewadze kontraktowej. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, (8).
- Albaek, S., & Claici, A. (2009). The Velux case – an in-depth look at rebates and more, *Antitrust*, (2).  
Pozyskano z: [https://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2009\\_2\\_10.pdf](https://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2009_2_10.pdf).
- Buławowski, K. (2017). Rabaty stosowane przez przedsiębiorstwa dominujące w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w latach 2011–2015. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, (5).
- Ezrachi, A. (2009). The European Commission Guidance on Article 82 EC –The Way in which Institutional Realities Limit the Potential for Reform. *Oxford University Legal Research Paper Studies*, (27).
- Federico, G. (2011). The antitrust treatment of loyalty discounts in Europe: towards a more economic approach. *Journal of European Competition Law and Practice*, 2(3).

- Geradin, D. (2015). Loyalty Rebates after Intel: Time for the European Court of Justice to Overrule Hoffman-La-Roche. *Journal of Competition Law & Economics*, (1).
- Hunt, S. (2016). Rebates post-Post Danmark II. *Oxford University Undergraduate Law Journal*, (5).
- Johansson, E. (2004). Assessing Rebates under Article 102 TFEU. *European Competition Law Review*.
- Jurkowska-Gomułka, A. (2017). Prezes UOKiK jako organ właściwy w sprawach praktyk nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej – uwagi krytyczne. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, (1).
- Klehr, K. (2012). Polityka rabatowa przedsiębiorców dominujących w świetle orzecznictwa z zakresu prawa konkurencji. *Glosa*, (4).
- Kocot, W., & Olejniczak, A. (2018). W: W. Katner (red.), *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane. System Prawa Prywatnego* (t. 9). Wydawnictwo C.H. Beck.
- Kohutek, K. (2021). Trzy lata stosowania ustawy o nieuczciwym wykorzystywaniu przewagi kontraktowej: ocena na tle decyzji Prezesa UOKiK oraz w kontekście rozwiązań dyrektywy unijnej. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, (13).
- Kohutek, K. (red.). (2017). *Ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej. Komentarz*. Wolters Kluwer/LEX.
- Kohutek, K., & Sieradzka, M. (red.). (2014). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Wolters Kluwer/LEX.
- Kohutek, K. (2010). Rabaty udzielane przez przedsiębiorstwa dominujące w świetle prawa konkurencji. *Przegląd Prawa Handlowego*, (7).
- Maier-Rigaud, F.P., & Schwalbe, U. (2013, June 8). *Do Retroactive Rebates Imply Lower Prices for Consumers? Lille Economic & Management*, (11). Pozyskano z: <https://ssrn.com/abstract=2276396>. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2276396>.
- Manteuffel, K., & Piaskowski, M. (2017). Relacja klauzuli generalnej do przykładowego katalogu nieuczciwych praktyk w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, (1).
- Maziarz, A. (2013). *Rabaty udzielane przez przedsiębiorstwa dominujące w unijnym prawie konkurencji. Monitor Prawniczy*, (19).
- Namysłowska, M., & Piszcz, A. (red.). (2016). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Wydawnictwo C.H. Beck/Legalis.
- O'Donoghue, R. & Padilla J. (2020). *The Law and Economics of Article 102 TFEU*. Hart Publishing (3. edycja).
- Piszcz, A. (2012). Kilka uwag do projektu założeń ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, (1).
- Sama, D. (2012). *The Antitrust Treatment of Loyalty Discounts and Rebates in the EU Competition Law: in Search of an Economic Approach and a Theory of Consumer Harm*, Law & Economics LAB, LUISS "Guido Carli" University, 1–43.
- Skoczny, T. (red.). (2014). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Wydawnictwo C.H. Beck/Legalis.
- Sroczyński, J. (2013). Rabat retroaktywny a tzw. opłata półkowa: potrzeba racjonalizacji. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, (2).
- Staszek, A., & Mroczek, M. (2017). Przesłanki stwierdzenia przewagi kontraktowej w praktyce nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, (8).

- Stawicki, A., & Stawicki, E. (red.). (2016). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Wolters Kluwer.
- Szmigielski, A. (2016). Rabaty warunkowe udzielane przez przedsiębiorstwa w prawie konkurencji Unii Europejskiej. *Studia Europejskie*, (3).
- UOKiK. (2021). *Rabaty handlowe. Raport podsumowujący prowadzone przez Prezesa UOKiK postępowania wyjaśniające dotyczące rabatów handlowych stosowanych w relacjach sieci handlowych z dostawcami produktów rolnych lub spożywczych*. Departament Przewagi Kontraktowej UOKiK.
- Varian, H.R. (1985). Price Discrimination and Social Welfare. *The American Economic Review*, 75(4).
- Waelbroeck, D. (2005). Michelin II: A Per Se Rule against Rebates by Dominant Companies? *Journal of Competition Law and Economics*, (1).

Małgorzata Kozak\*

## Glosa do wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 12 maja 2022 r. w sprawie XVII AmA 61/21

### Spis treści

- I. Wprowadzenie
  1. Decyzja *Agora/Eurozet*
  2. Argumenty Agory
  3. Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
- II. Metodologia badania koncentracji
  1. Test SIEC
    - 1.1. Analiza Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
    - 1.2. SIEC i zbiorowa pozycja dominująca w praktyce decyzyjnej Komisji Europejskiej i Prezesa UOKiK
  2. Rynki relewantne
    - 2.1. Ustalenie rynku właściwego
    - 2.2. Powstanie duopolu
- III. Skutki skoordynowane
  1. Efekty skoordynowane
    - 1.1. Analiza Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
    - 1.2. Przesłanki istnienia kolektywnej pozycji dominującej
    - 1.3. Brak wskazania przez Prezesa UOKiK wystąpienia skutków skoordynowanych
- IV. Teoria szkody
  1. Analiza Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
  2. Poziom prawdopodobieństwa teorii szkody
    - 2.1. Ryzyko koncentracji częstotliwości
    - 2.2. Ryzyko w zakresie możliwych efektów koordynacji
- V. Ciężar dowodu
  1. Analiza Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
  2. Standard dowodowy w decyzjach dotyczących koncentracji przedsiębiorców
  3. Uprawnienia reformatoryjne Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

### Streszczenie

Przedmiotem niniejszej glosy jest analiza wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 maja 2022 r. (XVII AmA 61/21). Wyrok ten został wydany na skutek apelacji wniesionej przez Agorę od decyzji Prezesa UOKiK (DKK-1/2021) zakazującej koncentracji polegającej na przejęciu kontroli

\* Małgorzata Kozak jest adiunktą na Uniwersytecie w Utrechcie i radcą radcą prawną prawną (OIRP w Gdańsku); e-mail: m.w.kozak@uu.nl; ORCID <https://orcid.org/0000-0001-8161-0529>. Zgodnie z Deklaracją Etyki ASCOLA nie mam nic do zadeklarowania.

nad Eurozet przez Agorę. Wyrok ten jest ciekawy zwłaszcza ze względu na jego dogłębną analizę przesłanek występowania kolektywnej pozycji dominującej, skutków skoordynowanych oraz ciężaru dowodu w sprawach z zakresu prawa konkurencji, a w szczególności kontroli koncentracji. Glosa w dużej mierze aprobująco odnosi się do wyroku SOKiK w sprawie oraz z uznaniem ocenia klarowność i kompleksowość uzasadnienia, w ramach którego SOKiK nie uchylał się od dokonania kompleksowej analizy o charakterze ekonomicznym i rynkowym.

**Słowa kluczowe:** skutki skoordynowane; kolektywna pozycja dominująca; oligopol; quasi-duopol; ciężar dowodu.

**JEL:** K21, K40

„Największe prawdopodobieństwo”  
jest podstawowym standardem dowodzenia w prawie UE  
(Skoczny, 2012, s. 34)

## I. Wprowadzenie

Wyrokiem z 12 maja 2022 roku Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów<sup>1</sup> zmienił decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów numer DKK-1/2021<sup>2</sup> (dalej: decyzja *Agora/Eurozet* lub decyzja) w ten sposób, że zezwolił na dokonanie koncentracji polegającej na przejściu przez Agorę kontroli nad Eurozet.

Sprawa dotyczy próby jednego z najszerzej komentowanych przejęć na rynku mediów w Polsce, do której doszło jeszcze w 2019 r. Została ona zablokowana przez brak zgody Prezesa UOKiK. Budziła ona również wiele kontrowersji politycznych, zwłaszcza w zestawieniu z rozstrzygniętą w niemalże ekspresowym tempie sprawą przejęcia Polska Press przez PKN Orlen<sup>3</sup> i rodziła pytania dotyczące instrumentalnego wykorzystania prawa konkurencji, również w kontekście pluralizmu mediów w Polsce. Zagadnienia pluralizmu mediów i kontroli koncentracji nie będą jednak przedmiotem niniejszej glosy, ponieważ nie zostały one poruszone ani w decyzji, ani w wyroku (szerzej: Majcher, 2022; Banasiński i Rojszczak, 2021).

Wyrok nie jest prawomocny natomiast zawiera ciekawą analizę skutków skoordynowanych<sup>4</sup>, a w ich kontekście teorii szkody oraz obowiązku dowodowego ciężącego na Prezesie UOKiK odnośnie zakazania koncentracji. W glosie skupię się na tych zagadnieniach.

### 1. Decyzja *Agora/Eurozet*

Decyzja *Agora/Eurozet* dotyczy zakazu transakcji polegającej na przejściu przez Agora SA kontroli nad Eurozet sp. z o.o. Agora jest spółką zajmującą się wydawaniem, internetowymi usługami informacyjnymi, drukowaniem i prowadzeniem radiofonii w Polsce, Eurozet jest zaś

<sup>1</sup> Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., sygn. akt XVII AmA 61/21 (dalej: wyrok).

<sup>2</sup> Dec. Prezesa UOKiK z 07.01.2021 r., DKK-1/2021.

<sup>3</sup> Dec. Prezesa UOKiK z 05.02.2021 r., DKK-34/2021. Postępowanie trwało od 10 grudnia 2020 r. do 5 lutego 2021 roku.

<sup>4</sup> Wyrok posługuje się zamiennie pojęciami „skutków” (pkt 43), „działań” (pkt 27) i „efektów skoordynowanych” (pkt 10). Za wyrokiem traktujemy je jako synonimy choć niewątpliwie wskazane byłoby ujednoczenie terminologii.

jednym z największych nadawców radiowych w Polsce. W ramach transakcji Agora miała przejąć 60% udziałów w spółce Eurozet, tym samym uzyskując 100% udziałów w spółce.

Prezes UOKiK zakazał dokonania wyżej opisanej koncentracji. Argumentacja zawarta w decyzji dotyczy w głównej mierze teorii szkody opartej na powstaniu „duopolu”<sup>5</sup> na rynku ogólnopolskiej reklamy radiowej oraz trzech rynkach reklamy lokalnej<sup>6</sup>. Rynkami właściwymi w sprawie były rynki nadawania programów radiowych na poziomie lokalnym i ogólnopolskim, rynku lokalnej i ogólnopolskiej reklamy radiowej oraz ogólnopolskim rynku pośrednictwa w sprzedaży czasu reklamowego w lokalnych rozgłośniach radiowych<sup>7</sup>.

Zdaniem Prezesa UOKiK skutkiem transakcji byłoby powstanie dwóch silnych grup radiowych na rynku – Agora (z udziałem 20–30%)<sup>8</sup> i RMF FM, (z udziałem ok 30–40%)<sup>9</sup> – co zakłóciłoby konkurencję na rynku. Ta struktura rynku reklamy radiowej według Prezesa UOKiK prawdopodobnie znacznie ograniczyłaby konkurencję i zwiększyła ryzyko potencjalnej koordynacji praktyk biznesowych przez powstały *duopol* z powodu dużej transparentności tego rynku. Takie okoliczności na rynku mogą potencjalnie prowadzić do wyższych cen i mniej korzystnych warunków dla reklamodawców i pośredników<sup>10</sup>. W odniesieniu do duopolu Prezes UOKiK wskazał, że „koncentracje prowadzące do powstania struktury rynku zbliżonej do duopolu mogą stwarzać zagrożenia dla funkcjonowania konkurencji. Zauważyć bowiem należy, że w przypadku istnienia dwóch podmiotów o znacznie silniejszej pozycji rynkowej od pozostałych konkurentów powstaje groźba zarówno pojawienia się efektów skoordynowanych, jak i postępującej marginalizacji pozostałych uczestników rynku”<sup>11</sup>.

## 2. Argumenty Agory

Agora, nie zgadzając się z decyzją Prezesa UOKiK, zaskarżyła ją w całości do SOKiK. W odwołaniu Agora podniosła, że przejęcie nie doprowadzi do ograniczenia konkurencji, ponieważ RMF FM nadal pozostanie liderem na rynku reklamy radiowej z 40% udziałem w rynku (wobec 25% udziału Agory i Eurozet). Ponadto krytyce poddano użycie przez Prezesa UOKiK, jak wskazywała Agora, teorii „quasi-duopolu” w kontekście testu ograniczenia konkurencji, sugerując milcząco koordynację połączonego podmiotu z liderem rynku grupą RMF FM. Według Agory, takie rozumowanie organu nie znajduje oparcia w zebranych materiale dowodowym, a więc decyzja została wydana w sposób arbitralny, a wnioski Prezesa dotyczące możliwej koordynacji i ograniczenia konkurencji przez powstanie „quasi-duopolu” są subiektywne.

Dodatkowo Agora wytoczyła UOKiK szereg dodatkowych zarzutów, takich jak odejście od utrwalonej praktyki oraz brak dialogu ze spółką przy ostatecznym wydaniu decyzji. Takie postępowanie Prezesa, według Agory odbiega od praktyki i obowiązków organu ochrony konkurencji, który powinien dążyć w pierwszej kolejności do tego, aby transakcja mogła zostać zrealizowana,

<sup>5</sup> Decyzja posługuje się pojęciem „sytuacji zbliżonej do duopolu” jednakże stosowany jest również termin „duopoliści” (s. 39). Traktujemy te pojęcia jako synonimy.

<sup>6</sup> Dec. Prezesa UOKiK z 07.01.2021 r., op. cit., s. 33–34.

<sup>7</sup> Ibidem, s. 32–35.

<sup>8</sup> Ibidem, s. 19 dane za 2019 rok.

<sup>9</sup> Ibidem, s. 19 dane za 2019 rok.

<sup>10</sup> Ibidem, s. 34.

<sup>11</sup> Ibidem, s. 34.



a nie do jej zakazania za wszelką cenę<sup>12</sup>. Sprzeciw budziła również długość samego postępowania trwającego ponad rok, która wyraźnie kontrastowała z późniejszym nagłym zakończeniem postępowania i wydaniem decyzji bez wysłuchania Agory, co do wszystkich argumentów stanowiących podstawę zakazania koncentracji<sup>13</sup>.

### 3. Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Wyrokiem z dnia 12 maja 2022 r. SOKiK zmienił decyzję Prezesa UOKiK w sprawie w ten sposób, że wydał bezwarunkową zgodę na koncentrację. Sąd w pierwszej kolejności podkreślił, że ciężar udowodnienia naruszenia przepisów o ochronie konkurencji na skutek koncentracji spoczywa na Prezesie UOKiK<sup>14</sup>. SOKiK jednocześnie podkreślił trudność kontroli koncentracji polegającej na działaniu *ex ante* i mającej charakter prewencyjny. W następnej kolejności dokonał analizy rynku właściwego oraz przeanalizował pojęcia: „zbiorowej pozycji dominującej” oraz „efektów skoordynowanych”. Uznał, że stwierdzenie ograniczenia konkurencji nie wymaga uprzedniego wykazania, że dojdzie do powstania lub umocnienia, przez uczestników koncentracji, pozycji dominującej, co wynika z art. 18 uokik<sup>15</sup>. W polskim porządku prawnym kluczowe jest więc wykazanie jedynie czy koncentracja doprowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji, na co słusznie wskazał Prezes UOKiK w ramach postępowania<sup>16</sup>.

Następnie SOKiK wskazał na metodykę oceny koncentracji z punktu widzenia możliwości wystąpienia niekorzystnych efektów skoordynowanych<sup>17</sup>. Jednocześnie, zwrócił uwagę na kwestię standardu dowodowego, który jest szczególny w sprawach kontroli koncentracji. Jest to spowodowane przeprowadzeniem kontroli *ex ante*, a więc nie jest ona oparta na prawdzie obiektywnej<sup>18</sup>. Według SOKiK, nie można więc oczekiwać od organu ochrony konkurencji wskazania stuprocentowego dowodu na temat tego co się stanie po koncentracji, jednak musi on wykazać wysokie prawdopodobieństwo zaistnienia wybranego przez siebie scenariusza. Wynika to z tego, że nawet pewna swoboda dyskrecjonalna organu co do interpretacji stanu faktycznego wymaga osiągnięcia odpowiedniego standardu dowodu<sup>19</sup>.

Kolejnym kluczowym zagadnieniem z perspektyw prawa konkurencji poruszonym przez SOKiK była kwestia teorii szkody. Według niego, Prezes UOKiK nie przedstawił wystarczającej wiarygodnej i wystarczająco wysoko prawdopodobnej teorii szkody, która uzasadniałaby zakaz koncentracji. Dodatkowo stwierdził on, że na rynku właściwym nie istnieją warunki niezbędne do wystąpienia skutków skoordynowanych<sup>20</sup>.

SOKiK rozpoczął swoją analizę od wskazania braków w samej decyzji Prezesa UOKiK, polegających na: braku precyzji, chaotyczności oraz braku spójności decyzji<sup>21</sup>. Po tej uwadze

<sup>12</sup> Oświadczenie Agory. Pozyskano z: <https://www.agora.pl/oswiadczenie-zarzadu-agory-s-a-w-sprawie-odwolania-od-decyzji-prezesa-urzedu-ochrony-konkurencji-i-konsumentow> (14.10.2022).

<sup>13</sup> Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 38.

<sup>14</sup> Ibidem, pkt 114.

<sup>15</sup> Ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. 2021 poz. 275); Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 137.

<sup>16</sup> Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 138–140.

<sup>17</sup> Ibidem, pkt 143–144.

<sup>18</sup> Ibidem, pkt 147.

<sup>19</sup> Ibidem, pkt 148.

<sup>20</sup> Ibidem, pkt 169–170.

<sup>21</sup> Ibidem, pkt 179–182.

natury technicznej, przeszedł do oceny merytorycznych argumentów przedstawionych w decyzji. W pierwszej kolejności SOKiK nie zgodził się z oceną, że bezpośrednim skutkiem koncentracji będzie „znaczna” zmiana struktury rynku ogólnopolskiej reklamy radiowej. Sytuacja na rynku nie będzie przypominała sytuacji „zbliżonej do duopolu” ponieważ *de facto* nie dojdzie do znaczącej zmiany struktury tego rynku<sup>22</sup>. Do takiej samej konkluzji SOKiK doszedł w odniesieniu do rynku reklamy lokalnej<sup>23</sup>. Również zwrócił uwagę na wcześniejszą praktykę decyzyjną Prezesa UOKiK, w ramach której wzmocnienie pozycji rynkowej drugiego podmiotu na rynku postrzegane było jako niosące skutek prokonkurencyjny, a nie odwrotny, jak przedstawiono to w decyzji<sup>24</sup>.

W dalszej części glosy przeanalizowane zostaną następujące kwestie, które wyróżnił SOKiK w uzasadnieniu wyroku: metodologię badania koncentracji, w tym test istotnego ograniczenia konkurencji w kontekście zbiorowej pozycji dominującej, efekty skoordynowane, teorię szkody oraz zakres obowiązku dowodu spoczywającego na Prezesie UOKiK w przypadku decyzji zakazującej dokonanie koncentracji.

## II. Metodologia badania koncentracji

### 1. Test SIEC

#### 1.1. Analiza Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

SOKiK wskazał, że kryterium decyzji organu ochrony konkurencji w toku kontroli *ex ante* koncentracji jest analiza czy zamierzona koncentracja będzie skutkować, na rynku właściwym, istotnym ograniczeniem konkurencji – w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej. Kryterium to jest tzw. testem istotnego ograniczenia efektywnej konkurencji (*significant impediment to effective competition*) (dalej: test SIEC). Kryterium to zostało wprowadzone do polskiego prawa nowelizacją UOKiK z maja 2004 r. będącą również konsekwencją wprowadzenia rozporządzenia 139/2004<sup>25</sup>.

Jak przypomniał SOKiK, test SIEC zastąpił wcześniejszy test, którego celem było zbadanie czy koncentracja prowadziła do powstania lub umocnienia pozycji dominującej. W takim przypadku koncentracja mogła zostać zakazana. SOKiK wskazał, że test ten składał się z dwóch etapów – w pierwszym należy stwierdzić powstanie lub umocnienie pozycji dominującej, a w następnym istotne ograniczenia konkurencji. Natomiast brak powstania pozycji dominującej oznaczał, że nie przystępowano do analizy drugiej z tych hipotez (Stawicki, 2016, s. 1–7).

SOKiK wskazał, że pojęcie „istotnego ograniczenia konkurencji” nie zostało zdefiniowane w uokik. Jak wskazują postanowienia art. 18–20 uokik jedynie jedną z form takiego ograniczenia jest powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku.

<sup>22</sup> Ibidem, pkt 185–186. SOKiK stwierdził, że po koncentracji dystans pomiędzy drugim uczestnikiem rynku (Agora) a liderem (RMF) zmniejszy się, gdyż będzie miał nieco większy udział rynkowy, ale nadal różnica w udziałach wynosi prawie 10%. Ponadto stwierdził, że połączenie się drugiego na rynku pod względem udziałów uczestnika z piątym pod względem udziałów uczestnikiem i kilkuprocentowy wzrost jego udziałów w rynku nie stanowi znacznej zmiany struktury tego rynku.

<sup>23</sup> Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 190–191.

<sup>24</sup> Ibidem, pkt 196.

<sup>25</sup> Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (rozporządzenie WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw) (Dz.U. L 24, 29.01.2004, s. 1) (dalej: rozporządzenie 139/2004).

## 1.2. SIEC i zbiorowa pozycja dominujące w praktyce decyzyjnej Komisji Europejskiej i Prezesa UOKiK

Zgodnie z art. 2 ust. 2 rozporządzenia 139/2004 tylko koncentrację, która nie przeszkadzałaby znacząco skutecznej konkurencji na wspólnym rynku lub znacznej jego części, w szczególności w wyniku stworzenia lub umocnienia pozycji dominującej, uznaje się za zgodną ze wspólnym rynkiem. Ciężar dowodu wykazania ewentualnego znaczącego przeszkadzania skutecznej konkurencji spoczywa na Komisji<sup>26</sup>. Nie istnieje wcześniejsze domniemanie, że koncentracja jest lub nie jest zgodna ze wspólnym rynkiem (Whish i Bailey, 2021, s. 910)<sup>27</sup>. Jak słusznie zauważył SOKiK, w 2004 roku doszło do zmiany testu w rozporządzeniu, ponieważ wydawało się, że wcześniejszy test oparty na pojedynczej lub zbiorowej pozycji dominującej nie obejmował swoim zakresem problemu niekooperacyjnego oligopolu<sup>28</sup> (*non-collusive oligopoly*) (Whish i Bailey, 2021, s. 910). Taka konstatacja została wyprowadzona po decyzji Komisji w sprawie *Airtours/First Choice*<sup>29</sup>. Decyzja Komisji zabraniająca połączenia została uchylona przed Sądem. Przyczyna uchylecia leżała w wykazywaniu przez Komisję powiązań między przedsiębiorcami działającymi na stosunkowo przejrzystym (transparentnym) rynku oligopolistycznym. Podejścia do kolektywnej pozycji dominującej ewoluowało od skupienia się na powiązaniach strukturalnych po zwrot ku powiązaniom o charakterze funkcjonalnym<sup>30</sup>.

Już wcześniej w sprawie *Italian Flat Glass*<sup>31</sup> SPI unieważnił decyzję Komisji stwierdzającą kolektywną pozycję dominującą trzech przedsiębiorców szyb działających we Włoszech, ponieważ uznał, że Komisja nie wykazała, że rzeczywiście przedsiębiorcy przyjęli takie samo zachowanie. Również w sprawie *Kali & Satz*<sup>32</sup> SPI uchylił decyzję Komisji, w której uzależniała ona zgodę na koncentrację od spełnienia szeregu zobowiązań. SPI wskazał, że Komisja nie wykazała, aby w wyniku koncentracji miała powstać lub się umocnić kolektywna pozycja dominująca.

Komisja zakazała również koncentracji również w sprawie *Gencor*<sup>33</sup> dotyczącej utworzenia joint venture przez przedsiębiorców kontrolujących pokłady platyny w RPA. W wyroku oddalającym odwołanie SPI wskazał, że powiązania między przedsiębiorcami nie muszą oznaczać powiązań strukturalnych. SPI podkreślił, że nie ma żadnej racjonalnej przyczyny dla wyłączenia „z pojęcia powiązań ekonomicznych relacji współzależności występujących pomiędzy stronami klasycznego oligopolu, w ramach którego, na rynku o właściwych cechach, w szczególności jeżeli chodzi o stopień koncentracji, przejrzystość oraz jednorodność produktu, strony te są w stanie przewidywać swoje wzajemne zachowania, a tym samym są silnie motywowane, aby harmonizować

<sup>26</sup> Wyr. TS z 15.02.2005 r. w sprawie C-12/03 *P Tetra Laval BV przeciwko Komisji Europejskiej* (ECLI:EU:C:2005:87), pkt 37–51; wyr. SPI z 16.05.2018 r. w sprawie T-712/16 *Deutsche Lufthansa AG przeciwko Komisji* (ECLI:EU:T:2018:269), pkt 32–45.

<sup>27</sup> Wyr. TS z 10.07.2008 r. w sprawie C-413/06 *P Bertelsmann AG i Sony Corporation of America przeciwko Independent Music Publishers and Labels Association (Impala)* (ECLI:EU:C:2008:392), pkt 48; wyr. SPI z 14.12.2005 r. w sprawie T-210/01 *General Electric przeciwko Komisji* (ECLI:EU:T:2005:456), pkt 61.

<sup>28</sup> Polskie tłumaczenie za: Błachucki, 2012, s. 35.

<sup>29</sup> Dec. KE z 22.09.1999r. w sprawie nr IV/M.1524 – *Airtours/First Choice*; wyr. SPI z 6.06.2002 r. w sprawie T-342/99 *Airtours plc przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich* (ECLI:EU:T:2002:146).

<sup>30</sup> Poglębiłą analizę aspektów prawnych dotyczących skutków skoordynowanych koncentracji horyzontalnych zawiera analiza: Bernatt i Jurkowska-Gomułka, 2021, s. 16.

<sup>31</sup> Wyr. SPI z 10.03.1992 r. w sprawach połączonych T-68/89, T-77/89 oraz T-78/89 *Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA i PPG Vernante Pennitalia SpA przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich* (ECLI:EU:T:1992:38).

<sup>32</sup> Dec. KE z 14.12.1993 r. w sprawie nr IV/M.308 - *Kali und Salz/MdK/Treuhand*, s. 38; wyr. TS z 31.03.1998 r. w sprawach połączonych C-68/94 oraz C-30/95 *Republika Francuska i Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) i Entreprise minière et chimique (EMC) przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, (ECLI:EU:C:1998:148).

<sup>33</sup> Wyr. SPI z 25.03.1999 r. w sprawie T-102/96 *Gencor Ltd przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich* (ECLI:EU:T:1999:65).

swoje działania na rynku, w szczególności w taki sposób, aby maksymalizować swoje łączne zyski poprzez ograniczenie produkcji w celu podniesienia cen. W takim środowisku każdy podmiot jest świadomy, iż każde bardzo konkurencyjne działanie z jego strony skierowane na zwiększenie udziału w rynku (na przykład: obniżenie cen) spowodowałoby identyczne działanie ze strony pozostałych podmiotów, tak iż w rezultacie nie osiągnęłyby początkowo spodziewanego zysku. Obniżenie cen dotknęłoby bowiem wszystkich uczestników rynku” (tekst na podstawie UOKiK, 2003, s. 32).

Wreszcie, w sprawie *Airtours* Komisja zakazała koncentracji, ponieważ doprowadziłaby ona do utworzenia kolektywnej pozycji dominującej na brytyjskim rynku zagranicznych wyjazdów pakietowych, a liczba touroperatorów została by zredukowana do trzech<sup>34</sup>. Żaden z podmiotów nie osiągnąłby indywidualnej pozycji dominującej. SPI po dokładnym i skrupulatnym przeanalizowaniu argumentów przedstawionych w decyzji Komisji uznał, że „Komisja popełniła błąd w ocenie, dochodząc do wniosku, że przeprowadzenie operacji koncentracji skłoniłoby trzy pozostałe na rynku biura podróży do zaprzestania konkutowania ze sobą”<sup>35</sup>. Sąd określił warunki, których wystąpienie pozwalałoby stwierdzić, że doszło do wytworzenia kolektywnej pozycji dominującej. Przesłanki te zostały omówione w kolejnej części glosy.

Z tej przyczyny w 2004 roku został zmieniony test zawarty w rozporządzeniu. Zmienione sformułowanie przewidywało, że większość spraw będzie rozpatrywana nie w ramach testu dominacji a testu istotnego ograniczenia konkurencji.

Jak podkreślono w punkcie 25 preambuły rozporządzenia: „[z]wrot »znacząca przeszkoda w skutecznej konkurencji« w art. 2 ust. 2 i 3 powinien być interpretowany jako wykraczający poza pojęcie dominacji jedynie odnośnie do antykonkurencyjnych skutków koncentracji, wynikających z nieskoordynowanych zachowań przedsiębiorstw, które nie miałyby pozycji dominującej na rynku, o którym mowa”. W konsekwencji, Komisja może zakazać koncentracji, która co prawda nie prowadzi do utworzenia lub wzmocnienia pozycji dominującej, ale z innej przyczyny może prowadzić do „skutecznego ograniczenia konkurencji”.

Na gruncie krajowym dostosowano test zawarty w uokik do zmian w rozporządzeniu 139/2004. Zgodnie z art. 18 uokik, Prezes UOKiK, w drodze decyzji, wydaje zgodę na dokonanie koncentracji, w wyniku której konkurencja na rynku nie zostanie istotnie ograniczona, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku. Natomiast na podstawie art. 20 ust. 1 uokik, Prezes UOKiK zakazuje, w drodze decyzji, dokonania koncentracji, w wyniku której konkurencja na rynku zostanie istotnie ograniczona, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku. Nie ulega wątpliwości, że Prezes UOKiK w wyjątkowych przypadkach zakazuje dokonania koncentracji.

Jak wskazują Bernatt i Jurkowska-Gomułka „dotychczasowe nieliczne przypadki zakazania koncentracji przez Prezesa UOKiK (...) wynikały wyłącznie ze stwierdzenia przez Prezesa UOKiK skutków jednostronnych” (2021, s. 10). Natomiast w decyzji DOK-1/208 Prezes UOKiK miał okazję zastosować test kolektywnej dominacji na gruncie art. 9 uokik, gdzie w pełni potwierdził i powołał się na unijny dorobek orzeczniczy opisany powyżej.

<sup>34</sup> Dec. KE w sprawie nr IV/M.1524 – *Airtours/First Choi*.

<sup>35</sup> Wyr. SPI w sprawie T-342/99 *Airtours*, op. cit., pkt 182.

## 2. Rynki relewantne

### 2.1. Ustalenie rynku właściwego

Kwestia ustalenia rynku właściwego w sprawie nie była kontrowersyjna oraz nie była przedmiotem głównego sporu między stronami<sup>36</sup>. Prezes UOKiK w swojej decyzji określił szereg rynków, na które wpływ będzie miało utworzenie grupy Agora/Eurozet. Jako rynki właściwe<sup>37</sup> zostały określone rynek rozpowszechniania programów radiowych na poziomie ogólnopolskim i lokalnym<sup>38</sup>, rynek reklamy radiowej lokalnej<sup>39</sup> i ogólnopolskiej<sup>40</sup> oraz ogólnopolski rynek pośrednictwa w sprzedaży czasu reklamowego w lokalnych rozgłoszeniach radiowych<sup>41</sup>. Przed SOKiK, Prezes UOKiK doprecyzował swoje stanowisko i wskazał, że koncentracja może doprowadzić do istotnego ograniczenia konkurencji na rynku ogólnopolskiej i lokalnej reklamy radiowej na trzech wskazanych rynkach lokalnych<sup>42</sup>.

SOKiK podzielił doprecyzowane stanowisko Prezesa w zakresie rynków właściwych, a jego analiza ogniskowała wokół nich<sup>43</sup>. Kwestia innych rynków wymienionych w decyzji albo wskazanych przez Agorę została pominięta<sup>44</sup>. Strony również nie spierały się w tej materii<sup>45</sup>.

Za mylne należy jednak uznać twierdzenie Prezesa UOKiK, że w wyniku koncentracji znacznie zmieni się struktura rynku na rynkach właściwych<sup>46</sup>. W tej materii należy poprzeć stanowisko SOKiK, który jasno wskazał na wręcz niezmienną strukturę tego rynku, tj. istnienia na nim dwóch dużych uczestników z wyraźną przewagą jednego nad drugim<sup>47</sup>. Taką samą opinię w toku postępowania przed UOKiK przedstawili najwięksi nabywcy reklam, czyli domy mediowe<sup>48</sup>.

### 2.2. Powstanie duopolu

Jak już wyżej zaznaczono, Prezes UOKiK swoją decyzję oparł na teorii szkody powstałej na rynku reklamy radiowej w wymiarze ogólnopolskim oraz lokalnym w sytuacji zbliżonej do duopolu<sup>49</sup>. Taki „quasi-duopol” powstałby w wyniku koncentracji, a dwie silne grupy medialne – Agora/Eurozet i RMF FM – miałyby okazje do koordynacji swoich zachowań, co negatywnie odbiłoby się na konkurencji na rynku<sup>50</sup>. Zdaniem Prezesa UOKiK, taka koordynacja potencjalnie

<sup>36</sup> Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 121.

<sup>37</sup> Działalność uczestników koncentracji pokrywa się na tych rynkach, a ich łączny udział w każdym z nich przekracza próg 20%.

<sup>38</sup> Dec. Prezesa UOKiK z 07.01.2021 r., op. cit., s. 7–9. Lokalne rynki rozpowszechniania programów radiowych, obejmujące swym zasięgiem (co do zasady, następujące miasta i ich najbliższe okolice): Aglomeracja Śląska, Bydgoszcz, Częstochowa, Kraków, Legnica, Lublin, Łódź, Opole, Poznań, Rzeszów, Szczecin, Toruń, Trójmiasto, Wałbrzych, Warszawa, Wrocław, Zamość, Zielona Góra, powiat kamieński (Wolin), powiat leski, sanocki i bieszczadzki.

<sup>39</sup> Rynki lokalnej reklamy radiowej, obejmujące zasięgiem, co do zasady, następujące miasta i ich najbliższe okolice: Aglomeracja Śląska, Bydgoszcz, Kraków, Legnica, Łódź, Poznań, Trójmiasto, Warszawa, Wrocław, Zielona Góra.

<sup>40</sup> Dec. Prezesa UOKiK z 07.01.2021 r., op. cit., s. 8–9. W dec. Prezesa UOKiK z 18.11.2004 r., DOK – 121/2004, Prezes Urzędu wskazał, że na rynku reklamy o charakterze ogólnopolskim główną pozycję zajmują stacje ogólnopolskie, natomiast w mniejszym zakresie inne stacje, które również czerpią przychody z reklam o charakterze ogólnopolskim.

<sup>41</sup> Dec. Prezesa UOKiK z 07.01.2021 r., op. cit., s. 9.

<sup>42</sup> Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 118.

<sup>43</sup> Ibidem, pkt 119.

<sup>44</sup> Ibidem, pkt 120.

<sup>45</sup> Na marginesie można odnotować ciekawy argument podniesiony przez Agorę już w toku postępowania przez Prezesem UOKiK, a dotyczący poszerzenia rynku właściwego rozpowszechniania programów radiowych o nadawanie programów radiowych w technologii cyfrowej DAB. Poglądu tego nie podzielił jednak Prezes UOKiK ani SOKiK, ale pokazuje to trend, w którym może zmierzać rynek radiowy.

<sup>46</sup> Dec. Prezesa UOKiK z 07.01.2021 r., op. cit., s. 11, 19.

<sup>47</sup> Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 185.

<sup>48</sup> Dec. Prezesa UOKiK z 07.01.2021 r., op. cit., s. 26.

<sup>49</sup> Analiza rynków duopolistycznych nie jest żadnym novum na gruncie ekonomii prawa konkurencji; zob. Tsurumi i Tsurumi, 1999, s. 813–830.

<sup>50</sup> Ibidem, s. 32–35.

doprowadziłyby do wyższych cen, ograniczonej produkcji i mniej korzystnych warunków handlowych dla reklamodawców i pośredników<sup>51</sup>. Ponadto taka struktura rynku potencjalnie może prowadzić do marginalizacji pozostałych jego uczestników. Ma to nastąpić poprzez stosowanie retroaktywnych rabatów dla domów mediowych, co skutkowało będzie korzystaniem przez domy mediowe tylko z usług jednego z dwóch podmiotów dominujących<sup>52</sup>. Na taką strategię biznesową nie będą mogli się jednak powołać mniejsi gracze ze względu na mniejszą skalę działania, co doprowadzi do ich marginalizacji na rynku<sup>53</sup>.

SOKiK w wyroku nie podzielił argumentów Prezesa UOKiK w tej materii. Już na samym początku analizy wskazał on na błędy natury ogólnej poczynione w decyzji. Zdaniem SOKiK, uzasadnienie decyzji – odnoszące się do teorii szkody – należy uznać za niespójne oraz mało realne, a co za tym idzie – mało prawdopodobne do spełnienia<sup>54</sup>. W opinii Sądu, propozycje co do teorii szkody miały charakter uznaniowy i nie zostały poparte argumentami natury prawnej czy ekonomicznej. Ponadto w decyzji nie został przedstawiony jeden prawdopodobny scenariusz dotyczący teorii szkody, które miałyby wynikać z koncentracji i struktury duopolistycznej rynku reklamy radiowej<sup>55</sup>. Tak więc SOKiK – korzystając ze swoich uprawnień reformatoryjnych – sam dokonał oceny w sprawie czy transakcja będzie niosła za sobą istotne ograniczenie konkurencji.

Przedstawione powyższej stanowisko Prezesa i sposób jego uzasadnienia trudno podzielić ze względu na jego nieprawidłowość niejako już u źródła, co zostało wskazane przez SOKiK w wyroku (standard dowodu został przedstawiony poniżej). Decyzja nie zawiera kompleksowej analizy w zakresie przeprowadzenia analizy rynków oligopolistycznych i ich cech charakterystycznych. Taki sam zarzut można postawić argumentom Prezesa UOKiK w zakresie wniosków dotyczących prawdopodobieństwa wystąpienia skutków skoordynowanych na rynku. W tej materii należy podzielić opinię SOKiK, że wywód przeprowadzony w decyzji był niespójny oraz wrywkowy. Natomiast SOKiK przeprowadził kompleksową analizę, co do warunków możliwości koordynacji działań przez uczestników rynku. Analiza merytoryczna tychże warunków przedstawionych przez Sąd zostanie dokonana w dalszej części glosy.

Trudna do zrozumienia jest również ocena Prezesa UOKiK, że rynkiem bardziej konkurencyjnym jest rynek, gdzie występuje jeden lider z wyraźną przewagą na rynku niż taki, gdzie wstępują dwa podmioty o silniejszej pozycji na rynku<sup>56</sup>. Ocena ta wydaje się być jednak mylna, ponieważ jeśli konkurencja była osłabiona na rynku z powodu występowania na nim wyraźnego lidera, to pojawienie się innego silnego gracza powinno mieć wręcz efekt prokonkurencyjny (Bernatt i Jurkowska-Gomułka, 2021, s. 29). Na to samo wskazały domy mediowe w swoich opiniach złożonych w ramach postępowania przed UOKiK<sup>57</sup> oraz SOKiK<sup>58</sup>. Ponadto należy również wskazać, że dotychczasowy lider rynku, jakim jest RMF FM nadal zachowa silną pozycję. Zgodnie zaś z wyjaśnieniami jednym z czynników utrudniających koordynację jest asymetria udziałów na

<sup>51</sup> Ibidem, s. 33–34.

<sup>52</sup> Ibidem, s. 35.

<sup>53</sup> Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 176.

<sup>54</sup> Ibidem, pkt 178.

<sup>55</sup> Ibidem, pkt 180.

<sup>56</sup> Dec. Prezesa UOKiK z 07.01.2021 r., op. cit., s. 39–40.

<sup>57</sup> Ibidem, s. 26.

<sup>58</sup> Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 185.

rynku, co będzie miało niewątpliwie miejsce nawet po koncentracji<sup>59</sup>. Tak więc teza, że struktura rynku z jednym dużym graczem i kilkoma średnimi jest bardziej korzystna dla konsumentów niż struktura zbliżona do duopolu wydaje się nieuzasadniona.

Wreszcie, w tym kontekście można porównać ocenę dokonaną w decyzji z jedną z ostatnich decyzji francuskiej Autorité de la Concurrence. W kwietniu 2022 r. wydała ona zgodę na połączenie podmiotów działających na rynku dostaw globalnych rozwiązań w zakresie kas fiskalnych. Autorité stwierdziła, że chociaż transakcja doprowadziłaby do sytuacji quasi-duopolu, nowy podmiot nie miałby motywacji do podniesienia ceny globalnych rozwiązań ze względu na silną presję konkurencyjną wywieraną przez jego głównego konkurenta na ceny oraz ogólną tendencję spadkową cen rynkowych. Francuski urząd stwierdził również, że nowy podmiot nie miałby motywacji do zwiększenia swoich marż jako pośrednik w sprzedaży usług elektronicznych, na szkodę podmiotów rynkowych. Autorité stwierdziła dodatkowo, że nowy podmiot nie miałby żadnej motywacji do obniżania jakości usług elektronicznych oferowanych za pośrednictwem swoich kas fiskalnych ani do zamykania dostępu do rynku dostawcom tych usług, zważywszy na strategiczne znaczenie oferty, która jest wystarczająco rozbudowana i szeroka, zgodnie ze zróżnicowanymi profilami sklepów, oraz na bardzo ograniczone koszty integracji nowych usług w stosunku do dochodów, które mogłyby zostać wygenerowane. Wreszcie organ nadzoru zaobserwował, że cechy charakterystyczne tych rynków nie pozwoliłyby na skoordynowane zachowanie nowego podmiotu z jego głównym konkurentem, obecnym liderem rynku<sup>60</sup>.

### III. Skutki skoordynowane

#### 1. Efekty skoordynowane

##### 1.1. Analiza Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

W decyzji Prezes UOKiK powoływał się na możliwość wystąpienia na wskazanych rynkach efektów skoordynowanych (Kokkoris, 2007, s. 705–744). Prezes UOKiK uznał, że takie ryzyko pojawienia się efektów skoordynowanych budzi istnienie dwóch podmiotów „o znacznie silniejszej pozycji rynkowej od pozostałych konkurentów”<sup>61</sup>.

W Wyjaśnieniach Prezesa UOKiK dot. oceny koncentracji wyjaśniono, że efekty skoordynowane „mogą pojawiać się na rynkach oligopolistycznych, których specyfika sprawia, że ich uczestnikom bardziej opłaca się zrezygnować z intensywnej konkurencji i są w stanie taką sytuację utrzymać bez porozumiewania się”<sup>62</sup>. Definicję kolektywnej pozycji dominującej można również znaleźć w decyzji DOK-1/2018 odnoszącej się do potencjalnego nadużycia kolektywnej pozycji dominującej na rynku telekomunikacyjnym. W tej decyzji, Prezes UOKiK wskazał (pkt 416), że zbieżne zachowanie przedsiębiorców może przybrać formę „wzajemnego rozpoznania współzależności rynkowej przez przedsiębiorców posiadających na rynku kolektywną pozycję dominującą i podjęcie w tym kontekście antykonkurencyjnego działania (działanie „kolektywnie racjonalne”). Praktyka

<sup>59</sup> Wyjaśnienia Prezesa UOKiK dotyczące oceny zgłaszanych koncentracji (2012.06.11). Pozyskano z: [https://uokik.gov.pl/wyjasnienia\\_i\\_wytyczne2.php](https://uokik.gov.pl/wyjasnienia_i_wytyczne2.php) (8.10.2022), s. 55–56.

<sup>60</sup> Na podstawie komunikatu prasowego. Pozyskano z: <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/communiqués-de-presse/autorite-clears-acquisition-bimedia-dl-software-which-controls-devlyx> (8.10.2022).

<sup>61</sup> Dec. Prezesa UOKiK z 07.01.2021 r., op. cit., s. 34.

<sup>62</sup> Wyjaśnienia Prezesa UOKiK dotyczące oceny zgłaszanych koncentracji, op. cit.

taka może stanowić formę milczącej zмовы (ang. *tacit collusion*) i może stanowić naruszenie art. 9 uokik oraz 102 TFUE<sup>63</sup> (Bernatt i Jurkowska-Gomułka, 2021, s. 16). W tej decyzji Prezes UOKiK odwoływał się również do orzecznictwa TSUE (Bernatt i Jurkowska-Gomułka, 2021, s. 16) w takich sprawach, jak *Flat Glass* czy *Airtours*.

SOKiK, powołując się na doktrynę (Stawicki, 2016)<sup>64</sup>, wskazał, że w wyniku koncentracji horyzontalnej ograniczenie konkurencji może wystąpić poprzez efekty jednostronne (nieskoordynowane)<sup>65</sup> lub efekty skoordynowane (Bernatt i Jurkowska-Gomułka, 2021). SOKiK wskazał, że efekty skoordynowane mogą wystąpić na którymkolwiek z rynków powiązanych z uczestnikami koncentracji z uwagi na fakt, że przedsiębiorcy, wcześniej nie koordynujący swoich zachowań, zaczynają działać wspólnie. SOKiK wskazał, że „chodzi tu o koordynację o charakterze cichej zмовы – nie porozumienia. Sytuacja taka prowadzi do ryzyka powstania lub umocnienia kolektywnej – zbiorowej (kolektywnej) pozycji dominującej”. SOKiK, odwołując się do postanowienia SPI w sprawie *Airtours*<sup>66</sup>, wyjaśnił, że zbiorowa pozycja dominująca<sup>67</sup> bądź milcząca zмова (Bernatt i Jurkowska-Gomułka, 2021, s. 16)<sup>68</sup> ma miejsce, kiedy, mimo braku zawarcia porozumienia lub stosowania uzgodnionych praktyk w rozumieniu art. 101 TFUE, przedsiębiorcy działający na rynku oligopolistycznym podzielający te same interesy zaczynają działać na rynku w sposób jednolity, a więc dochodzi do koordynacji ich zachowań. W takiej sytuacji „aktualni i potencjalni konkurenci lub kontrahenci i konsumenci nie mogą temu efektywnie przeciwdziałać”<sup>69</sup>.

## 1.2. Przesłanki istnienia kolektywnej pozycji dominującej

Zgodnie z wyrokiem w sprawie *Airtours* istnienie kolektywnej pozycji dominującej jest warunkowane kumulatywnym wystąpieniem następujących przesłanek (na te przesłanki powołuje się zarówno SOKiK<sup>70</sup>, jak i Prezes UOKiK w swoich Wyjaśnieniach):

- rynek ma charakter oligopolistyczny;
- rynek jest przejrzysty, co pozwala zarówno na monitorowanie zachowań konkurentów, jak i uzyskanie milczącej koordynacji co do wspólnej strategii;
- istnieje mechanizm dyscyplinowania uczestników działających niezgodnie z interesami konkurentów;
- brak zagrożenia realizacji wspólnej strategii ze strony konkurentów lub klientów.

Jak zauważył TSUE w sprawie *Impala*, ocena przejrzystości nie może być dokonana w sposób wyizolowany i abstrakcyjny, lecz „w kontekście mechanizmu hipotetycznej, milczącej koordynacji. Jedynie przy uwzględnieniu tego rodzaju założenia możliwe jest bowiem zweryfikowanie, czy ewentualne czynniki przejrzystości występujące na rynku są w stanie ułatwić milczące zdefiniowanie

<sup>63</sup> Dec. Prezesa UOKiK z 02.01.2018 r., DOK-1/2018, pkt 416.

<sup>64</sup> Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 122.

<sup>65</sup> Jak wskazano w Wytocznych Komisji Europejskiej w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (2004/C 31/03) (Dz. Urz. C 031, 05.02.2004 s. 5) (dalej: Wytoczne KE w sprawie koncentracji), pkt 4.: „[...] stworzenie lub umocnienie pozycji dominującej pojedynczego przedsiębiorstwa w wyniku połączenia jest najczęstszą podstawą do stwierdzenia, iż koncentracja powoduje znaczne utrudnienie skutecznej konkurencji”.

<sup>66</sup> Wyr. SPI w sprawie T-342/99 *Airtours*, op. cit.

<sup>67</sup> Pozycja dominująca zajmowana przez strony koncentracji wraz z jednym lub kilkoma przedsiębiorstwami trzecimi. Wyr. SPI z 25.03.1999 r. w sprawie T-102/96 *Gencor Ltd*, pkt 125.

<sup>68</sup> Dec. z 26.04.1996 r. w sprawie nr IV/M.619 – *Gencor/Lonrho*. KE w dec. odnosi się również do „antykoncekcyjnego zachowania równoległego”.

<sup>69</sup> Wyr. SPI w sprawie T-342/99 *Airtours*, op. cit., pkt 61.

<sup>70</sup> Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 151.



wspólnej linii postępowania lub umożliwić zainteresowanym konkurentom monitorowanie w odpowiedni sposób, czy przestrzegane są warunki takiej wspólnej linii działania”<sup>71</sup>.

Zgodnie z orzecznictwem, niska elastyczność cenowa popytu ułatwia koordynację (Bernatt i Jurkowska-Gomułka, 2021, ss. 19 i 21)<sup>72</sup>. Jednocześnie istnieją bariery wejścia na rynek, co uniemożliwia zmiany na rynku i umacnia wspólną strategię działania (Bernatt i Jurkowska-Gomułka, 2021, s. 20)<sup>73</sup>. Dodatkowo orzecznictwo wskazuje, na występujące w przeszłości tendencje do koordynacji jako sygnalizujące istnienie cichej zmowy<sup>74</sup>. Wysoka transparentność rynku jest zaś pochodną warunków rynkowych, które pozwalają na obserwowanie przez przedsiębiorców m.in. cen zawieranych transakcji czy poziomu sprzedaży oferowanych produktów (Aziewicz, 2014, s. 12–13). Jak zaś wynika z Wytycznych KE, przejrzystości nie służy sytuacja, w której transakcje są negocjowane poufnie, na zasadzie dwustronnej (Bernatt i Jurkowska-Gomułka, 2021, s. 22)<sup>75</sup>. Co więcej, jak wynika z Wyjaśnień Prezesa UOKiK, stosowanie rabatów sprzyja braku przejrzystości cen (Bernatt i Jurkowska-Gomułka, 2021, s. 22)<sup>76</sup>. Jak podkreślił TSUE w wyroku w sprawie *Airtours* odnośnie do istnienia mechanizmu dyscyplinowania uczestników działających niezgodnie z interesami konkurentów „[w]arunek ten zawiera w sobie również sankcje za odejście od wspólnego sposobu działania. Strony podzielają w tym miejscu stanowisko, że dla istnienia sytuacji zbiorowej pozycji dominującej istotne jest, ażeby istniała wystarczająca liczba czynników zniechęcających, aby zapewnić trwałą pobudkę do nieodchodzenia od wspólnej linii postępowania, co z kolei zakłada, że każdy członek dominującego oligopolu wie, że każde silnie konkurencyjne działanie z jego strony zmierzające do zwiększenia swojego udziału w rynku spowoduje identyczne działanie ze strony innych, tak że nie uzyska on żadnej korzyści ze swojej inicjatywy” (Bernatt i Jurkowska-Gomułka, 2021, s. 20)<sup>77</sup>.

Z decyzji Prezesa UOKiK w sprawie DOK-1/2018 wynika, że powinny istnieć „wystarczające czynniki zniechęcające do odstępstw od milczącej zmowy”<sup>78</sup>, mieć charakter realny, a więc być możliwe do zastosowania<sup>79</sup>. Podkreśla się również, że środki odwetowe powinny być zastosowane „dostatecznie szybko i skutecznie”<sup>80</sup> i stanowić właściwą przeciwwagę do naruszenia (Bernatt i Jurkowska-Gomułka, 2021, s. 24)<sup>81</sup>. Mechanizm ten może przybierać różne formy, takie jak wywołanie wojny cenowej, znaczące zwiększenie dostaw, rozwiązanie joint venture czy zniesienie powiązań właścicielskich. (Stawicki, 2016, s. 22). W praktyce decyzyjnej UOKiK za dyscyplinujące uznano również np. „powiązania na rynku licencjonowania programów”<sup>82</sup>.

Koordynacja może mieć trwały charakter wtedy, kiedy działania konkurentów lub nabywców (i innych podmiotów) nie są w stanie zakwestionować spodziewanych efektów koordynacji (Bernatt

<sup>71</sup> Wyr. TS z 10.07.2008 r. w sprawie C-413/06 P *Bertelsmann AG*, op. cit., pkt 126.

<sup>72</sup> Dec. KE w sprawie nr IV/M.619 - *Gencor/Lonrho*, pkt 141a, 149; Wyr. TS z 10.07.2008 r. w sprawie C-413/06 P *Bertelsmann AG*, op. cit., pkt 123; dec. KE z 23.09.2008 r. w sprawie nr COMP/M.4980 - *ABF/ GBI BUSINESS*, pkt 156; wyr. SPI w sprawie T-342/99 *Airtours*, op. cit., pkt 139.

<sup>73</sup> Dec. KE w sprawie nr IV/M.619 - *Gencor/Lonrho*, pkt 154; wyr. SPI w sprawie T-342/99 *Airtours*, op. cit., pkt 269.

<sup>74</sup> Dec. w sprawie nr IV/M.619 - *Gencor/Lonrho*, pkt 160; dec. KE z 24.05.2016 r. w sprawie nr M.7881 - *Ab Inbev/SABMiller*, pkt 64, 306–308.

<sup>75</sup> Wytyczne KE w sprawie koncentracji, pkt 50; tak również Prezes UOKiK w decyzji z dnia 22.04.2008 r., DKK-37/2008.

<sup>76</sup> Wyjaśnienia Prezesa UOKiK dotyczące oceny zgłaszanych koncentracji, op. cit., s. 56 i przytoczone tam decyzje.

<sup>77</sup> Por. Wyr. SPI *Gencor/Lonrho*, pkt 276; Wyr. TS z 10.07.2008 r. w sprawie C-413/06 P *Bertelsmann AG*, op. cit., pkt 123.

<sup>78</sup> Dec. DOK-1/2018, pkt 512.

<sup>79</sup> Ibidem, pkt 515.

<sup>80</sup> Wyr. SPI w sprawie T-342/99 *Airtours*, op. cit., pkt 206; dec. KE z 23.09.2008 r. w sprawie nr COMP/M.4980 - *ABF/ GBI BUSINESS*, pkt 243; dec. KE z 1.09.2016 r. w sprawie nr M.7758 - *HUTCHISON 3G ITALY / WIND / JV*, pkt 1161–1166.

<sup>81</sup> Wyr. SPI w sprawie T-342/99 *Airtours*, op. cit., pkt 210.

<sup>82</sup> Dec. Prezesa UOKiK z dnia 14.09.2012 r., DKK-93/2012.

i Jurkowska-Gomułka, 2021, s. 25)<sup>83</sup>. Bernatt i Jurkowska-Gomułka wskazują w tym zakresie na możliwą przeciwwagę tworzoną przez nabywców usług, która może zmienić schematy zamówień, obniżając skuteczność milczącej koordynacji (Bernatt i Jurkowska-Gomułka, 2021, s. 25). Tak więc, przesłanka braku zagrożenia realizacji wspólnej strategii ze strony konkurentów lub klientów zależy m.in. od obecności znacznej siły nabywczej (*buyer power*). Wobec istnienia takiej siły na niższym poziomie rynku koordynacja działań może okazać się nieefektywna i niemożliwa (Aziewicz, 2014, s. 12–13).

### 1.3. Brak wykazania przez Prezesa UOKiK wystąpienia skutków skoordynowanych

SOKiK przeanalizował czy spełnione zostały przesłanki ziszczenia się skutków skoordynowanych.

W pierwszej kolejności, SOKiK przeanalizował **strukturę rynku** reklamy. SOKiK zwrócił uwagę na niewystępowanie symetrii na rynku<sup>84</sup>. SOKiK uznał, że w wyniku koncentracji nie dojdzie do istotnej zmiany symetrii udziałów, ponieważ lider rynku nadal będzie miał dużą przewagę nad konkurencją<sup>85</sup>. SOKiK nie odwołał się do Wytycznych Prezesa UOKiK, ale z nich również wynika, że asymetria udziałów rynkowych nie sprzyja milczącej koordynacji (Bernatt i Jurkowska-Gomułka, 2021, s. 16)<sup>86</sup>. SOKiK wskazał również, że czynnikiem osłabiającym taką koordynację jest obecność na danym rynku przedsiębiorcy, którzy trwale prowadzi odmienną od konkurentów politykę rynkową, zagrożenie konkurencją, jak również znacząca siła odbiorców i zmienność popytu<sup>87</sup>.

SOKiK nie ograniczył się do analizy symetrii udziałów rynkowych, ale wskazał, że konkurenci nie tylko mają różne pozycje rynkowe, lecz także różnią się w odniesieniu do kosztów, które z kolei są warunkowane kosztem dotarcia do słuchacza. Na strukturę kosztów zwraca również Komisja Europejska<sup>88</sup>, podkreślając, że brak symetrii utrudnia utrzymanie milczącej zgody (Bernatt i Jurkowska-Gomułka, 2021, s. 18)<sup>89</sup>.

Koszty te, jak wynikało z zeznań świadków – przedstawicieli domów mediowych, różnią się z uwagi na zasięgi między liderem rynku, jakim jest RMF FM, a Eurozet. Asymetria w zasięgach stacji radiowych uniemożliwia koordynację. Zdaniem SOKiK, Prezes UOKiK również pominął różnice w marżach obu przedsiębiorców (50–60% versus 16%), które uznał za „nieistotne” i nieuniemożliwiające „koordynację zachowań”. Zdaniem SOKiK ta różnica, nawet jeżeli nie uniemożliwia takiej koordynacji, to znacząco ją utrudnia, trudno bowiem byłoby ustalić wspólnie akceptowalny poziom ceny, który stanowiłby poziom ewentualnej milczącej koordynacji. Koordynacji tej nie służą również charakterystycznej dla rynku reklamy rabaty wsteczne<sup>90</sup> ani różne profile stacji radiowych<sup>91</sup>. SOKiK uznał, że „Prezes UOKiK nie wykazał przed Sądem, aby po koncentracji oba przedsiębiorca zbliżyły się strukturą kosztową na tyle, aby można było przyjąć, że zajdzie między

<sup>83</sup> Wyr. SPI w sprawie T-342/99 *Airtours*, op. cit., pkt 62.

<sup>84</sup> Wytyczne KE w sprawie koncentracji, pkt 48.

<sup>85</sup> Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 200–204.

<sup>86</sup> Wyjaśnienia Prezesa UOKiK dotyczące oceny zgłaszanych koncentracji, op. cit., s. 55–56.

<sup>87</sup> Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 129.

<sup>88</sup> Wytyczne KE w sprawie koncentracji, pkt 48.

<sup>89</sup> Wyjaśnienia Prezesa UOKiK dotyczące oceny zgłaszanych koncentracji, op. cit., s. 56; również praktyka decyzyjna UOKiK wskazują na taki wniosek, patrz: dec. Prezesa UOKiK z dnia 08.04.2009 r., DKK-17/2009; dec. DKK-93/2012, s. 39.

<sup>90</sup> Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 205.

<sup>91</sup> Ibidem, pkt 208.

nimi w tym parametrze symetryczność<sup>92</sup>, w związku z tym istnieje mało prawdopodobną możliwość koordynacji zachowań między graczami rynkowymi<sup>93</sup>.

Następnie SOKiK przeszedł do następnego elementu analizy możliwości skutków skoordynowanych, jakim jest **charakter produktu**, a więc czas reklamowy polegający na dotarciu do określonego słuchacza. Zwrócił uwagę na różnice w takich aspektach, jak: słuchalność, zasięgi sieci, specyfika poszczególnych stacji radiowych czy pakietyzacja ofert. Zdaniem SOKiK im produkty na rynku są bardziej homogeniczne tym łatwiej o wystąpienie skutków skoordynowanych<sup>94</sup>. W niniejszej sprawie, zdaniem SOKiK, charakter produktu, jakim jest czas reklamowy, a dokładnie dotarcie do określonego słuchacza (jego „uwaga”), jest zróżnicowany, ze względu na różnice w słuchalności, zasięgach sieci, specyfikę poszczególnych stacji radiowych, profil odbiorców, pakietyzacji ofert, co również utrudnia koordynacje działań<sup>95</sup>.

Ten element analizy znajduje również potwierdzenie w praktyce decyzyjnej Komisji Europejskiej, zgodnie z którą homogeniczność produktów sprzyja przejrzystości rynków. W takim przypadku podmioty rynkowe konkurują głównie ceną i wielkością dostaw (Bernatt i Jurkowska-Gomułka, 2021, s. 19)<sup>96</sup>. Na takie same wnioski wskazuje również polska doktryna prawa konkurencji (Stawicki, 2016, s. 22).

Kolejnym elementem analizy przez SOKiK jest **przejrzystość rynku**<sup>97</sup>. Zgodnie z wyrokiem w sprawie *Airtours* „okoliczność, iż rynek jest dostatecznie przejrzysty, aby umożliwić każdemu członkowi oligopolu poznanie zachowania pozostałych, ułatwia stworzenie zbiorowej pozycji dominującej”<sup>98</sup>.

SOKiK wskazał, że rynek reklamy rynkowej na pierwszy rzut oka wydaje się przejrzysty, co zostało zaakcentowane w decyzji Prezesa. Przejrzystość ta wynika z dostępności bardzo szczegółowych danych z badań takich parametrów, jak: fala badania, grupa celowa, stacja radiowa, przedział czasowy, dni tygodnia czy też kanału odbioru sygnału<sup>99</sup>. Stąd, zdaniem Prezesa UOKiK istnienie mechanizmów dokładnego monitoringu działań konkurencji prowadzi do transparentności rynku, a w konsekwencji umożliwienia koordynacji zachowań. Przejrzystości tej, zdaniem Prezesa UOKiK, sprzyja dostępność cenników reklam poszczególnych stacji radiowych. Natomiast, jak stwierdził SOKiK, Prezes UOKiK nie wziął pod uwagę, że cena czasu reklamowego jest często uzależniona od agresywnych rabatów wstecznych, o których wiedza nie jest ogólnodostępna<sup>100</sup>. Zdaniem SOKiK uniemożliwia to koordynację<sup>101</sup>. Na brak transparentności cen, polegająca na zawieraniu indywidualnych kontraktów z każdym reklamodawcą (pomimo homogeniczności produktu), wskazano również w praktyce decyzyjnej Prezesa UOKiK<sup>102</sup>.

W odniesieniu do argumentów Prezesa UOKiK dotyczących możliwości **monitorowania** koordynacji za pomocą danych obejmujących wahania ilości reklamy pojawiających się w danej

<sup>92</sup> Ibidem, pkt 210.

<sup>93</sup> Ibidem, pkt 210.

<sup>94</sup> Ibidem, pkt 211.

<sup>95</sup> Ibidem, pkt 212–213.

<sup>96</sup> Dec. KE w sprawie nr IV/M.619 – *Gencor/Lonrho.*, pkt 143.

<sup>97</sup> Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 214.

<sup>98</sup> Wyr. SPI w sprawie T-342/99 *Airtours*, op. cit.

<sup>99</sup> Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 215.

<sup>100</sup> Ibidem, pkt 226.

<sup>101</sup> Wytoczne KE w sprawie koncentracji, pkt 49.

<sup>102</sup> Dec. DKK-37/2008.

stacji, SOKiK uznał je za „mało realistyczne”. Wskazał, że dotychczas nie występowały na rynku takie zachowania<sup>103</sup>. Dodatkowo SOKiK wskazał, że sam dostęp do wszystkich informacji jest niewystarczający, aby umożliwić działania koordynacyjne, zwłaszcza gdy nie jest znana rzeczywista cena czasu reklamowego (cena transakcyjna). W żadnym z przedstawionych przez Prezesa UOKiK scenariuszy koordynacji nie byłaby ona możliwa bez komunikacji między konkurentami odnośnie do swojej strategii rynkowej, a w szczególności bez znajomości cen transakcyjnych<sup>104</sup>. Nie byłoby możliwe również utrzymanie takiej koordynacji z uwagi na zarówno opóźnienia badań, jak i długość części kampanii reklamowych trwających do dwóch tygodni<sup>105</sup>.

Odnosząc się do możliwości **dyscyplinowania uczestników**<sup>106</sup> jako warunku niezbędnego do wykazania kolektywnej pozycji dominującej, SOKiK przeanalizował wskazane przez Prezesa UOKiK możliwości, takie jak wojna cenowa i powrót do stanu sprzed koordynacji<sup>107</sup>.

W przypadku wojny cenowej SOKiK uznał, że brak dostępu do informacji na temat cen stosowanych przez uczestników uniemożliwia taką wojnę. Również odnosząc się do zmienionego stanowisko Prezesa UOKiK w toku postępowania, „że mechanizm polegający na wojnie cenowej funkcjonować mógłby w ten sposób, że obniżenie cen byłoby widoczne poprzez zwiększenie liczby minut emisji reklam w stacjach należących do wszczynającego ją podmiotu”, uznał, że stopień skomplikowania i ryzyko błędu w tych obliczeniach powoduje, że jest ona trudna do zastosowania. Dodatkowo wskazał na ograniczoną – 12 minut na godzinę – podaż czasu na reklamy, który powoduje, że nawet znaczące obniżenie ceny reklamy może nie doprowadzić do zwiększenia ilości reklam<sup>108</sup>. Wskazując również na różnice w zasięgach jako istotne dla wyboru stacji radiowej dla kampanii reklamowej, SOKiK uznał, że obniżenie ceny spowoduje, że część środków z kampanii zostanie przekierowana do innych stacji, tak aby dotrzeć do założonej grupy docelowej.

Odnosząc się do drugiego z mechanizmów karzących wskazanych przez Prezesa UOKiK, a więc powrót do stanu sprzed koordynacji<sup>109</sup>, SOKiK ocenił, że jest to słaby motywator, ponieważ nie bierze pod uwagę braku zachęty dla uczestnika koordynacji, aby w niej pozostać. Zdaniem SOKiK, trudno zakładać, aby uczestnik „utrzymał się w tej strategii (koordynacji) dłuższy czas, nie chcąc skorzystać z możliwości zwiększenia swego zysku przy pierwszej, nadarzającej się okazji”<sup>110</sup>. SOKiK wskazał, że mechanizm odstraszania powinien być bardziej skuteczny niż „pokusa uzyskania wyższych zysków przez obniżenie lub podwyższenie cen. Musi być wiarygodnym bodźcem sprawiającym, że nie opłaca się odchodzić od wspólnej polityki”<sup>111</sup>.

W dalszej kolejności SOKiK przeanalizował **presję konkurencyjną**, a więc zagrożenie reakcjami konkurentów i klientów na milcząco przyjętą przez przedsiębiorców koordynujących strategię działania. W toku postępowania przed Prezesem UOKiK zostało złożone stanowisko

<sup>103</sup> Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 219.

<sup>104</sup> Prezes UOKiK w decyzji z 22 kwietnia 2008 roku, nr DKK – 37/08 uznał, że brak przejrzystości rynku występuje na rynku, na którym ceny negocjowane są indywidualnie z każdym reklamodawcą, a klient z reguły otrzymuje znaczący rabat cenowy; wysoki upust cenowy jest standardową formą promocji stosowaną na rynku.

<sup>105</sup> Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 226.

<sup>106</sup> Wyr. SPI w sprawie T-342/99 *Airtours*, op. cit., pkt 197–199.

<sup>107</sup> Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 227–228.

<sup>108</sup> *Ibidem*, pkt 230.

<sup>109</sup> Dec. Prezesa UOKiK z 07.01.2021 r., op. cit., s. 44.

<sup>110</sup> Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 232.

<sup>111</sup> *Ibidem*, pkt 233.

dot. ewentualnej presji ze strony domów mediowych, która miałaby stanowić przeciwwagę dla ewentualnej koordynacji przez stacje radiowe. Prezes UOKiK uznał, że domy mediowe nie mają znacznej siły negocjacyjnej, nie są one bowiem ostatecznym płatnikiem za media<sup>112</sup>. Nie dostrzegł również takiej presji ze strony innych mediów reklamowych<sup>113</sup>. Dodatkowo, zdaniem Prezesa UOKiK, w wyniku koncentracji powstanie partner handlowy, który będzie musiał być uwzględniony w ofercie domów mediowych. SOKiK nie zgodził się z taką oceną i uznał, że „odstaje od ustalonych realiów rynku reklamy” z uwagi na następujące okoliczności:

- ok. 70% kampanii reklamowych jest organizowanych przez duże domy mediowe; jak wynikało z zeznań świadków, to naciski domów mediowych doprowadziły do praktyki udzielania wstecznych rabatów, której stacje radiowe nie mogą zmienić<sup>114</sup>;
- domy mediowe są zainteresowane niskimi cenami z uwagi na fakt, że koszt kampanii jest jednym z istotnych elementów przy wyborze przez reklamodawcę – klienta domu mediowego, w szczególności relacja kosztu do takich parametrów, jak słuchalność lub zasięg; potwierdzeniem tego faktu jest weryfikacja kosztów przez audytorów mediowych, a więc osoby trzecie, które oceniają efektywność kosztowej kampanii zaproponowanej przez dom mediowy;
- Prezes UOKiK nie wziął pod uwagę konkurencji między domami mediowymi, które często biorą udział w przetargach na świadczenie usług u potencjalnego klienta, a więc presja wywierana przez domy mediowe na stacje radiowe jest wynikiem presji, którą na domy mediowe wywierają ich klienci;
- reklama radiowa jest medium uzupełniającym i stanowi 7% w całym „torcie reklamowym”; stąd większa jest presja domów mediowych na stacje radiowe niż w przypadku np. stacji telewizyjnych, a mimo istniejących odmienności między rynkami reklamy telewizyjnej i radiowej, „podniesienie cen reklamy radiowej, powyżej akceptowalnego przez klientów kosztu dotarcia – w pewnym momencie – może spowodować odpływ reklamodawców do innego medium – telewizji lub Internetu”<sup>115</sup>.

Oceniając bariery wejścia na rynek, SOKiK uznał również, że w związku z istnieniem systemu koncesyjnego i ograniczoną liczbą częstotliwości radiowych, mimo rozwoju technologii i możliwości nadawania przez Internet wraz z możliwością odbioru za pomocą zwykłego smartfona, bez konieczności zaopatrzenia się odbiornik radiowy przystosowany do odbioru w określonej technologii możliwości wejścia konkurentów na rynek są ograniczone. W związku z tym SOKiK uznał, że „w takich okolicznościach przyjąć należy, że zasadniczo nie istnieje na rynkach relewantnych presja ze strony potencjalnych nowych konkurentów”<sup>116</sup>.

SOKiK uznał, że Prezes UOKiK nie wykazał, że w wyniku koncentracji dojdzie do powstania nie tylko pozycji dominującej, a tym bardziej kolektywnej pozycji. W związku z tym Prezes UOKiK nie może uznać, że może dojść do istotnego ograniczenia konkurencji (Stawicki i Stawicki, 2016, s. 8–11).

<sup>112</sup> Dec. Prezesa UOKiK z 07.01.2021 r., op. cit., s. 42.

<sup>113</sup> Ibidem, s. 42.

<sup>114</sup> Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 239.

<sup>115</sup> Ibidem, pkt 244.

<sup>116</sup> Ibidem, pkt 250.

## IV. Teoria szkody

### 1. Analiza Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

W swojej decyzji Prezes UOKiK uznał, że szkoda, która miała uzasadnić odmowę udzielenia zgody na koncentrację miała dwie postacie: koordynację działań uczestników cichej zmowy oraz marginalizację mniejszych uczestników rynku<sup>117</sup>. Nawiązując do rozważań odnośnie ciężaru dowodu, SOKiK wskazał, że to na Prezesie UOKiK spoczywa obowiązek udowodnienia, że dojdzie do istotnego ograniczenia konkurencji – a więc jak wykazywał Prezes UOKiK, że wystąpią skutki skoordynowane.

Zdaniem Sądu teoria szkody jest to: „[...] odwołująca się do podejścia ekonomicznego, koncepcja, którą przedstawia organ ochrony konkurencji i konsumentów, wskazując dlaczego i w jaki sposób dojść może do poszkodowania nabywców, konsumentów. Koncepcja ta winna wskazywać jak koncentracja może zmienić stan i strukturę rynków właściwych, jakie będzie zachowanie podmiotu powstałego w wyniku koncentracji i czy to zachowanie będzie skutkowało istotnym ograniczeniem konkurencji”<sup>118</sup>. Efektem końcowym takiej operacji myślowej powinna być konstatacja czy koncentracja doprowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji<sup>119</sup>. Na marginesie można zauważyć, że jest to odwołanie do klasycznej teorii *Structure – Conduct – Performance*.

SOKiK wskazał, że zaprezentowana przez Prezesa UOKiK teoria szkody jest pewną hipotezą wynikającą z charakteru *ex ante* kontroli koncentracji.

### 2. Poziom prawdopodobieństwa teorii szkody

SOKiK nie zgodził się z Prezesem UOKiK i uznał, że zaprezentowana teoria szkody „nie osiąga wymaganego poziomu prawdopodobieństwa (nie została wystarczająco wysoko uprawdopodobniona)”<sup>120</sup>. Zdaniem SOKiK, w decyzji nie zostało wykazane, że koncentracja wpłynie na strukturę rynku na tyle, aby doszło do zmiany zachowania uczestników w przyszłości. Nie wykazano cech rynków, które uzasadniałyby stwierdzenie, że dojdzie do wystąpienia kolektywnej pozycji dominującej. SOKiK podkreślił, że koncentracja nie „prowadzi ani do powstania duopolu na rynkach właściwych, ani wąskich oligopoli. W istocie – o czym była mowa wyżej – z uwagi na fakt, że łączący się przedsiębiorcy operują na innych rynkach właściwych (pominąwszy małe procenty udziałów) (...), w istocie połączenie niewiele zmienia na poszczególnych rynkach z punktu widzenia struktury tych rynków. Zmiany w udziałach uczestników rynku są kilkuprocentowe, a zmniejszenie liczby firm działających na danym rynku nie jest przesądzające o negatywnych skutkach”. SOKiK wskazał, że zakładane przez Prezesa UOKiK zachowania antykonkurencyjne dotychczas nigdy nie miały miejsca na rynkach reklamy radiowej, stąd trudno uznać, że cicha zмова może być realnym scenariuszem.

<sup>117</sup> Dec. Prezesa UOKiK z 07.01.2021 r., op. cit., s. 34, 50; Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 253.

<sup>118</sup> Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 157.

<sup>119</sup> Ibidem, pkt. 159.

<sup>120</sup> Ibidem, pkt 257–258.

## 2.1. Ryzyko koncentracji częstotliwości

SOKiK wskazał, że ryzyko koncentracji częstotliwości<sup>121</sup> jest irrelewantne z punktu widzenia rynków właściwych, na których kryteriami decydującymi są zasięg i słuchalność. Zwrócił uwagę, że wskazywana przez Prezesa UOKiK możliwość lepszego pozycjonowania tematycznego swoich programów jest pozytywnym efektem koncentracji, a zarzut, że przedsiębiorca będzie chciał poprawić swoją pozycję na rynku „budzi zdumienie” i ma charakter spekulacyjny.

## 2.2. Ryzyko w zakresie możliwych efektów koordynacji

SOKiK również negatywnie ocenił następujące rodzaje ryzyka wskazane przez Prezesa UOKiK:

- utrzymanie cen na poziomie wyższym niż w przypadku braku koncentracji; utrzymanie innych warunków umów mniej korzystnych dla reklamodawcy lub pośredników lub obniżenie podaży jako oderwany od warunków rynkowych;
- koordynacja w zakresie stosowania rabatów retroaktywnych jako wysoce nieprawdopodobny scenariusz; SOKiK zauważył, że w praktyce rabaty retroaktywne funkcjonują na rynku reklamy od wielu lat i są wynikiem polityki domów mediowych, a nie samych stacji radiowych;
- marginalizacja pozostałych grup radiowych i stacji niezależnych; SOKiK wskazał, że Prezes UOKiK nie zdefiniował samego pojęcia marginalizacji; sam fakt potencjalnego zmniejszenia udziałów konkurentów jako wynik walki konkurencyjnej po koncentracji nie jest niczym nadzwyczajnym, a nie stanowi bezpośredniego i natychmiastowego skutku koncentracji<sup>122</sup>; SOKiK wskazał, że w wyniku koncentracji nie dojdzie do zmiany zasięgów jej stron; „nieco lepsza pozycja rynkowa” oznacza taką poprawę, która jednak nie będzie skutkowałą znaczną zmianą, jeżeli chodzi o zasięgi i słuchalność; SOKiK nie zgodził się, że ze stanowiskiem Prezesa UOKiK, że obaj najwięksi konkurenci staną się elementem obowiązkowym wszystkich kampanii reklamowych<sup>123</sup>.

# V. Ciężar dowodu

## 1. Analiza Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Warto również zwrócić uwagę na rozważania SOKiK na temat ciężaru dowodu w postępowaniu dotyczącym wydania zgody na koncentrację przed Prezesem UOKiK i wynikającymi z tego obowiązkami Prezesa UOKiK. Sąd w uzasadnieniu wyroku zaznaczył, że to na Prezesie UOKiK spoczywa obowiązek wykazania przesłanek wydania zaskarżonej decyzji, a nie na adresacie decyzji. SOKiK wyciągnął taki wniosek z art. 18 uokik, na gruncie którego zasadą jest zgoda na dokonanie koncentracji<sup>124</sup>. Ponadto Sąd wskazał, że zasada ta również obowiązuje na etapie postępowania przed SOKiK, ponieważ przepisy nie przewidują domniemania prawdziwości decyzji Prezesa, a które to stanowisko zostało również podparte orzecznictwem SN w tym zakresie<sup>125</sup>.

Powyższe rozważania Sądu dotyczące ciężaru dowodów dotyczą jednak również innej materii związanej z postępowaniem przed organami ochrony konkurencji, a mianowicie standardem

<sup>121</sup> Ibidem, pkt 263; dec. Prezesa UOKiK z 07.01.2021 r., op. cit., s. 34.

<sup>122</sup> Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 283–285.

<sup>123</sup> Ibidem, pkt 285.

<sup>124</sup> Ibidem, pkt 112–114.

<sup>125</sup> Zob. wyr. SN z 4.10.2017 r., III SK 49/16 (Lex nr 2397583).

dowodowym w decyzjach zakazujących konkurencji. Jednym z zarzutów podniesionych przez Agorę był brak wykazania istotnego ograniczenia efektywnej konkurencji poprzez brak wykazania, że nowy podmiot będzie posiadał pozycję dominującą. Zdaniem Prezesa UOKiK nie ma obowiązku uprzedniego wykazania istnienia pozycji dominującej, natomiast uzasadnienie istotnego ograniczenia konkurencji może zostać dokonane w oparciu o inne przesłanki<sup>126</sup>.

Zagadnienie to przewija się w ramach analizy SOKiK-u w niniejszej sprawie, wymaga ono osobnego omówienia i zestawienia ze standardem użytym w decyzji i wyroku. Dodatkowo, analizie zostało poddane na jakiej podstawie SOKiK zmienił zaskarżoną decyzję.

## 2. Standard dowodowy w decyzjach dotyczących koncentracji przedsiębiorców

Jak wynika z orzecznictwa dotyczącego obowiązków Komisji w przypadku wydania decyzji zakazującej koncentrację, powinna ona przedstawić solidne dowody. Powinny one być istotne dla oceny ewentualnego powstania kolektywnej pozycji dominującej, a w szczególności możliwości wystąpienia powiązań między przedsiębiorcami działającymi na rynku – członkami rzekomej cichej zmowy<sup>127</sup>. Również jak wskazał SOKiK uzasadnienie decyzji nie zostało zredagowane precyzyjnie. Część argumentów, zwłaszcza dotyczących określonych rynków lokalnych, Prezes UOKiK przedstawił na rozprawie. SOKiK ocenił, że uzasadnienie decyzji nie pozwala zorientować się na jakich przesłankach organ oparł się, zakazując koncentracji. W konsekwencji, decyzja nie spełnia art. 8 i 11 k.p.a.<sup>128</sup>.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że wymogi związane z postępowaniem dowodowym są w ramach analizy konkurencyjnej wysokie (Bernatt i Jurkowska-Gomułka, 2021, s. 27). Trudność tego postępowania wynika m.in. z konieczności przeprowadzenia porównania „[...] najbardziej prawdopodobnej sytuacji konkurencyjnej na jednym lub wielu rynkach po dokonaniu koncentracji (*post merger scenario*) z sytuacją konkurencyjną, jaka miałyby miejsce bez dokonania koncentracji, w szczególności na skutek zakazania jej dokonania (*without merger scenario*)” (Skoczny, 2012, s. 36–37). Tak więc, w ramach kontroli koncentracji organ musi wykazać się dalekowzrocznością i umiejętnością określania sytuacji kontrfaktycznej.

W sprawach związanych z możliwością powstania kolektywnej pozycji dominującej to na organie ciąży obowiązek dostarczenia przekonujących dowodów, które by wskazywały na brak skutecznej konkurencji pomiędzy uczestnikami oligopolu lub na brak presji ze strony innych graczy rynkowych<sup>129</sup>. Już z samej natury takich stosunków wynika trudność w ich udowodnieniu i wykazaniu przesłanek pozwalających na identyfikację skutków skoordynowanych. Idzie za tym więc również wyższy standard udowodnienia analizy prospektywnej. Jak zaś stwierdził TS w sprawie *Telefonica* „[...] im bardziej analiza jest prospektywna, a łańcuch przyczynowo-skutkowy jest słabo postrzegalny, niepewny i trudny do wykazania, tym ważniejsza jest jakość dowodów przedstawionych przez Komisję w celu wykazania konieczności wydania decyzji uznającej koncentrację za niezgodną z rynkiem wewnętrznym.”<sup>130</sup> Taki sam standard jakości dowodów na poparcie swojej

<sup>126</sup> Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 135.

<sup>127</sup> Wyr. TS z 31.03.1998 r. w połączonych sprawach C-68/94 oraz C-30/95 *Republika Francuska i Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) i Entreprise minière et chimique (EMC) przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*; dec. KE z 20.05.1998 r. w sprawie nr IV/M.1016 – *Price Waterhouse/Coopers & Lybrand*.

<sup>128</sup> Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 179.

<sup>129</sup> Wyr. SPI w sprawie T-342/99 *Airtours*, op. cit., pkt 63.

<sup>130</sup> Wyr. TS z 28.05.2020 r. T-399/16 *CK Telecoms UK Investments Ltd przeciwko Komisji Europejskiej* (ECLI:EU:T:2020:217), pkt 111.



teorii, powinien zaprezentować UOKiK w swoich decyzjach. Muszą więc być one wystarczające dla wykazania z dużym prawdopodobieństwem wystąpienia skutków dla konkurencji (Bernatt i Jurkowska-Gomułka, 2021, s. 29).

O kolektywnej dominacji skutkującej istotnym ograniczeniem konkurencji świadczą nie tylko ogólne dane o danym rynku, lecz także jego specyfika. Organ w ramach zbierania i przedstawienia materiału dowodowego jest obowiązany uwzględnić tę specyfikę i oprzeć ją na konkretnych dowodach<sup>131</sup>. Ponadto, orzecznictwo unijne jasno wskazuje, że każde twierdzenie organu ochrony konkurencji dotyczące konkurencji na rynku musi być uzasadnione dowodami ilościowymi i jakościowymi. W sprawach zaś związanych z rynkami oligopolistycznymi, organ próbujący wykazać występowanie na nim skutków skoordynowanych powinien skupić się na: (i) wzajemnej zależności i przejrzystości rynku, które pozwalają na monitorowanie działań konkurentów; (ii) trwałości koordynacji wyrażającej się w możliwości stosowania środków odwetowych/odstrasżających w sytuacji odchylenia od przyjętych zasad koordynacji oraz (iii) reakcji innych uczestników rynku na działania kolektywnie dominujących podmiotów (Bernatt i Jurkowska-Gomułka, 2021, s. 31).

Orzecznictwo unijne, a zwłaszcza wyrok w sprawie *Airtours*, w zakresie wysokiego standardu dowodowego dla Komisji w sposób stanowczy odrzuciło praktykę polegającą na stwierdzaniu występowania skutków skoordynowanych w każdym przypadku, gdy struktura rynku mogła wskazywać na kolektywną dominację. Jednakże, należy również zaznaczyć, że od organów ochrony konkurencji nie wymaga się, aby scenariusze przez nie nakreślone się nieuchronnie ziściły, muszą być one wystarczająco prawdopodobne (Bernatt i Jurkowska-Gomułka, 2021, s. 32). Nie jest więc wystarczające samo stwierdzenie, że zmniejszenie liczby konkurentów do dwóch zwiększa prawdopodobieństwo, że podmioty te zrezygnują z intensywnej konkurencji i bez porozumienia realizować będą strategię niekorzystną dla kontrahentów, jak miało to miejsce w decyzji (Bernatt i Jurkowska-Gomułka, 2021, s. 34). Takie zwykłe prawdopodobieństwo nie spełnia wysokich standardów dowodowych, jakie się wymaga od takich organów (Bernatt i Jurkowska-Gomułka, 2021, s. 32).

### 3. Uprawnienia reformatoryjne Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

SOKiK uznał argumenty Agory, uchylił zaskarżoną decyzję i orzekł co do *meritum*, wydając zgodę na dokonanie koncentracji. Ciężar dowodu wykazania, że koncentracja w istocie prowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji spoczywa na Prezesie UOKiK.

Rola SOKiK była szczegółowo analizowana w wyroku Sądu Najwyższego sygn. III SK 5/09<sup>132</sup>. Nie odnosząc się do krytyki tego wyroku pod względem zakresu kontroli proceduralnych aspektów postępowania przed Prezesem UOKiK (Bernatt, 2010, s. 300–305), należy wskazać, że SN szczegółowo przeanalizował, że celem postępowania przed SOKiK jest rozpoznanie sporu między Prezesem UOKiK a przedsiębiorcą<sup>133</sup>. Zakresem tego sporu jest odwołanie, które wnosi przedsiębiorca niezgadający się z wydaną decyzją. Ustalenie SOKiK jest – zgodnie z zasadą kontrydiktoryjności – oparte na argumentach i dowodach powołanych przez strony. Jak podkreślił

<sup>131</sup> Wyr. SPI w sprawie T-342/99 *Airtours*, op. cit., pkt 294.

<sup>132</sup> Wyr. SN z 19.08.2009, III SK 5/09 (OSNP 2011/9-10/144).

<sup>133</sup> Sprawa rozpatrywana przez SN dotyczyła naruszenia kwalifikacji naruszenia przepisów ustawy, ale rozważania te są również adekwatne do postępowań o wydanie zgody na koncentrację.

SN, SOKiK może zmienić decyzję w określonym punkcie<sup>134</sup> bądź wydać nową decyzję, jeżeli tylko znajduje uzasadnienie „w okolicznościach sprawy i zebranych materiale faktycznym i dowodowym”. Przesłanką określonego sposobu postępowania przez SOKiK jest stopień wadliwości decyzji Prezesa UOKiK, a „[u]chylenie decyzji w całości powinno nastąpić wówczas, gdy wydanie jej nastąpiło bez podstawy prawnej lub z rażącym naruszeniem prawa materialnego (...)”<sup>135</sup>. Postępowanie przed SOKiK ma charakter gwarancyjny, ponieważ sądy powinny weryfikować, zgodnie z obowiązującymi zasadami – ustalenia faktyczne dokonane przez Prezesa UOKiK. Jeżeli w toku postępowania okaże się, że przesłanki nie znalazły potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym, sądy orzekające powinny wydać orzeczenie o charakterze merytorycznym<sup>136</sup>. Jak podkreślił SN w wyroku III SK 7/15, „[j]eśli więc w trakcie postępowania powód przedstawi dowody obalające konkluzję przyjętą w decyzji, obowiązkiem sądu jest dokonanie oceny legalności decyzji i w zależności od przewidzianych prawem możliwości zmiana decyzji bądź jej uchylenie”<sup>137</sup>. Dodatkowo, wskazać należy, że zmiana decyzji przez SOKiK nastąpiła w toku postępowania koncentracyjnego. A więc postępowania, w którym czynnik czasowy gra szczególną rolę, a decyzja zakazująca wydana po długim postępowaniu administracyjnym niewątpliwie nie służy interesom przedsiębiorców i samego rynku.

Jak wynika z analizy dotyczącej postępowania dowodowego, SOKiK ocenił dowody zawarte w aktach postępowania przed Prezesem UOKiK jako niewystarczające do wydania decyzji zakazującej koncentrację. Jednocześnie, przeprowadził postępowanie dowodowe, m.in. przyjmując zeznania świadków i orzekł merytorycznie. Takie stanowisko zasługuje na uznanie z uwagi na ochronę swobody prowadzenia działalności gospodarczej.

## VI. Wnioski

Wyrok zasługuje na aprobatę z następujących przyczyn.

Pochwalić należy analizę SOKiK, który nie uchylał się od dokonania analizy o charakterze ekonomicznym i rynkowym, a co więcej zrobił to w sposób elegancki i przystępny. Na marginesie należy jedynie zaapelować do redagujących wyroki, aby ich animizacja miała uzasadniony charakter. W powszechnie dostępnej wersji wyroku zanonimizowane zostały również niektóre wyroki TSUE, jak i nazwiska autorów komentarzy. Również na marginesie należy zauważyć brak jednolitego siatki pojęciowej: efekty, skutki czy działania skoordynowane.

Nie ulega wątpliwości, że zakaz koncentracji powinien mieć charakter wyjątkowy, ingeruje bowiem bezpośrednio w swobodę prowadzenia działalności gospodarczej w związku z ochroną interesu publicznego. Dlatego też decyzje zakazujące połączeń powinny również być uzasadnione w sposób wykluczający wszelką wątpliwość co do przyczyn leżących u źródła zakazu. Jak trudne są sprawy dotyczące kolektywnej pozycji dominującej pokazuje sprawa *Airtours*, w której sąd pierwszej instancji zakwestionował m.in. analizę Komisji dotyczącą przejrzystości rynku<sup>138</sup>.

<sup>134</sup> Wyr. SOKiK z 11.05.2007 r., XVII AmA 96/06 (Dz.Urz.UOKiK.2007/3/35).

<sup>135</sup> Również wyr. SOKiK 11.10.2006 r., XVII AmA 70/05 (Dz.Urz.UOKiK.2007.1.10); wyr. SOKiK 11.05.2007 r., XVII AmA 96/06 (Dz.Urz.UOKiK.2007/3/35).

<sup>136</sup> Wyr. SN z 12.04.2013 r., III SK 28/12; wyr. SN z 02.06.2009 r., III SK 31/08 (LEX nr 503413); wyr. SN z 5.11.2015 r., III SK 7/15 (LEX nr 2008748).

<sup>137</sup> Wyr. SN z 5.11.2015 r., III SK 7/15, s. 8 (LEX nr 2008748).

<sup>138</sup> Wyr. SPI w sprawie T-342/99 *Airtours*, op. cit., pkt 159.

Z perspektywy dorobku unijnego dotyczącego kolektywnej pozycji dominującej i skutków skoordynowanych, zwłaszcza wyroku Sądu w sprawie *Airtours* decyzja Prezesa UOKiK jest trudna do zrozumienia. Tym bardziej trudno nie zgodzić się z argumentami zawartymi w glosowanym wyroku. Zadziwiające jest również oparcie zakazu koncentracji na podstawie teorii szkody opartej na kolektywnej pozycji dominującej i skutków skoordynowanych, biorąc pod uwagę bardzo wysoki standard dowodowy jaki jest wymagany od organu do ich wykazania. Warto w tym miejscu zaznaczyć, że Agora w toku postępowania przez Prezesem UOKiK wniosła o wydanie zgody warunkowej i zaproponowała warunki, które objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa<sup>139</sup>. Choć oczywiście wniosek taki nie ma charakteru wiążącego organu ochrony konkurencji, Prezes UOKiK mógł być ograniczyć ewentualną pozycję rynkową grupy Agora/Eurozet poprzez wydanie zgody warunkowej. W tym kontekście powinien być również uzasadnić, dlaczego w jego opinii decyzja warunkowa nie była wystarczająca<sup>140</sup>. Materia ta nie została jednak rozwinięta w głosie, ponieważ nie została ona poruszona przez SOKiK w wyroku (szerzej: Kohutek, 2014; Skoczny i Kolasiński, 2014).

Prezes UOKiK złożył od wyroku apelację, nie zgadzając się z rozstrzygnięciem. Pozostaje mieć nadzieję, że Sąd Apelacyjny równie wnikliwie przeanalizuje argumenty ekonomiczne jak SOKiK.

## Bibliografia

- Aigner, G., Budzinski, O. i Christiansen, A. (2006). The Analysis of Coordinated Effects in EU Merger Control: Where Do We Stand after Sony/Bmg and Impala? *European Competition Journal*, 17(2), 705–744. <https://doi.org/10.5235/ecj.v2n2.311>.
- Aziewicz, D. (2014). W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Wyd. 2. Warszawa: C.H. Beck.
- Banasiński, C. i Rojszczak, M. (2021). The role of competition authorities in protecting freedom of speech: the PKN Orlen/Polska Press case. *European Competition Journal*, 18(2), 424–457. <https://doi.org/10.1080/17441056.2021.2003999>.
- Bernatt, M. i Jurkowska-Gomułka, A. (2021). *Skutki skoordynowane koncentracji horyzontalnych – wybrane aspekty prawne. Ekspertyza Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych WZ UW*. Warszawa: CARS.
- Bernatt, M. (2009). The control of Polish courts over infringements of procedural rules by the national competition authority. Case comment to the judgement of the Supreme Court of 19 August 2009 – Marquard Media Polska (Ref. No. III SK 5/09). *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 3(3), 300–305.
- Błachucki, M. (2012). *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji*. Warszawa: UOKiK.
- Kohutek, K. (2014). W: K. Kohutek, M. Sieradzka (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Kokkoris, I. (2007). The Development of the Concept of Collective Dominance in the European Community Merger Regulation. From its Inception to its Current Status. *World Competition: Law and Economics Review*, 30(3), 419–448.

<sup>139</sup> Dec. Prezesa UOKiK z 07.01.2021 r., op. cit., s. 38.

<sup>140</sup> Wyr. SPI z 14.12.2005 r. w sprawie T-210/01 *General Electric Company przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich* (ECLI:EU:T:2005:456), pkt 555.

- Majcher, K. (2022). Media Pluralism and Independence: Legal Assessments of the Agora/Eurozet and PKN Orlen/Polka Press Transactions (Poland). *Journal of European Competition Law & Practice*, 13(6), 419–425. <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpab090>.
- Skoczny, T. i Kolasiński, M. (2014). W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Wyd. 2. Warszawa: C.H. Beck.
- Skoczny, T. (2012). *Zgody szczególne w prawie kontroli koncentracji*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego.
- Stawicki, A. i Stawicki, E. (red.) (2016). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Tsurumi, Y. i Tsurumi, H. (1999). Fujifilm-Kodak Duopolistic Competition in Japan and the United States. *Journal of International Business Studies*, 30(4), 813–830.
- UOKiK. (2003). *Problem nadużywania pozycji dominującej w świetle przepisów i orzecznictwa wspólnotowego*. Warszawa: UOKiK.
- Whish, R. i Bailey, D. (2021). *Competition Law*. Oxford: Oxford University Press.

# Glosa do wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów sygn. akt XVII Amo 1/21 z dnia 7 czerwca 2021 roku, dotyczącego decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nr DKK-34/2021 z 5 lutego 2021 roku

## Spis treści

- I. Planowana koncentracja
- II. Decyzja Prezesa UOKiK i odwołanie Rzecznika Praw Obywatelskich
- III. Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalający odwołanie Rzecznika Praw Obywatelskich
- IV. Komentarz
- V. Wnioski

## Streszczenie

Glosa dotyczy wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wydanego w sprawie *Orlen/Polska Press*. Omówiono w niej również wydane w ww. sprawie decyzje Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, a także odwołanie od decyzji Rzecznika Praw Obywatelskich. Glosa obejmuje głównie zagadnienia dotyczące możliwości uwzględnienia przesłanek pozaekonomicznych w ramach oceny planowanej koncentracji.

**Słowa kluczowe:** kontrola koncentracji; prawo antymonopolowe, prawo ochrony konkurencji.

**JEL:** K21

## I. Planowana koncentracja

PKN Orlen S.A. (dalej: Spółka lub PKN Orlen) jest wiodącym polskim przedsiębiorcą działającym w sektorze produkcji i sprzedaży paliw, którego największym akcjonariuszem jest Skarb Państwa. Na stacjach paliw należących zarówno do samej Spółki, jak i do jej franczyzobiorców, PKN Orlen prowadzi sprzedaż detaliczną różnych produktów, w tym także prasy. W ostatnim czasie Spółka rozpoczęła dwa znaczące procesy koncentracyjne w sektorze produkcji i sprzedaży paliw. W 2020 r. otrzymała zgodę Komisji Europejskiej na przejęcie kontroli nad ENERGA S.A.<sup>1</sup>,

\* dr Tomasz Krzyżewski; e-mail: tomasz.k.krzyzewski@gmail.com; ORCID <https://orcid.org/0000-0001-5785-4232>.

<sup>1</sup> Dec. Komisji z dnia 31.03.2020, COMP/M.9626.

a następnie warunkową zgodę na przejęcie kontroli nad Grupą Lotos S.A.<sup>2</sup>. Warto również zwrócić również uwagę na dwie inne inicjatywy PKN Orlen, czyli założonego w 2019 r. wraz z PZU S.A. wspólnego przedsiębiorcę, spółkę Sigma BIS S.A. działającego jako dom mediowy<sup>3</sup> oraz przejęcie przez PKN Orlen „Ruch” S.A., spółki zajmującej się hurtowym i detalicznym kolportażem prasy<sup>4</sup>.

Pod koniec 2020 r. Prezes UOKiK, na wniosek PKN Orlen, wszczął postępowanie antymonopolowe w sprawie koncentracji polegającej na przejęciu przez wnioskodawcę kontroli nad spółką Polska Press sp. z o.o., prowadzącą działalności m.in. jako wydawca prasy (Polska Press wydaje m.in. 20 dzienników regionalnych, 120 tygodników lokalnych, a także prasę bezpłatną) oraz sprzedawcą powierzchni reklamowej w prasie i Internecie. Planowana transakcja wzbudziła duże zainteresowanie mediów. Oprócz oczywistego wątku antymonopolowego, pojawiały się bowiem również głosy podnoszące, że koncentracja może mieć negatywny wpływ na pluralizm mediów. W tym zakresie zwracano uwagę na fakt, że koncentracja tak istotnych środków przekazu, jakim są dzienniki regionalne w rękach spółki Skarbu Państwa może mieć istotny wpływ na publikowane przez nie treści.

W niniejszej glosie chciałbym skupić się wyłącznie na części rozważań Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK, organ, organ antymonopolowy), Rzecznika Praw Obywatelskich (dalej: RPO lub Rzecznik) oraz Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: SOKiK lub Sąd) dotyczących kwestii uwzględnienia wolności słowa oraz pluralizmu mediów w ramach oceny antymonopolowej prowadzonej przez organ antymonopolowy. Pominę tym samym niektóre elementy decyzji Prezesa UOKiK, odwołania Rzecznika oraz wyroku Sądu dotyczące pozostałych zagadnień. Takie podejście uzasadniam chęcią szerszego zgłębienia zagadnień związanych z aksjologią prawa antymonopolowego, a w szczególności z kwestią uwzględnienia wartości pozaekonomicznych przy dokonywaniu oceny antymonopolowej koncentracji.

## II. Decyzja Prezesa UOKiK i odwołanie Rzecznika Praw Obywatelskich

W decyzji wydanej w przedmiotowej sprawie 5 lutego 2021 r., Prezes UOKiK stwierdził, że brak jest rynków wspólnych dla uczestników koncentracji, a zatem koncentracja nie wywiera wpływu w układzie horyzontalnym. Jednocześnie, ponieważ PKN Orlen prowadzi działalność jako reklamodawca oraz pośrednik w procesie zakupu mediów (przez dom mediowy Sigma BIS S.A.), a Polska Press sprzedaje powierzchnię reklamową, organ antymonopolowy uznał, że koncentracja wywiera wpływ w układzie wertykalnym na rynku regionalnej reklamy prasowej na terenie niektórych województw<sup>5</sup>. Z uwagi na niskie wspólne udziały rynkowe przedsiębiorców na pozostałych rynkach (krajowym rynku reklamy prasowej, rynku reklamy internetowej oraz rynku hurtowej dystrybucji prasy), Prezes UOKiK uznał, że planowana transakcja nie będzie wywierać na nie wpływu. Ponadto, organ antymonopolowy zidentyfikował szereg rynków, na które koncentracja będzie wywierać wpływ w układzie konglomeratowym. Ostatecznie jednak Prezes UOKiK wyraził

<sup>2</sup> Dec. Komisji z dnia 14.07.2020, COMP/M.9014.

<sup>3</sup> Dec. Prezesa UOKiK z dnia 2.09.2019, DKK-172/2019.

<sup>4</sup> Dec. Prezesa UOKiK z dnia 1.06.2020, DKK-109/2020.

<sup>5</sup> Dec. Prezesa UOKiK z dnia 5.02.2021 r., DKK-34/2021, s. 6–7.

zgodę na dokonanie koncentracji, stwierdzając, że analiza planowanego przejęcia wykazała, że transakcja nie spowoduje istotnego ograniczenia konkurencji.

W ramach postępowania przedstawione zostały trzy opinie, tj. RPO, Towarzystwa Dziennikarskiego oraz Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka. RPO zwrócił w swojej opinii uwagę na dwie kwestie. Po pierwsze, na rodzaje ryzyka związane z kontrolą mediów przez spółkę kontrolowaną przez Skarb Państwa, w tym między innymi na brak chęci ujawniania pewnych faktów społeczeństwu oraz możliwość wprowadzenia odbiorców w błąd poprzez wykorzystywanie z komercyjnej nazwy przez spółkę Skarbu Państwa. Po drugie, RPO zaznaczył, że koncentracja spowoduje znaczny wpływ na dystrybucję prasy, a także, że jej analiza wymaga wzięcia pod uwagę wpływu na rynek reklamowy.

W następstwie wydania przez organ decyzji, RPO złożył odwołanie, wnosząc o wstrzymanie wykonania decyzji Prezesa UOKiK do czasu rozstrzygnięcia sprawy oraz o uchylenie przedmiotowej decyzji, uzasadniając to naruszeniem przez organ antymonopolowy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>6</sup> (dalej: uokik) oraz Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej<sup>7</sup> (dalej: Konstytucja) poprzez niewyjaśnienie czy w wyniku transakcji konkurencja nie zostanie istotnie ograniczona, a w konsekwencji nie doprowadzi do naruszenia wolności wyrażania poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji<sup>8</sup>.

Zarzuty RPO zawarte w Odwołaniu można podzielić na dwie kategorie. Po pierwsze, są to zarzuty związane z niewłaściwym zdefiniowaniem rynku właściwego. Drugą grupę stanowią zarzuty dotyczące pominięcia kwestii zakresu kontroli państwa nad działającymi na rynku przedsiębiorcami (w tym uczestnikami koncentracji). Przede wszystkim należy jednak zwrócić uwagę na fakt podkreślania przez RPO wartości, jaką jest pluralizm mediów.

W zakresie definicji rynku właściwego RPO nie zgodził się z organem antymonopolowym, który, jego zdaniem, poprzez ograniczenie postępowania w zakresie prasy i stron internetowych jako nośników treści jedynie do rynku reklam, niesłusznie uznał, że prasa i serwisy internetowe są wyłącznie nośnikami reklam, nie są natomiast nośnikami idei i informacji<sup>9</sup>. Zdaniem Rzecznika Prezes UOKiK nie wziął zatem po uwagę podstawowej funkcji prasy jako nośnika idei i informacji. Jednocześnie RPO zwrócił uwagę, że przepisy ustawy antymonopolowej nie przewidują wyłączenia stosowania przepisów ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych (dalej: prawo prasowe)<sup>10</sup>, a także na donośne znaczenie obowiązku zapewnienia wolności prasy i innych środków społecznego przekazu wyrażonego w art. 14 Konstytucji RP. Funkcja jaką spełnia prasa, tj. między innymi korzystanie z wolności wypowiedzi, przekazywanie rzetelnych informacji oraz zapewnienie jawności życia publicznego oraz kontroli i krytyki społecznej, powinna być wzięta, zdaniem RPO, pod uwagę w procesie definiowania rynku właściwego. Rzecznik stwierdził jednocześnie, że poszczególne środki przekazu ze względu na swoje przeznaczenie są uznawane przez konsumentów za substytuty w zakresie uzasadniającym zakwalifikowanie ich do jednego rynku właściwego produktowo zgodnie z definicją zawartą w art. 4 pkt 9 uokik. RPO stwierdził w swoim odwołaniu,

<sup>6</sup> Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. 2007 Nr 50 poz. 331).

<sup>7</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. 1997 Nr 78 poz. 483).

<sup>8</sup> Odwołanie Rzecznika Praw Obywatelskich od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nr DKK-34/2021 z dnia 5 lutego 2021 r. (dalej: Odwołanie).

<sup>9</sup> Odwołanie Rzecznika Praw Obywatelskich, op. cit., s. 9.

<sup>10</sup> Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. 1994 Nr 24 poz. 83).

że rynek właściwy produktowo powinien zostać zdefiniowany jako rynek „wolnego słowa, prawa do rzetelnej informacji, jawności życia publicznego oraz kontroli i krytyki społecznej”<sup>11</sup>.

W zakresie zarzutów z drugiej z ww. kategorii, tj. tych związanych z kwestiami ingerencji państwa w gospodarkę, wątpliwości RPO wzbudził fakt, że Prezes UOKiK w toku prowadzonego postępowania nie wziął pod uwagę, że na rynku właściwym działają podmioty zależne od Skarbu Państwa będącego przedsiębiorcą posiadającym kontrolę nad PKN Orlen, a także nad innymi podmiotami działającymi na rynku środków społecznego przekazu, tj. Polskiej Agencji Prasowej, Telewizji Polskiej – Spółki Akcyjnej oraz Polskiego Radia – Spółki Akcyjnej, prowadzących również własne portale internetowe<sup>12</sup>.

RPO stwierdził w Odwołaniu, że wydając zgodę na planowaną koncentrację, Prezes UOKiK dokonał legalizacji stanu niekonstytucyjnego polegającego na znacznym wzroście ingerencji państwa i jego uprawnień właścicielskich w gospodarce, w której zasadą jest brak aktywności państwa. RPO stwierdził w odwołaniu, że „Podczas gdy prawo antymonopolowe odwołuje się do pojęcia «dominującej pozycji rynkowej» danego podmiotu to termin koncentracji własności mediów związany jest z «dominującą pozycją opiniotwórczą» firmy medialnej”<sup>13</sup>. Rzecznik przywołał również treść Rezolucji Parlamentu Europejskiego z dnia 25 września 2008 r., w której stwierdzono, że „prawo konkurencji musi być ściśle powiązane z prawem w zakresie mediów, aby zapewnić dostępność, konkurencję i dobrą jakość oraz uniknąć konfliktów między koncentracją własności mediów a władzami politycznymi, z uwagi na to, że konflikty te szkodzą wolnej konkurencji, równym regułom gry i pluralizmowi”<sup>14</sup>, a także, że „podejmując decyzje, krajowe urzędy regulacji muszą zawsze dążyć do równowagi między swymi obowiązkami a wolnością wypowiedzi, której ochrona w ostatniej instancji należy do właściwości sądów”<sup>15</sup>. Przechodząc do konkluzji swoich rozważań, RPO stwierdził, że ponieważ koncentracja własności mediów nie została osobno uregulowana w polskim prawie, postanowienia ww. rezolucji powinny zostać wdrożone przez praktykę stosowania przepisów przez Prezesa UOKiK, na co pozwala szerokie zbadanie zaistnienia istotnego ograniczenia konkurencji<sup>16</sup>. Chociaż RPO zaznaczył w Odwołaniu, że pluralizm mediów nie jest absolutną wartością, zdaje się on jednak sugerować, że organ antymonopolowy powinien brać tę wartość pod uwagę w procesie oceny planowanych koncentracji<sup>17</sup>.

### III. Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalający odwołanie Rzecznika Praw Obywatelskich

Rozpatrując sprawę SOKiK, 8 kwietnia 2021 r. wydał postanowienie, na podstawie którego wstrzymał wykonanie zaskarżonej decyzji do czasu rozstrzygnięcia sprawy<sup>18</sup>, a następnie 7 czerwca 2022 r. wydał wyrok, w którym oddalił odwołanie RPO<sup>19</sup>.

<sup>11</sup> Odwołanie Rzecznika Praw Obywatelskich, op. cit., s. 11–12.

<sup>12</sup> Odwołanie Rzecznika Praw Obywatelskich, op. cit., s. 13–14.

<sup>13</sup> Odwołanie Rzecznika Praw Obywatelskich, op. cit., s. 17–18.

<sup>14</sup> Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 25 września 2008 r. w sprawie koncentracji i pluralizmu mediów w Unii Europejskiej 2008/2011 (INI) (2010/C 8 E/16), pkt 5.

<sup>15</sup> Ibidem, pkt 6.

<sup>16</sup> Odwołanie Rzecznika Praw Obywatelskich, op. cit., s. 19.

<sup>17</sup> Odwołanie Rzecznika Praw Obywatelskich, op. cit., s. 21.

<sup>18</sup> Postanowienie SOKiK z dnia 8 kwietnia 2021 r., sygn. akt XVII Amo 43/21.

<sup>19</sup> Wyr. SOKiK z dnia 7 czerwca 2022 r., sygn. akt XVII Amo 43/21.



W uzasadnieniu ww. wyroku SOKiK odniósł się do zarzutów podniesionych przez Rzecznika. Jeżeli chodzi o definicję „rynku właściwego produktowo”, Sąd uznał, że stanowisko RPO, zgodnie z którym rynek ten należałoby zdefiniować jako rynek środków społecznego przekazu, nie jest uzasadnione. SOKiK stwierdził, że taka definicja obejmowałaby zbyt wiele elementów, które nie mają wobec siebie charakteru substytucyjnego. Tym samym jej przyjęcie nie spełniałoby wymogów przepisu ustawy antymonopolowej zawierającego definicję legalną pojęcia „rynku właściwego”.

Następnie SOKiK przedstawił rozważania w zakresie kryteriów oceny koncentracji przez Prezesa UOKiK, odwołując się do treści przepisu art. 18 uokik, zgodnie z którym organ antymonopolowy wydaje zgodę na dokonanie koncentracji, w wyniku której konkurencja na rynku nie zostanie istotnie ograniczona, w szczególności poprzez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku. Sąd stwierdził jednocześnie, że „ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie zawiera podstawy prawnej do oceny zgłaszanej koncentracji pod kątem spełniania przesłanki ograniczenia wolności prasy i innych środków społecznego przekazu, oraz badania, czy w wyniku koncentracji nie dojdzie do niedopuszczalnego ograniczenia wolności prasy i innych środków masowego przekazu, a w konsekwencji także do naruszenia wolności wyrażania poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji”. Sąd stwierdził, że biorąc pod uwagę przepis art. 1 uokik określający zakres zastosowania ustawy antymonopolowej, a także przepis art. 31 uokik, w którym określone zostały zadania, zakres działań i kompetencje Prezesa UOKiK, polska ustawa antymonopolowa nie pozwala na stwierdzenie, że w ramach przeprowadzanej oceny, organ antymonopolowy powinien wziąć pod uwagę kryterium podstawowych funkcji prasy (art. 14 Konstytucji RP) oraz wspierania pluralizmu prasy (art. 1 prawa prasowego). Tym samym Sąd nie uznał za uzasadniony zarzut RPO, że organ antymonopolowy nie podjął próby zbadania wpływu planowanej koncentracji na rynek wolnego słowa, prawa do rzetelnej informacji, jawności życia publicznego oraz kontroli i krytyki społecznej. Idąc dalej, SOKiK stwierdził, że uwzględnienie postulowanych w Odwołaniu przesłanek oceny antymonopolowej „byłoby działaniem pozbawionym podstawy prawnej i pozostającym poza granicami prawa”. Jednocześnie Sąd ocenił wpływ takiego działania na kwestie pewności prawa, zwracając uwagę, że „uniemożliwiłoby przedsiębiorcom planującym koncentrację, wstępną analizę, czy w świetle przepisów obowiązującego prawa istnieją szanse na jej zrealizowanie”.

Co do zarzutu RPO dotyczącego tego, że Prezes UOKiK nie zbadał wpływu na konkurencję faktu, że w jednym z uczestników koncentracji jest podmiot zależny od Skarbu Państwa, Sąd uznał, że struktura właścicielska nie stanowi kryterium oceny koncentracji w oparciu o polską ustawę antymonopolową. W odwołaniu RPO odwołał się również do art. 20 Konstytucji RP, twierdząc, że wydając zaskarżoną decyzję, Prezes UOKiK nie wziął pod uwagę zasady społecznej gospodarki rynkowej. Odnosząc się do tego zarzutu, Sąd stwierdził, że do kompetencji organy antymonopolowego nie należy badanie czy w wyniku planowanej koncentracji nastąpi zwiększenie stopnia ingerencji państwa w gospodarkę.

#### IV. Komentarz

Stanowisko Rzecznika Prawo Obywatelskich wyrażone w odwołaniu należy rozumieć w ten sposób, że postuluje on, aby prawo antymonopolowe nie służyło wyłącznie ochronie dobrobytu konsumentów (*consumer welfare*) rozumianego jako polepszenie ich sytuacji ekonomicznej

spowodowane niższymi cenami towarów i usług. RPO sugeruje raczej, że dokonując oceny planowanej koncentracji, organ antymonopolowy powinien wziąć również pod uwagę jej wpływ na inne wartości, takie jak, w przypadku omawianej sprawy, wolność słowa, prawa do rzetelnej informacji, prawa do jawności życia publicznego oraz kontroli i krytyki społecznej. Stanowisko Rzecznika wpisuje się tym samym w szerszy trend postulujący włączenie w ramy oceny antymonopolowej wartości pozaekonomicznych takich m.in., jak ochrona środowiska lub dążenie do pełnego zatrudnienia. W rezultacie takiego podejścia organ antymonopolowy miałby nie tylko chronić panującą na rynku konkurencję, lecz także, poprzez odpowiednie kształtowanie prowadzonej przez niego polityki konkurencji, wspierać również inne rodzaje polityki. Postulaty te nie są jednak powszechnie akceptowane i stanowią przedmiot krytyki części doktryny prawa antymonopolowego. Jednocześnie należy rozróżnić dyskusję na temat tego czy prawo antymonopolowe powinno stanowić systemowe narzędzie wykorzystywane do wspierania wartości pozaekonomicznych od rozważań na temat aktualnie obowiązujących przepisów prawa unijnego i polskiego mających na celu ustalenie czy w obecnym stanie prawnym dopuszczalne czy nawet wskazane jest uwzględnienie tych wartości w procesie stosowania prawa antymonopolowego przez unijne i krajowe organy i sądy. W dalszej części glosy chciałbym się skupić na drugim ze ww. zagadnień, pomijając przy tym kwestie słuszności uwzględnienia wartości pozaekonomicznych przy ocenie antymonopolowej.

Dyskusja dotycząca tego czy i w jakim zakresie wartości inne niż dobrobyt konsumentów powinny być uwzględniane przez organ, odnosi się do wszystkich obszarów prawa antymonopolowego, tj. zarówno porozumień ograniczających konkurencję, nadużywania pozycji dominującej, jak i nadzoru nad koncentracjami. Zgodnie z przepisem art. 7 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej<sup>20</sup> (dalej: TFUE), „Unia zapewnia spójność poszczególnych polityk i działań, uwzględniając wszystkie swoje cele i zgodnie z zasadą przyznania kompetencji”. Powyższy przepis dotyczy wszystkich polityk UE, w tym polityki konkurencji. W konsekwencji należy stwierdzić, że na gruncie przepisów prawa unijnego polityka konkurencji nie może być sprzeczna z innymi politykami. Ustawodawca unijny otwiera tym samym możliwość, a nawet nakazuje państwom członkowskim takie kształtowanie polityki konkurencji, które wspierałoby również pozostałe cele Unii, takie jak m.in. dążenie do pełnego zatrudnienia (art. 9 TFUE) lub wspieranie zrównoważonego rozwoju (art. 11 TFUE). Takim celem może być również ochrona pluralizmu mediów. Ponieważ kształtowanie polityki konkurencji odbywa się nie tylko poprzez proces uchwalania odpowiednich aktów prawnych, lecz także ich stosowania, adresatami powyższego wymogu są ustawodawcy państw członkowskich, ale również organy stosujące prawo, w tym Prezes UOKiK (Drab-Kurowska, 2014, s. 42).

W przepisie art. 21 ust. 3 kluczowego dla obszaru nadzoru nad koncentracjami, rozporządzenia nr 139/2004, wskazano, że „(...) Państwa Członkowskie mogą podjąć właściwe środki w celu ochrony uzasadnionych interesów innych niż te, które brane są pod uwagę w niniejszym rozporządzeniu, oraz są zgodne z ogólnymi zasadami i innymi przepisami prawa wspólnotowego”<sup>21</sup>. Należy uznać, że jako taki „uzasadniony interes” można uznać m.in. pluralizm mediów (Majcher, 2021, s. 8).

<sup>20</sup> Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE26.10.2012, OJ C 326/49).

<sup>21</sup> Rozporządzenie Rady (WE) Nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (2004, Dz. U. L24/1, art. 21 ust. 4).

W tym miejscu warto zastanowić się czy Prezes UOKiK miał podstawy do zablokowania planowanej przez przedsiębiorców koncentracji w oparciu o nieekonomiczne przesłanki zagrożenia pluralizmu mediów. W procesie stosowania prawa, organ antymonopolowy korzysta z nadanych mu kompetencji i dostępnych narzędzi. Z wydanej przez Prezesa UOKiK decyzji wynika, że w przedmiotowej sprawie przeprowadził on bardzo standardowe badania przedmiotowej sprawy. Po wyznaczeniu rynku właściwego, analizie siły rynkowej działających na nich przedsiębiorców uznał, że konkurencja nie zostanie w istotny sposób ograniczona, a w konsekwencji nie ma podstaw do wydania decyzji innej niż bezwarunkowo pozwalającej na przeprowadzenie transakcji. W doktrynie prawa antymonopolowego zwraca się jednak uwagę, że standardowa analiza ekonomiczna niekoniecznie sprawdza się w przypadku rynku mediów, pomija ona bowiem kluczowe dla niego wartości, w tym przede wszystkim pluralizm (Jurczyk, 2005, s. 132).

W swoim odwołaniu Rzecznik wskazuje na błędną definicję „rynku właściwego” przyjętą przez organ antymonopolowy, skutkującą błędną, zdaniem RPO, konkluzją, że koncentracja nie wywiera wpływu w układzie horyzontalnym z uwagi na brak rynków wspólnych dla uczestników koncentracji. W tym miejscu warto przypomnieć, że chociaż działalność PKN Orlen koncentruje się na przemyśle naftowym i petrochemicznym, to prowadzi również hurtową i detaliczną sprzedaż prasy (za pośrednictwem sklepów stanowiących część stacji paliw oraz Ruch S.A.), natomiast działalność Polska Press polega na wydawaniu prasy i serwisów internetowych, sprzedaży powierzchni reklamowej oraz świadczeniu usług poligraficznych. Zdaniem Rzecznika, wspólny dla uczestników koncentracji rynek właściwy powinien zostać zdefiniowany jako „rynek środków społecznego przekazu”. Następnie zaś zwraca on uwagę, że na tak zdefiniowanym rynku właściwym produktowo działalność prowadzą podmioty, które, podobnie jak PKN Orlen, są całkowicie zależne od Skarbu Państwa (m.in. Polska Agencja Prasowa oraz Telewizja Polska). Odnosząc się do tak postawionego argumentu, Sąd zwrócił uwagę, że zaproponowana definicja byłaby zbyt szeroka, obejmowałaby bowiem swoim zakresem zbyt wiele elementów.

Analizując zarzut RPO, należy rozważyć dwie kwestie. Po pierwsze, czy zaproponowana przez niego definicja „rynku właściwego produktowo” byłaby zgodna z metodologią wyznaczania rynku właściwego na potrzeby oceny antymonopolowej. Po drugie, czy dokonując analizy siły rynkowej, organ antymonopolowy powinien wziąć pod uwagę również innych przedsiębiorców, nad którymi kontrolę sprawuje Skarb Państwa.

Zgodnie z definicją legalną „rynku właściwego” zawarta została w art. 4 pkt 9 uokik, pojęcie to oznacza „rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji”. Jednocześnie prawidłowa metodologia wyznaczania rynku właściwego prowadzi do wskazania jak największego rynku, na którym konkurują produkty substytucyjne. Można argumentować, że w dobie globalizacji i coraz szerszego dostępu do różnych źródeł informacji coraz więcej środków przekazu traktowanych jest przez konsumentów jako substytuty. Taki wniosek prowadziłby tym samym do szerszej definicji „rynku właściwego produktowo”.

W kwestii działalności na rynku innych przedsiębiorców kontrolowanych przez Skarb Państwa, należy stwierdzić, że chociaż na gruncie przepisów prawa antymonopolowego, Skarb Państwa

nie jest traktowany jako przedsiębiorca, to naiwnością byłoby twierdzenie, że tego typu struktura własnościowa nie ma wpływu na działalność spółek, w których Skarb Państwa sprawuje kontrolę (Banasiński i Rojszczak, 2021, s. 437). Formalnie jednak trudno byłoby uzasadnić Prezesowi UOKiK zablokowanie transakcji w oparciu o tak postawiony argument.

W mojej ocenie najbardziej interesującym zagadnieniem w przedmiotowej sprawie jest czy przy dokonywaniu oceny antymonopolowej Prezes UOKiK miał prawo wziąć pod uwagę wartość, jaką jest pluralizm środków przekazu, a którą potencjalnie mogła naruszać planowana koncentracja.

Przepisy polskiej ustawy antymonopolowej wskazują, że ocena planowanej transakcji uzależniona jest od wpływu, jaki wywołuje ona na konkurencję, tj. od tego czy w wyniku jej przeprowadzenia konkurencja rynkowa zostanie istotnie ograniczona, czy też nie. Powyższe dotyczy oczywiście decyzji wyrażającej zgodę (art. 18 uokik) i zakazującej koncentracji (art. 20 uokik), ale również decyzji warunkowej, w przypadku której koncentracja pierwotnie antykonkurencyjna w wyniku spełnienia określonych warunków nie będzie powodowała istotnego ograniczenia konkurencji (art. 19 uokik).

Polski ustawodawca przewiduje jednocześnie, że na podstawie przepisu art. 20 ust. 2 uokik Prezes UOKiK ma możliwość wydania zgody na planowaną koncentrację pomimo jej negatywnego wpływu na konkurencję, w przypadku gdy jest to uzasadnione, w szczególności gdy transakcja przyczyni się do rozwoju ekonomicznego lub postępu technicznego lub gdy może ona wywrzeć pozytywny wpływ na gospodarkę narodową. Należy stwierdzić, że ww. przesłanki wydania zgody nadzwyczajnej nie mają charakteru ekonomicznego w tym sensie, że nie prowadzą one do powiększenia dobrobytu konsumentów. Jednocześnie katalog przesłanek ma charakter otwarty („w szczególności”). Oznacza to, że zgoda na przeprowadzenie koncentracji może zostać również wydana, gdy mimo istotnego ograniczenia konkurencji, transakcja prowadzi do innego rodzaju pozytywnych zjawisk, np. poprawienia stanu obronności państwa, bezpieczeństwa energetycznego czy właśnie pluralizmu środków przekazu (Skoczny, 2014, komentarz do art. 20 uokik). Główną cechą ww. typu decyzji jest to, że stanowi ona wyjątek od reguły, tj. od zakazu dokonywania koncentracji mogących spowodować istotne ograniczenie konkurencji. Ustawodawca przewidział jednak, że tego typu szczególna decyzja uzasadniona pozaekonomicznymi przesłankami może uzasadniać jedynie akceptację potencjalnie antykonkurencyjnej koncentracji. Ani przepis art. 20, ani którykolwiek inny zawarty w polskiej ustawie antymonopolowej nie przewidują sytuacji odwrotnej, tj. zakazu koncentracji w oparciu o przesłanki pozaekonomiczne, pomimo braku wywołania przez nią istotnego ograniczenia konkurencji.

## V. Wnioski

Wydaje się, że na gruncie prawa unijnego uwzględnienie kryteriów pozaekonomicznych jest nie tylko dozwolone, lecz także, w określonych przypadkach, wymagane (głównie z uwagi na konieczność zapewnienia spójności polityki konkurencji z pozostałymi politykami unijnymi). Treść przepisów uokik wskazuje jednak, że na ich gruncie nie było możliwe zablokowanie planowanej koncentracji, przyjmując za bezpośrednie kryterium oceny poziom pluralizmu mediów, podobnie jak nie byłoby to możliwe w oparciu o przesłanki inne niż ograniczenie konkurencji. Jednocześnie można zastanowić się dlaczego ustawodawca, przewidując możliwość uwzględnienia przesłanek

pozaekonomicznych przy wydawaniu decyzji w sprawa dotyczących koncentracji, umożliwił uzasadnienie nimi jedynie wydania zgody, ale już nie zakazu przeprowadzenia koncentracji.

Sprawa PKN Orlen/Polska Press może stanowić interesujący punkt wyjścia dla szerszej dyskusji na temat uwzględnienia celów pozaekonomicznych w procesie stosowania prawa antymonopolowego. Podejście takie na pewno niesie ze sobą ryzyko. Przede wszystkim chodzi tutaj o słusznie podniesioną przez SOKiK w wydanym wyroku kwestię zapewnienia przedsiębiorcom odpowiedniego poziomu pewności prawnej, a także potencjalnego „ważenia celów” w przypadku sytuacji, kiedy organ antymonopolowy musiałby zdecydować, który z nich ma charakter nadrzędny. Należy jednak podkreślić, że ustawodawcy i organy antymonopolowe państw członkowskich nie działają w próżni i zdaje się, że przy kreowaniu polityki konkurencji powinny brać pod uwagę (i do pewnego stopnia już biorą) w jaki sposób ich działalność wpływa na wartości inne niż konkurencja rynkowa.

## Bibliografia

- Banasiński, C. i Rojszczak, M. (2021). The role of competition authorities in protecting freedom of speech: the PKN Orlen/Polska Press case. *European Competition Journal*, 18(2), 424–457. <https://doi.org/10.1080/17441056.2021.2003999>
- Drab-Kurowska, A. (2014). Kształtowanie polityki konkurencji w polskiej gospodarce – aspekty teoretyczne i praktyczne. *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego, Ekonomiczne Problemy Usług*, 1(112). *Nowa Gospodarka – spojrzenie interdyscyplinarne*.
- Jurczyk, Z. (2005). Procesy koncentracji i monopolizacji na rynku prasy regionalnej w Polsce. *Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu*, (405).
- Majcher, K. (2021). Media Pluralism and Independence in Poland: Legal Assessments of the Agora/Eurozet and PKN Orlen/Polska Press Transactions. *Forthcoming in Journal of European Competition Law & Practice*. Pozyskano z: <https://ssrn.com/abstract=3986080>. <http://doi.org/10.2139/ssrn.3986080>.
- Skoczny, T. (red.). (2014). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: CH BECK/ Legalis.

## Problematyka *killer acquisitions* w świetle wyroku w sprawie *Illumina/Grail* przeciwko Komisji Europejskiej

### Spis treści

- I. Wstęp – problematyka *killer acquisitions*
- II. Mechanizm odesłań z art. 22 rozporządzenia 139/2004
- III. Transakcja *Illumina/Grail*
- IV. Skarga *Illuminy*
- V. Ocena Sądu Pierwszej Instancji
- VI. Wnioski

### Streszczenie

Artykuł porusza problematykę tzw. zabójczych przejęć w świetle orzeczenia *Illumina/Grail v. Komisji*. Autorzy artykułu wyjaśniają na czym polegają trudności związane z tzw. zabójczymi przejęciami (przede wszystkim w kontekście wydanego wyroku), opisują stan faktyczny analizowanej sprawy, przedstawiają najistotniejsze założenia nowych wytycznych Komisji Europejskiej w przedmiocie stosowania art. 22 rozporządzenia 139/2004, a także przedstawiają swoje krytyczne uwagi odnośnie do orzeczenia zapadłego w sprawie *Illumina/Grail v. Komisji*. Celem artykułu jest zwrócenie uwagi na problematykę tzw. zabójczych przejęć w świetle nowego podejścia Komisji Europejskiej i na potencjalne problemy, które przedsiębiorcy mogą napotkać w tym zakresie.

**Słowa kluczowe:** art. 22 rozporządzenia 139/2004; *Grail*, *Illumina*, kontrola koncentracji; pewność prawa; rynek wewnętrzny; „zabójcze przejęcie”.

**JEL:** K21

### I. Wstęp – problematyka *killer acquisitions*

Ryzyko tzw. *killer acquisitions* (dalej: zabójcze przejęcie) jest jedną z najczęściej dyskutowanych w ostatnim czasie teorii szkód w sprawach z zakresu kontroli koncentracji. Najczęściej polega na nabywaniu przez kupującego nowopowstałego (start-up) albo jeszcze powstającego konkurenta (z potencjałem), aby zakończyć (lub przejąć) prowadzone przez niego badania nad innowacyjnym projektem, albo prace wdrożeniowe nad powstałym innowacyjnym rozwiązaniem, które mogłyby takiemu konkurentowi zapewnić w przyszłości istotną przewagę konkurencyjną nad kupującym

\* Adwokat, counsel w kancelarii NGL Wiater sp. k. specjalizujący się w prawie konkurencji i konsumenckim; e-mail: damian.kopera@ngllegal.com

\*\* Prawnik w kancelarii prawnej Sołtysiński Kawecki & Szlęzak w zespole prawa konkurencji; aplikant III roku aplikacji radcowskiej, wpisany na listę Okręgowej Izby Radców Prawnych w Warszawie; e-mail: filip.wilinski@skslegal.pl

(Cunningham, Ederer i Ma, 2021). Tego typu „zabójcze przejęcie” może zatem służyć wyeliminowaniu ryzyka pojawienia się w przyszłości istotnej konkurencji ze strony spółki, którą kupujący postanawia nabyć. Szkodliwość skutków „zabójczego przejęcia” jest oczywista. Prowadzić ono może do zahamowania rozwoju innowacyjności na danym rynku, a także do zmniejszenia wyboru dostępnych towarów lub usług dla konsumenta.

„Zabójcze przejęcie” może być szczególnie problematyczne dla organów antymonopolowych w sprawach transakcji z sektorów cyfrowego oraz farmaceutycznego. Mogą bowiem zdarzyć się sytuacje, gdy organy państwowe<sup>1</sup> czy ponadpaństwowe (np. Komisja Europejska; dalej: KE) nie będą posiadały wystarczających instrumentów, które pozwolą na prawnokonkurencyjną analizę danej transakcji przed jej dokonaniem. Stanie się tak, gdy kryteria zgłoszeniowe do organu państwowego lub ponadpaństwowego nie zostaną spełnione. Istniejąca luka w systemach kontroli koncentracji została dostrzeżona jakiś czas temu. Aby ją wypełnić, część państw zdecydowało się zmienić obowiązujące progi zgłoszeniowe, dodając obok innych (najczęściej obrotowych) próg wartości transakcji, którego przekroczenie prowadzi do powstania obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji w tym państwie<sup>2</sup>. KE<sup>3</sup> z kolei wypełniła wskazaną lukę, wprowadzając zmiany w zakresie sposobu stosowania art. 22 rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. UE L 024, 29/01/2004 P. 0001 - 0022; dalej: rozporządzenie 139/2004). Na kanwie tej zmiany pojawiło się kilka antymonopolowych wątków sprawy głośnego przejęcia przez *Illumina, Inc.* spółki *Grail LLC* (dalej: sprawa *Illumina/Grail*). Jeden z aspektów tej transakcji dotyczył prawnej możliwości odesłania sprawy *Illumina/Grail* do KE w oparciu o mechanizm przewidziany w art. 22 rozporządzenia 139/2004. W tym przedmiocie wypowiedział się ostatnio unijny Sąd Pierwszej Instancji (*General Court*; dalej: SPI)<sup>4</sup>. Tego właśnie orzeczenia w kontekście możliwości zastosowania mechanizmu odesłania z art. 22 rozporządzenia 139/2004 dotyczy poniższy artykuł.

## II. Mechanizm odesłań z art. 22 rozporządzenia 139/2004

Art. 22 rozporządzenia 139/2004 przewiduje, że jedno lub więcej państw członkowskich może złożyć do KE wnioski o zbadanie wszelkiej koncentracji, która nie ma wymiaru wspólnotowego w rozumieniu rozporządzenia, ale ma wpływ na handel pomiędzy państwami członkowskimi oraz zagraża w sposób znaczący konkurencji na terytorium państwa członkowskiego lub państw składających wnioski.

Dotychczas KE stosowała zasadę, w myśl której koncentracje niespełniające progów krajowych co do zasady nie powinny wywierać znacznego wpływu na wspólny rynek i w tym zakresie nie zachęcała państw członkowskich do składania wniosków na podstawie art. 22 rozporządzenia 139/2004<sup>5</sup>. Podejście KE do oceny takich transakcji uległo oficjalnie zmianie wraz z publikacją

<sup>1</sup> Np. niemiecki Bundeskartellamt nie był właściwy do oceny transakcji przejęcia spółki WhatsApp przez Facebook (wartość transakcji wyniosła ok. 19 miliardów dolarów) ze względu na nieprzekroczenie ówczesnych progów zgłoszeniowych określonych w niemieckiej odpowiedniczej ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów.

<sup>2</sup> Nowe kryteria zgłoszeniowe w postaci wartości transakcji wprowadziły np. Niemcy i Austria.

<sup>3</sup> Należy zwrócić uwagę, że KE rozważała zmianę progów notyfikacji, jednak zdecydowała się odrzucić tę możliwość (Commission Staff Working Document, Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control', 26.03.2021).

<sup>4</sup> Zob. wyr. SPI z dnia 13 lipca 2022 r. w sprawie T-227/21 *Illumina Inc. v. Komisja* (ECLI:EU:T:2022:447); dalej: Wyrok SPI.

<sup>5</sup> Zob. Wytyczne dotyczące stosowania mechanizmu odsyłania spraw przewidzianego w art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw w odniesieniu do określonych kategorii spraw (Dz. Urz. UE 2021/C 113/01), akapit 8.

w dniu 31 marca 2021 r. Wytycznych dotyczących stosowania mechanizmu odsyłania spraw przewidzianego w art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw w odniesieniu do określonych kategorii spraw (Dz. Urz. UE 2021/C 113/01; dalej: Wytyczne). W dokumencie tym wskazano, że na rynku w ostatnim czasie odnotowano stopniowy wzrost dokonywanych koncentracji z udziałem przedsiębiorstw, które odgrywają lub mogą przekształcić się w znaczącą konkurencję na rynku, mimo generowania niewielkich obrotów (lub niegenerowania ich w ogóle), w szczególności w sektorze cyfrowym i farmaceutycznym<sup>6</sup>. W odniesieniu do tych rynków KE zaznaczyła, że pewne transakcje nie były „uchwycone” przez organy antymonopolowe z uwagi na niespełnienie progów obrotowych, a pomimo to mogły mieć one istotny wpływ na rynek wewnętrzny UE<sup>7</sup>, np. w formie „zabójczego przejęcia”. Celem zapobiegnięcia takim sytuacjom w przyszłości, KE postanowiła wprowadzić mechanizm zachęcania państw członkowskich do składania wniosków o zbadanie tego rodzaju transakcji, w przypadku spełnienia przesłanek z art. 22 rozporządzenia 139/2004<sup>8</sup>.

KE wskazała w Wytycznych przykładowe sytuacje, do których art. 22 rozporządzenia 139/2004 może znaleźć zastosowanie. Katalog ten obejmuje sytuacje, gdy przedsiębiorstwo uczestniczące w koncentracji jest przykładowo start-upem lub nowym podmiotem o znacznym potencjale konkurencyjnym, który jeszcze nie opracował ani nie wdrożył modelu biznesowego generującego znaczne przychody (lub jest nadal w początkowej fazie wdrażania takiego modelu biznesowego) lub jest ważnym innowatorem, lub prowadzi potencjalnie istotne badania<sup>9</sup>. Zaznaczyła jednocześnie, że nowe podejście nie będzie ograniczone do konkretnego sektora gospodarki<sup>10</sup>. Każdorazowo decyzja będzie podejmowana w oparciu o wszelkie istotne okoliczności<sup>11</sup>.

KE zapowiedziała w Wytycznych współpracę z państwami członkowskimi mającą na celu uchwycenie transakcji, które mogą podlegać pod art. 22 rozporządzenia 139/2004<sup>12</sup>. Zachęciła także strony transakcji do zgłaszania ich do KE, w wyniku czego organ unijny będzie mógł ocenić czy do danej transakcji znajdzie zastosowanie art. 22 rozporządzenia 139/2004<sup>13</sup>. Jeśli KE otrzyma jednak informacje o koncentracji, co do której uzna, że spełnia ona kryteria wskazane w art. 22 rozporządzenia 139/2004, może powiadomić państwo lub państwa członkowskie, których tego typu transakcja potencjalnie dotyczy oraz wezwać je do złożenia stosownego wniosku o odesłanie do KE, jednak decyzja o złożeniu wniosku zależy ma od uznania właściwych organów danego państwa członkowskiego<sup>14</sup>.

KE niezwłocznie poinformuje o możliwości złożenia wniosku o odesłanie, jednak nie doprowadzi to do powstania obowiązku stron transakcji do podjęcia jakichkolwiek zachowań w związku z jej dokonaniem<sup>15</sup>. Wniosek musi zostać złożony najpóźniej w ciągu 15 dni roboczych od daty powiadomienia danego państwa członkowskiego o takiej koncentracji w inny

<sup>6</sup> Zob. *ibidem*, akapit 9.

<sup>7</sup> Zob. *ibidem*, akapit 10.

<sup>8</sup> Zob. *ibidem*, akapit 11.

<sup>9</sup> Zob. *ibidem*, akapit 19.

<sup>10</sup> Zob. *ibidem*, akapit 20.

<sup>11</sup> Zob. *ibidem*, akapit 22.

<sup>12</sup> Zob. *ibidem*, akapit 23.

<sup>13</sup> Zob. *ibidem*, akapit 24.

<sup>14</sup> Zob. *ibidem*, akapit 26.

<sup>15</sup> Zob. *ibidem*, akapit 27.



sposób, w przypadku braku obowiązku zgłoszenia koncentracji, co ma oznaczać pozyskanie wystarczających informacji pozwalających na dokonanie wstępnej oceny co do spełnienia kryteriów istotnych z perspektywy oceny odesłania<sup>16</sup>. Na samym końcu Wytycznych przypomniano także o obowiązku *standstill* przewidzianym w art. 7 rozporządzenia 139/2004 (powstrzymania się od dokonania transakcji do momentu zakończenia postępowania w przedmiocie jej oceny przez KE), który przestaje obowiązywać, jeżeli KE zdecyduje, że nie będzie badać danej transakcji (koncentracji)<sup>17</sup>.

### III. Transakcja *Illumina/Grail*

Nowa interpretacja art. 22 rozporządzenia 139/2004 została zastosowana przez KE w sprawie *Illumina/Grail*. Illumina Inc. z siedzibą w Wilmington (USA) (dalej: Illumina) jest dostawcą systemów sekwencjonowania nowej generacji (NGS), wykorzystywanych w ramach analizy genetycznej i genomicznej. Zamiarem Illuminy było przejęcie wyłącznej kontroli nad Grail LLC, poprzednio Grail Inc. z siedzibą w Menlo Park w Kaliforni (dalej: Grail). Illumina w chwili zawierania dokumentów transakcyjnych posiadała już 14,5% udziałów w kapitale Grail. Działalność Grail polega na rozwijaniu nowoczesnych testów diagnostyki nowotworów na podstawie badania krwi.

W dniu 20 września 2020 r. Illumina i Grail zawarły ze sobą porozumienie, na podstawie którego Illumina miała przejąć wyłączną kontrolę nad Grail. O transakcji poinformowano w dniu 21 września 2020 r. w drodze komunikatu prasowego. Zamiar koncentracji nie został notyfikowany ani do KE, ani do żadnego innego organu antymonopolowego z państw UE (a nawet EOG) z uwagi na niespełnienie kryteriów zgłoszeniowych obowiązujących w tych jurysdykcjach. Grail w ogóle nie osiągał obrotów w państwach członkowskich UE.

O planowanej koncentracji KE dowiedziała się w dniu 7 grudnia 2020 roku. Po wstępnej analizie i konsultacjach, m.in. z niektórymi państwami członkowskimi, KE doszła do wniosku, że transakcja ta może wchodzić w zakres zastosowania art. 22 rozporządzenia 139/2004. W dniu 19 lutego 2021 r. KE poinformowała państwa członkowskie o planowanej koncentracji i działając na podstawie art. 22 ust. 5 rozporządzenia 139/2004, zaprosiła je do składania wniosków odesłanie sprawy. O fakcie tym Illumina i Grail zostały poinformowane przez KE w dniu 4 marca 2021 roku.

W dniu 9 marca 2021 r. francuski organ ochrony konkurencji złożył wniosek na podstawie art. 22 ust. 1 rozporządzenia 139/2004 do KE o zbadanie przedmiotowej koncentracji pod kątem jej zgodności z rynkiem wewnętrznym. Z kolei w dniu 11 marca 2021 r. KE poinformowała strony transakcji, że planowana koncentracja nie może zostać dokonana, gdyż zastosowanie mają art. 7 w zw. z art. 22 ust. 4 rozporządzenia 139/2004. (tzn. planowana transakcja podlega obowiązkowi *standstill*). Do wniosku o odesłanie sprawy przyłączyły się organy ochrony konkurencji z Belgii, Grecji, Islandii, Niderlandów i Norwegii. Illumina i Grail skierowały do KE swoje zastrzeżenia w przedmiocie zasadności złożenia wniosku o odesłanie sprawy. W międzyczasie, w dniu 31 marca 2021 r. KE opublikowała Wytyczne.

<sup>16</sup> Zob. *ibidem*, akapit 28.

<sup>17</sup> Zob. *ibidem*, akapit 31.

W dniu 19 kwietnia 2021 r. KE podjęła decyzję o przyjęciu wniosku o odesłanie na podstawie art. 22 ust. 1 rozporządzenia 139/2004, a także żądań ww. państw. W komunikacie prasowym dotyczącym wydanej decyzji KE uzasadniła przyjęcie wniosku tym, że znaczenie konkurencyjne Grail nie jest odzwierciedlone w obrotach spółki, tym bardziej że wartość transakcji wynosiła ok. 7,1 miliarda USD<sup>18</sup>. Zdaniem KE, przeprowadzenie transakcji mogłoby ograniczyć dostęp do sekwencerów i odczynników stosowanych w onkologii lub podnieść ich ceny ze szkodą dla konkurentów Grail. Zastrzeżenia KE co do zgodności planowanej transakcji z rynkiem wewnętrznym UE były na tyle poważne, że w dniu 22 lipca 2021 r. poinformowała ona o kontynuowaniu postępowania w ramach II fazy<sup>19</sup>.

W dniu 29 października 2021 r. KE poinformowała o zastosowaniu środków tymczasowych wobec transakcji, w ramach których m.in. Grail powinien pozostać podmiotem odrębnym od Illuminy do czasu zakończenia postępowania zarządzanym przez niezależną od niej kadrę<sup>20</sup>. Grail został również zobowiązany do aktywnej pracy nad alternatywami wobec transakcji, na wypadek uznania jej przez KE za niezgodną z rynkiem wewnętrznym.

KE wystosowała również szczegółowe uzasadnienie zarzutów w związku z wydaniem przez Illuminę komunikatu prasowego o przeprowadzeniu transakcji, mimo trwającego postępowania w przedmiocie oceny jej zgodności z rynkiem wewnętrznym<sup>21</sup>. Dokument ten został skierowany w związku ze wstępnym ustaleniem naruszenia obowiązku *standstill*.

#### IV. Skarga Illuminy

W dniu 28 kwietnia 2021 r. decyzja KE o przyjęciu wniosku o odesłanie sprawy na podstawie art. 22 rozporządzenia 139/2004 została zaskarżona przez Illuminę, której skargę poparł Grail. Skarżąca wniosła o uchylenie zaskarżonej decyzji i zasądzenie od KE kosztów postępowania. KE z kolei w odpowiedzi na skargę wniosła o jej oddalenie. Wyrok został wydany przez SPI w dniu 13 lipca 2022 roku.

W ramach pierwszego zarzutu Illumina podniosła, że KE nie posiadała kompetencji do wszczęcia postępowania w sprawie koncentracji na podstawie art. 22 rozporządzenia 139/2004, gdyż transakcja nie spełniała warunków pozwalających państwu członkowskiemu, które wystąpiło o jej odesłanie do KE, na zbadanie jej na podstawie krajowych przepisów dotyczących kontroli koncentracji<sup>22</sup>.

W ramach drugiego zarzutu Illumina wskazała, że wniosek o odesłanie jej koncentracji z Grail został złożony po terminie, a pomocniczo, że zwłoka KE w wysłaniu pism z zaproszeniem do składania wniosków o odesłanie sprawy narusza zasadę pewności prawa, a także prawa do dobrej administracji<sup>23</sup>.

<sup>18</sup> Komunikat KE z dnia 20.04.2021 r., *Daily News 20 / 04 / 2021*. Pozyskano z: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEX\\_21\\_1846](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEX_21_1846) (29.07.2022).

<sup>19</sup> Komunikat KE z dnia 22.07.2021 r., *Mergers: Commission opens in-depth investigation into proposed acquisition of GRAIL by Illumina*. Pozyskano z: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_21\\_3844](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_21_3844) (29.07.2022).

<sup>20</sup> Komunikat KE z dnia 29.10.2021 r., *Mergers: Commission adopts interim measures to prevent harm to competition following Illumina's early acquisition of GRAIL*. Pozyskano z: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_21\\_5661](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_5661) (29.07.2022).

<sup>21</sup> Komunikat KE z dnia 19.07.2022 r., *Mergers: Commission alleges Illumina and GRAIL breached EU merger rules by early implementation of their acquisition*. Pozyskano z: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_22\\_4604](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_4604) (29.07.2022).

<sup>22</sup> Zob. wyr. SPI, T-227/21 *Illumina Inc. v. Komisja*, akapit 84.

<sup>23</sup> Ibidem.

W ramach trzeciego zarzutu *Illumina* stwierdziła, że zaskarżona decyzja narusza zasady ochrony uzasadnionych oczekiwań oraz pewności prawa. W chwili zawierania transakcji, podejście KE do stosowania art. 22 rozporządzenia 139/2004 do transakcji niewchodzących w zakres krajowych jurysdykcji było inne (KE miała nie akceptować takich wniosków). Zdaniem skarżącej miało to znajdować potwierdzenie w oświadczeniu wiceprzewodniczącej KE z dnia 11 września 2020 r. (Szreder, 2021, s. 34), że tak pozostanie aż do publikacji zapowiadanych nowych wytycznych w połowie 2021 roku. Strony podniosły też, że Wytyczne zostały przyjęte już po wysłaniu zaproszeń do składania wniosków o odesłanie<sup>24</sup>.

## V. Ocena Sądu Pierwszej Instancji

Analizując pierwszy zarzut, SPI wyjaśnił, że zastosowanie art. 22 rozporządzenia 139/2004 jest uzależnione od kumulatywnego spełnienia czterech przesłanek:

- a) wniosek o odesłanie sprawy musi być złożony przez jedno lub więcej państw członkowskich;
- b) transakcja musi stanowić koncentrację w rozumieniu art. 3 rozporządzenia 139/2004, bez spełniania progów obrotowych określonych w art. 1 rozporządzenia 139/2004;
- c) koncentracja musi wpływać na handel między państwami członkowskimi;
- d) koncentracja musi znacząco zagrażać konkurencji na terytorium wnioskującego państwa członkowskiego<sup>25</sup>.

SPI, dokonując literalnej wykładni art. 22 rozporządzenia 139/2004, podkreślił, że w ramach tych przesłanek brakuje przesłanki posiadania przez państwo wnioskujące o odesłanie własnego systemu kontroli koncentracji oraz przesłanki stwierdzającej, że dana koncentracja musi spełniać kryteria przewidziane przez system prawny państwa składającego wniosek o odesłanie sprawy do KE<sup>26</sup>. Wskazał w tym zakresie, że obecny art. 22 rozporządzenia 139/2004 odnosi się do „wszelkiej koncentracji”, co sugeruje, że może on być stosowany do danej koncentracji niezależnie od istnienia w ogóle ani też zakresu krajowych reguł kontroli koncentracji w państwie wnioskującym o odesłanie, pod warunkiem spełnienia czterech, ww. przesłanek<sup>27</sup>. W ramach wykładni historycznej SPI uznał, że poprzedniczka rozporządzenia 139/2004, tj. rozporządzenie 4064/89<sup>28</sup> ustanawiające mechanizm odsyłania spraw analogiczny do obecnie wiążącego art. 22 rozporządzenia 139/2004 nie wyłączało państw posiadających własny system kontroli koncentracji od złożenia wniosku o odesłanie sprawy<sup>29</sup>. Przyjął on jednocześnie, że również wykładnia systemowa art. 22 rozporządzenia 139/2004 nie uzależnia przekazania sprawy od treści krajowych reguł kontroli koncentracji<sup>30</sup>. Wniosek ten wynika również z wykładni teleologicznej, gdyż celem mechanizmów odsyłania spraw jest realizacja funkcji korekcyjnej w ramach systemu kontroli koncentracji, opartego na progach obrotowych, który, jak się okazało, nie był w stanie objąć zakresem swojego oddziaływania wszystkich koncentracji mogących wywrzeć wpływ na

<sup>24</sup> Zob. wyr. SPI, T-227/21 *Illumina Inc. v. Komisja*, akapit 84.

<sup>25</sup> Zob. ibidem, akapit 89.

<sup>26</sup> Zob. ibidem, akapit 90.

<sup>27</sup> Zob. ibidem, akapit 91.

<sup>28</sup> Rozporządzenie Rady (EWG) nr 4064/89 z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. UE L 395, 30/12/1989 P. 0001–0012).

<sup>29</sup> Zob. wyr. SPI, T-227/21 *Illumina Inc. v. Komisja*, akapit 98.

<sup>30</sup> Zob. ibidem, akapit 139.

rynek wewnętrzny<sup>31</sup>. Art. 22 rozporządzenia 139/2004 ma zatem zapewniać większą elastyczność i pozwolić KE kontrolować koncentracje niespełniające właściwych progów, które mogą wywierać znaczny wpływ na rynek wewnętrzny<sup>32</sup>.

Zdaniem SPI, stosowanie art. 22 rozporządzenia 139/2004, niezależnie od krajowych progów zgłoszeniowych, jest zgodne z zasadą pomocniczości<sup>33</sup>. Pozwala ona, jak wynika z motywu 11 rozporządzenia 139/2004, aby art. 22 pełnił funkcję korekcyjną, chroniąc interesy państw członkowskich oraz, jak wskazano w motywie 14 rozporządzenia 139/2004, tak, aby sprawa została zbadana przez najbardziej właściwy do tego organ<sup>34</sup>. SPI nie podzielił również argumentów dotyczących naruszenia zasady proporcjonalności, ponieważ w jego ocenie art. 22 rozporządzenia 139/2004 wymienia cztery jasne i obiektywne kryteria, w przypadku spełnienia których przepis ten może znaleźć zastosowanie<sup>35</sup>. Powodować to ma, że KE nie posiada nieograniczonej kompetencji do badania wszystkich koncentracji, w związku z czym jej wykładnia art. 22 rozporządzenia 139/2004 nie wykracza poza to, co jest konieczne<sup>36</sup>.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia zasady pewności prawa, SPI wskazał, że działanie KE było właściwe, ponieważ wykładnia art. 22 rozporządzenia 139/2004 zakłada konieczność spełnienia jasnych i obiektywnych kryteriów w nim przewidzianych, aby móc złożyć wniosek o odesłanie do KE<sup>37</sup>. SPI podkreślił też, że *Illumina* i *Grail* nie wykazały, w jaki sposób pewność prawa miałyby ulec zwiększeniu, gdyby to przykładowo Księstwo Luksemburg (nie posiadające własnego systemu kontroli koncentracji) złożyło wniosek o odesłanie na podstawie art. 22 rozporządzenia 139/2004, a nie Republika Francji<sup>38</sup>.

W konsekwencji, SPI nie uwzględnił zarzutu pierwszego.

SPI nie podzielił także zarzutu drugiego, sprowadzającego się do stwierdzenia, że wniosek o odesłanie sprawy został złożony po terminie. W przypadku koncentracji niepodlegających zgłoszeniu na podstawie kryteriów zgłoszeniowych (zdecydowanie najczęściej obrotowych) termin na złożenie wniosku wynosi 15 dni roboczych od dnia „powiadomienia danego państwa członkowskiego w inny sposób”. Skarżąca wskazała, że o koncentracji organy antymonopolowe mogły powziąć wiedzę już choćby w dacie publikacji komunikatu prasowego o koncentracji (21 września 2020 roku). SPI przyjął jednak, że termin ten liczyć należy od aktywnego przekazania organowi takich informacji, które umożliwią ocenę zasadności złożenia wniosku (a nie powzięcia wiadomości o samym fakcie koncentracji), co oznaczać miało, że termin zaczął biec z dniem wystosowania przez KE zaproszenia do składania wniosków o odesłanie sprawy<sup>39</sup>. SPI zaznaczył, że taka interpretacja sprzyja zasadzie pewności prawa, gdyż pozwala na jasne wyznaczenie terminu, od którego zaczyna on biec i nie czyni go zależnym od niejasnych zdarzeń, jak np. publikacje doniesień medialnych<sup>40</sup>. W alternatywnej części zarzutu, SPI wskazał, że pomimo iż zaprosze-

<sup>31</sup> Zob. *ibidem*, akapit 142.

<sup>32</sup> Zob. *ibidem*, akapit 143.

<sup>33</sup> Zob. *ibidem*, akapit 165.

<sup>34</sup> *Ibidem*, akapit 165.

<sup>35</sup> Zob. *ibidem*, akapit 171.

<sup>36</sup> Zob. *ibidem*, akapit 171–172.

<sup>37</sup> Zob. *ibidem*, akapit 176 i 178.

<sup>38</sup> Zob. *ibidem*, akapit 175.

<sup>39</sup> Zob. *ibidem*, akapit 214.

<sup>40</sup> Zob. *ibidem*, akapit 207.

nie do składania wniosków o odesłanie sprawy zostało wysłane przez KE po dość długim czasie (po 47 dniach roboczych), to prawo do obrony nie zostało naruszone z uwagi na zapewnienie przez KE w toku postępowania administracyjnego prawa do bycia wysłuchanym<sup>41</sup>. Zarzut drugi został w konsekwencji przez SPI oddalony.

W ramach ustosunkowywania się do trzeciego zarzutu SPI odwołał się do utrwalonego obecnie orzecznictwa wspólnotowego, w myśl którego możliwość powoływania się na zasadę uzasadnionych oczekiwań zależy od pojawienia się precyzyjnych, bezwarunkowych i spójnych zapewnień ze strony uprawnionych instytucji UE<sup>42</sup>. SPI wskazał, że z dokumentów, na które powoływała się Illumina (zaproszenie do składania wniosków o odesłanie, skarżona decyzja) takie zapewnienie nie wynikało, ponieważ dokumenty te zawierały jedynie opis dawnej praktyki KE i nie istniały one w dacie zawarcia dokumentów transakcyjnych przez Illuminę oraz Grail, podmioty te nie mogły zatem mieć uzasadnionych oczekiwań co do ich treści<sup>43</sup>.

Przywoływane zawiadomienie o wysłaniu zaproszeń do złożenia wniosków o odesłanie sprawy do KE nie zawierało żadnych zapewnień, a jedynie podkreślało szeroki zakres uznaniowości, jakie posiada KE w zakresie polityki konkurencji oraz rozdział kompetencji między KE a państwami członkowskimi<sup>44</sup>. Natomiast, jeśli chodzi o zacytowane wystąpienie wiceprzewodniczącej KE podkreślono, że nie mogła ona formułować uzasadnionych oczekiwań, gdyż miało ono miejsce przed zawarciem dokumentów transakcyjnych przez spółki oraz nie odnosiło się do sprawy *Illumina/Grail*<sup>45</sup>. Z samego wystąpienia wynikało, że w przeszłości KE stosowała praktykę zniechęcania władz krajowych do kierowania do niej spraw, których nie były w stanie same zbadać, jednak praktyka ta nigdy nie miała na celu powstrzymania KE od zajmowania się sprawami, które mogłyby poważnie wpłynąć na konkurencję na rynku wewnętrznym<sup>46</sup>.

Dodatkowo ze względów, że planowana koncentracja mogła mieć znaczący wpływ na konkurencję na rynku wewnętrznym oraz że z tego powodu KE wysłała pismo wzywające do złożenia wniosków o odesłanie, przyjęła oraz zbadała je, zapowiedź zawarta w przemówieniu wiceprzewodniczącej i argumenty Illuminy dotyczące niezgodności z tą zapowiedzią musiały zostać odrzucone jako nieskuteczne<sup>47</sup>. Z analogicznych względów, w ocenie Sądu, należało odrzucić argument, że Wytyczne zostały przyjęte po wysłaniu zaproszeń do składania wniosków o odesłanie<sup>48</sup>.

Zdaniem SPI Illumina nie wykazała, że KE złożyła zapewnienie co do zmiany podejścia do koncentracji niewchodzących w zakres krajowych reguł kontroli koncentracji<sup>49</sup>. Zwrócono uwagę m.in. na Białą Księgę z 2014 r., w której wskazano, że art. 22 rozporządzenia 139/2004 ma zastosowanie do takich transakcji i że KE akceptowała takie wnioski w przeszłości<sup>50</sup>. Zarzut ten nie został przez SPI uwzględniony. W związku z nieuwzględnieniem żadnego z trzech powyższych zarzutów, skarga Illuminy została oddalona.

<sup>41</sup> Zob. *ibidem*, akapit 245.

<sup>42</sup> HGA i Inni przeciwko Komisji, C-630/11 P do C-633/11 P, EU:C:2013:387, akapit 132 i cytowane tam orzecznictwo.

<sup>43</sup> Zob. wyr. SPI, T-227/21 *Illumina Inc. v. Komisja*, akapit 257.

<sup>44</sup> Zob. *ibidem*, akapit 258–259.

<sup>45</sup> Zob. *ibidem*, akapit 260.

<sup>46</sup> Zob. *ibidem*, akapit 261.

<sup>47</sup> Zob. *ibidem*, akapit 262.

<sup>48</sup> *Ibidem*, akapit 262.

<sup>49</sup> Zob. *ibidem*, akapit 263.

<sup>50</sup> Zob. *ibidem*, akapit 263–264.

## VI. Wnioski

W ocenie Autorów absolutnie najważniejszą częścią dokonanej przez SPI interpretacji art. 22 rozporządzenia 139/2004 jest przeprowadzona wykładnia teleologiczna. SPI stwierdził, że celem rozporządzenia 139/2004 jest umożliwienie skutecznej kontroli wszystkich koncentracji mogących mieć istotny wpływ na strukturę konkurencji w UE. SPI wyjaśnił też, że wszystkie podstawy odesłania z art. 22 rozporządzenia 139/2004 stanowią instrument mający na celu wypełnienie luk powstałych w systemie kontroli koncentracji opartym głównie na kryterium obrotu. Regulacja ta tworzy zatem „mechanizm korygujący”, o którym mowa w motywie 11 rozporządzenia 139/2004 dający właściwemu organowi elastyczność niezbędną do osiągnięcia podstawowego celu systemów kontroli koncentracji, jakim jest kontrola planowanych koncentracji mogących znacząco zakłócić skuteczną konkurencję na danym rynku.

Jeśli wyrok SPI zostanie potwierdzony przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, a argumentacja w nim zawarta (która jest zdaniem Autorów w zdecydowanej większości spójna) to mechanizm z art. 22 rozporządzenia 139/2004, powinien skutecznie służyć zwalczaniu ryzyka tzw. zabójczych przejęć, zwłaszcza przejęć spółek osiągających w początkowej fazie niewielkie lub zerowe obroty. Mając na uwadze różnorodność systemów kontroli koncentracji w poszczególnych państwach członkowskich, należy uznać, że wykładnia przyjęta przez KE wydaje się jedyną interpretacją, która zapewnia niezbędne minimum pewności prawa oraz jednolite stosowanie art. 22 rozporządzenia 139/2004 w całej UE. Możliwość jej zastosowania nie zależy od krajowego prawa kontroli koncentracji i jego wykładni, a jedynie od spełnienia przesłanek zawartych w art. 22 rozporządzenia 139/2004.

Co ciekawe SPI uznając, że wniosek o odesłanie został złożony w terminie przewidzianym w art. 22 rozporządzenia 139/2004, jednocześnie dość ironicznie stwierdził, że KE czekała bardzo długo, zanim uruchomiła ten mechanizm. Konstatacja ta nie przyniosła skarżącej właściwie nic, gdyż SPI uznał, że czas, jaki KE potrzebowała na podjęcie działań nie pozbawił Illuminy możliwości realizacji swojego prawa do obrony. Jednakże z punktu widzenia praktycznego konstatacja ta może mieć znaczny wpływ na terminy transakcji. SPI nie wskazał bowiem w żaden sposób, jak zaadresować ryzyko odesłania sprawy ze znacznym opóźnieniem, a nawet po zamknięciu transakcji, co oznacza, że strony będą musiały rozważyć czy zamknąć transakcję, jeśli istnieje możliwość, że zostanie ona później odesłana do KE (w Wytycznych KE stwierdza jedynie, że zasadniczo nie uznano by odesłania sprawy za stosowne, jeżeli od dokonania koncentracji upłynęło więcej niż sześć miesięcy). Budzi to uzasadnione wątpliwości praktyczne.

Z punktu widzenia praktyków prawa konkurencji należy także wskazać, że wbrew temu, co stwierdził SPI, kryteria odesłania z art. 22 rozporządzenia 139/2004 nie są jasne, zwłaszcza dla stron planowanej transakcji. Bardzo szeroki zakres swobody, jaką dysponuje KE przy podejmowaniu decyzji o objęciu transakcji jej jurysdykcją może doprowadzić do tego, że często niezwykle trudno będzie wykluczyć ryzyko odesłania sprawy do KE na etapie przygotowywania się do transakcji.

Na koniec należy zważyć, że w sytuacjach, gdy w niektórych państwach członkowskich, które nie wystąpiły o odesłanie sprawy na podstawie art. 22 rozporządzenia 139/2004, gdyż spełnione

zostały krajowe przesłanki zgłoszeniowe, istnieje obecnie ryzyko, że dana transakcja zostanie skontrolowana zarówno przez KE, jak i przez państwa członkowskie.

Autorzy mają nadzieję, że wskazane mankamenty zostaną dostrzeżone szybko przez KE i odpowiednio zaadresowane.

## Bibliografia

- Cunningham, C., Ederer, F. i Ma, S. (2021). 'Killer Acquisitions'. *Journal of Political Economy*, 129(3), 649–702. Pozyskano z: <https://economics.sas.upenn.edu/system/files/2019-07/SSRN-id3241707.pdf>.
- Szreder, K.M. (2021). Kontrola w czasach zarazy – wyzwania dla kontroli koncentracji wynikające z pandemii koronawirusa z perspektywy europejskiej. *iKAR*, 1(10), 34.

## **Sprawozdanie z Kongresu Prawa Ochrony Konkurencji (podtytuł „Instytucje ochrony konkurencji – jak nam służą?”), Warszawa, 7–8 czerwca 2022 roku**

7 i 8 czerwca 2022 r. w Warszawie odbył się, zorganizowany przez Instytut Allerhanda, Kongres poświęcony instytucji polskiego prawa konkurencji. Pierwszego dnia uczestnicy Kongresu zostali zaproszeni do sali konferencyjnej budynku Varso w centrum Warszawy, drugiego zaś przenieśli się do sali konferencyjnej Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Celem wydarzenia była refleksja nad funkcjonowaniem instytucji polskiego prawa konkurencji na przestrzeni ostatnich lat. Tematami wystąpień uczestników (teoretyków i praktyków prawa konkurencji, przedstawicieli przedsiębiorców oraz administracji) były zagadnienia związane z egzekwowaniem norm prawa konkurencji. Organizatorzy oraz uczestnicy konferencji zastanawiali się nad rozwiązaniami (wymagającymi reformy instytucjonalnej oraz jej niewymagającymi), które mogłyby zwiększyć efektywność stosowania polskiego prawa konkurencji. Większość zarówno uczestników, jak i dyskutantów zgodziła się bowiem co do tego, że polskie instytucje ochrony konkurencji, szczególnie te związane z działalnością Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów cierpią na pewne braki.

Duża część panelistów kładła podczas Kongresu nacisk na nieproporcjonalnie istotną wagę, jaką Prezes UOKiK przykładał w ostatnich latach do zagadnień innych niż polityka antymonopolowa w tradycyjnym rozumieniu. W szczególności do innych niż tradycyjna polityka antymonopolowa zagadnień należy zaliczyć ochronę konsumentów przez praktykami wprowadzającymi w błąd oraz inne, dodawane Urzędowi w ostatnich latach kompetencje – np. przeciwdziałanie zatorom płatniczym czy kontrolę inwestycji zagranicznych w ramach tzw. ustawy o kontroli niektórych inwestycji.

Kongres został otworzony przez dr Wojciecha Rogowskiego, p.o. prezesa zarządu Instytutu Allerhanda, który przybliżył sylwetkę i dorobek patrona Instytutu i wynikające stąd kierunki podejmowanych działań na rzecz lepszej legislacji i konkurencyjności prawa. Następnie odczytano list Olgi Semeniuk, sekretarza stanu i Pełnomocnika Rządu ds. Małych i Średnich Przedsiębiorstw z Ministerstwa Rozwoju i Technologii, która podkreśliła, że konkurencja jest kluczowym elementem sprawnie funkcjonującej gospodarki, sprzyja rozwojowi przedsiębiorczości i innowacyjności oraz zapewnia rozwój gospodarczy. Pani Minister zauważyła, że wzmocnienie konkurencyjności polskich przedsiębiorstw oraz jednocześnie zapewnienie równych szans oraz otwartego i konkurencyjnego rynku jest sprawą najwyższej wagi, szczególnie gdy skutki pandemii i trwająca wojna w Ukrainie powodują, że przedsiębiorstwa działają w sytuacji dużej niepewności gospodarczej. Następnie uczestników Kongresu powitały prof. Małgorzata Podrecka, przedstawicielka Rady ds. Przedsiębiorczości przy Prezydencie RP oraz Joanna Affre, wiceprezes, Francusko-Polskiej Izby Gospodarczej. Obie uczestniczki zwróciły uwagę na konieczność refleksji nad zmianami mającymi na celu zwiększenie efektywności prawa konkurencji w Polsce.



Pierwsza, otwierająca sesja Kongresu dotyczyła modelu instytucji ochrony konkurencji z perspektywy porównawczej. Podczas referatu wprowadzającego dr Piotr Semeniuk uznał, że najbardziej palące problemy polskiego systemu ochrony konkurencji to: zbyt duży nacisk na ochronę praw konsumentów kosztem prawa ochrony konkurencji; brak spójnej wizji co do roli polityki konkurencji w ramach polityki gospodarczej państwa (zagadnienia, takie jak patriotyzm gospodarczy czy wspieranie polskich przedsiębiorców); zbyt mała liczba spraw antymonopolowych podejmowanych w ostatnich latach przez Prezesa UOKiK oraz malejący trend w tym zakresie (zwłaszcza w zakresie tzw. wykluczających nadużyć pozycji dominującej). W opinii dr Semeniuka większość spraw antymonopolowych jest prowadzona przez delegatury UOKiK (nie centralę), mimo że są to sprawy o zasięgu krajowym lub szerszym. Ponadto UOKiK wydaje bardzo mało decyzji w oparciu o art. 101 lub 102 TFUE (co oznacza, że prowadzi mało dużych spraw tzw. transgranicznych). Jednym z pomysłów na poprawę tego stanu rzeczy mogą być chociażby zmiany organizacyjne wewnątrz UOKiK, aby wzmocnić pion ochrony konkurencji, a w skrajnym wypadku wydzielenie całej antymonopolowej odnogi UOKiK do nowego organu, który byłby odpowiedzialny tylko za politykę antymonopolową. Do rozważenia – w celu wygenerowania większej liczby spraw – byłoby także przywrócenie modelu skargowego być może w takiej formie, że zarówno Prezes UOKiK (lub analogiczny organ), jak i prywatni skarżący (poszkodowani przedsiębiorcy) mogliby kierować skargi do organu kolegialnego (Komisji Konkurencji?) lub wyspecjalizowanego sądu.

Podczas wystąpień panelowych w ramach pierwszej sesji Kongresu prof. Maciej Bernatt zwrócił uwagę na otoczenie prawne, w którym funkcjonują systemy prawa konkurencji. Jego zdaniem jakakolwiek dyskusja o zmianie instytucjonalnej powinna uwzględniać aspekt niezależności organu konkurencji oraz sądów kontrolujących decyzje takiego organu. Prof. Bernatt podkreślił w tym kontekście, że w Polsce nie zaimplementowano wciąż dyrektywy ECN+. Z kolei Małgorzata Krasnodębska-Tomkiel stwierdziła, że obecny system instytucjonalny dotyczący funkcjonowania UOKiK ogranicza możliwość jego większej aktywności w obszarze ochrony konkurencji. W jej opinii wynika to ze słabej pozycji ustrojowej Prezesa UOKiK, coraz liczniejszych kompetencji UOKiK oraz zainteresowania polityków sprawami konsumenckimi jako nieingerującymi głębiej w sprawy spółek państwowych. W opinii byłej Prezes UOKiK, najważniejsze zmiany „na dziś” polegałyby na wprowadzeniu kadencji oraz uczciwego i transparentnego konkursu na stanowisko Prezesa UOKiK. Prof. Leszek Bosek skoncentrował z kolei swoją wypowiedź na wpływie zmian zachodzących w świecie (covid, wojna), czego konsekwencją jest poluzowanie dotychczasowych standardów antymonopolowych (związanych w szczególności z poluzowaniem norm dotyczących dozwolonej pomocy publicznej w sektorach, takich jak transport). Prof. Bosek radził dokonywać ewentualnych zmian w instytucjach antymonopolowych „metodą małych kroków”. Dr Dominik Wolski, podobnie jak prof. Bernatt, zwrócił uwagę na znaczenie niezależności organu ochrony konkurencji. W ocenie dr Wolskiego celem UOKiK jest zapewnienie właściwego funkcjonowania konkurencji na rynku, co niekoniecznie wiąże się z dużą liczbą decyzji. Dr Anna Laszczyk starała się pogodzić stanowiska dyskutantów, przypominając, że celem prawa ochrony konkurencji jest ostatecznie zapewnienie dobrobytu konsumentów. Stwierdziła jednakże, że liczba decyzji Prezesa UOKiK może nie jest doskonałym, ale jednak istotnym miernikiem skuteczności systemu ochrony konkurencji. W jej ocenie problemem dla biznesu jest to, że UOKiK jest prokuratorem i sądem, co faktycznie przenosi dyskusję na etap sądowy. Na koniec Bożena Damasiewicz z Fundacji „Pomysł

o Przyszłości” postulowała zmiany systemu ochrony konkurencji w Polsce, bez tego bowiem rozwój polskich firm nie jest możliwy. W jej ocenie Prezes UOKiK nie podejmuje się spraw z aspektem transnarodowym, a nie zawsze polskie firmy poszkodowane praktykami antykonkurencyjnymi mogą w tych sprawach liczyć na Komisję Europejską.

W drugiej sesji pierwszego dnia Kongresu uczestniczyli prof. Konrad Kohutek, dr Marek Woch (dyrektor generalny w Biurze Rzecznika MSP), Adam Jasser z Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych Uniwersytetu Warszawskiego, Paweł Dziekoński, (wiceprezes zarządu FAKRO), Katarzyna Racka z Kancelarii BWHS oraz Robert Podleś (prezes zarządu firmy COBI Moderator). Prof. Konrad Kohutek podczas referatu wprowadzającego zwrócił uwagę na ostatnie zmiany prawne mające wpływ na egzekwowanie polityki antymonopolowej. W szczególności podkreślił niedawne (1 czerwca 2022 r.) wejście w życie rozporządzenia nr 2022/720 w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (rozporządzenie dotyczy wyłączenia spod zakazu niektórych porozumień ograniczających konkurencję). W ocenie prof. Kohutka mali i średni przedsiębiorcy mogą mieć odtąd problemy w handlu internetowym w zakresie wymiany informacji w stosunkach wertykalnych. Potencjalnie zmiany spowodują zahamowanie rozwoju sprzedaży internetowej, wobec której rozporządzenie przewiduje bardziej restrykcyjne regulacje w stosunku do tradycyjnych form handlu. Dziać się tak będzie głównie za sprawą wzrostu kosztów dostosowania się do nowych regulacji prawnych, w szczególności tych dotyczących prawnej weryfikacji dotychczasowych form współpracy przedsiębiorców i ich zgodności z nowymi rozwiązaniami prawnymi.

Dyskusję w ramach drugiego panelu podczas pierwszego dnia konferencji rozpoczął Marek Woch, który przedstawił rolę Rzecznika Małych i Średnich Przedsiębiorców oraz jego aktywność w obszarze ochrony konkurencji. Ma to miejsce poprzez wstępowanie do postępowań, które dotyczą m.in. naruszenia wolnej konkurencji. Przykładem tego są sprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą dotyczące wyboru przez samorządy trybów przeprowadzania przetargów, niekonkurencyjnych zamiast konkurencyjnych. Inny rodzaj podjętych działań dotyczy relacji franczyzy i problemów przedsiębiorców związanych z wykonywaniem takich umów. Paweł Dziekoński wskazał z kolei na obecne uwarunkowania gospodarcze – homogenizację produktów, która powoduje, że najistotniejszym elementem konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami jest marketing i cena (przy bardzo niskich kosztach wytworzenia produktu). W jego opinii duże podmioty wchodzą na rynki, inwestując duże środki w marketing przy niskich kosztach wytworzenia produktu. W takim środowisku globalni konkurenci mają wysoką zdolność narzucania warunków cenowych na różnych rynkach, co istotnie negatywnie wpływa na sytuację polskich przedsiębiorstw aspirujących do ekspansji na inne rynki. Złe są również mierniki oceny prawnej wolnej konkurencji, które skupiają się na kosztach wytworzenia produktu/usługi. Dopiero porównanie kosztów całkowitych wdrożenia produktu na rynek pokazuje pełniejszy obraz sytuacji. Zdaniem Pawła Dziekońskiego celem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów powinna być realizacja polityki gospodarczej państwa, w szczególności poprzez chronienie krajowych przedsiębiorstw wobec często nieuczciwych praktyk zagranicznych podmiotów konkurencyjnych. Obecnie polscy przedsiębiorcy tracą miliardy złotych, ponieważ system ochrony antymonopolowej nie działa prawidłowo. Z oceną Pawła Dziekońskiego zgodził się Robert Podleś. podkreślił jednak, że czasami miękkie środki także mogą okazać się wystarczające. Zwrócił on uwagę na znaną mu z doświadczenia funkcjonowania jego

firmy praktykę duńskiego organu antymonopolowego, który w jednej ze spraw zastosował miękkie formy oddziaływania i w ten sposób wymusił zaprzestanie nadużywania pozycji dominującej przez podmiot duński. W jego ocenie w Polsce działalność organu antymonopolowego jest nadmiernie sformalizowana i organ ten niechętnie rozpatruje wnioski o wszczęcie postępowania. Podkreślił też wagę problemu certyfikacji na rynkach międzynarodowych, w tym chińskim. Ten ostatni jest chroniony przez różnego rodzaju wymogi certyfikacyjne, które praktycznie uniemożliwiają wejście na tamtejszy rynek. Katarzyna Racka zwróciła z kolei uwagę na problem uregulowania platform internetowych w rozporządzeniu wertykalnym, a także innych aktach prawnych, które zawierają m.in. obowiązki informacyjne nałożone na właścicieli platform wobec ich kontrahentów i konsumentów, tym samym odniosła się do referatu wprowadzającego prof. Kohutka. W ostatnim wystąpieniu Adam Jasser naświetlił problem paradygmatu dobrobytu konsumenta opartego obecnie głównie na dostępie do najtańszego produktu. Zaznaczył, że urząd antymonopolowy działa obecnie w oparciu o ochronę interesu publicznego (procesu konkurencji), a nie pojedynczych przedsiębiorców. W jego opinii efektywność urzędu powinna być mierzona poziomem wolnej konkurencji. Nie ma znaczenia ile urząd wydaje decyzji, wystarczające w takich sytuacjach są czasami tzw. wystąpienia miękkie. Rolą urzędu jest wspieranie konkurencji, a nie pomaganie przedsiębiorcom w osiągnięciu kluczowej roli na rynku międzynarodowym. To ostatnie może być co najwyżej wspomagane przez odpowiednie polityki rządowe. Urząd antymonopolowy powinien być rozliczany ze swoich działań – w im większym stopniu jest niezależny, tym więcej powinien wyjaśniać podmiotom zewnętrznym. Po wystąpieniach panelistów wywiązała się żywiołowa dyskusja, szczególnie pomiędzy Pawłem Dziekoński a Adamem Jasserem. Podczas gdy ten pierwszy domagał się od UOKiK większej aktywności mierzonej przede wszystkim liczbą podejmowanych spraw, ten drugi zasadniczo podkreślał rolę miękkich działań Urzędu i ryzyko nadmiernej interwencji.

Referat wprowadzający do trzeciej sesji, której tematem przewodnim było „Jak skuteczniej egzekwować prawa ochrony konkurencji?”, wygłosił prof. Paweł Podrecki z Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk. Pozostałymi panelistami byli Joanna Affre, Michał Czekaj (prezes zarządu firmy Dragon) oraz radca prawny Zbigniew Kiedacz. Prof. Podrecki wskazał na ogólne założenia dyrektywy ECN+ i problemy związane z jej implementacją do polskiego porządku prawnego, w tym na ujednoczenie sposobów funkcjonowania i procedowania organów antymonopolowych państw członkowskich, wprowadzenie wymogu kadencyjności organów urzędów antymonopolowych, co ma zapewnić większą efektywność tych instytucji w realizacji swoich zadań oraz na nowe (zaostżone) zasady stosowania sankcji za naruszenia prawa antymonopolowego. Podkreślił też, że dyrektywa ECN+ zakłada nowe uprawnienia dochodzeniowe organów konkurencji oraz zbyt szeroko określa krąg osób zobowiązanych do przekazywania organowi antymonopolowemu informacji.

Następnie mec. Affre uzupełniła listę problemów związanych z polskim projektem implementacji dyrektywy ECN+, a zwłaszcza nieefektywność rozwiązania w postaci przedstawiania przez organ antymonopolowy szczegółowego uzasadnienia zarzutów już na początku postępowania. Podkreśliła także, że dyrektywa ECN+ nie wprowadza żadnych ograniczeń dotyczących kar dla członków organów związków przedsiębiorstw. Może to w opinii mec. Affre doprowadzić do likwidacji wielu form współpracy pomiędzy przedsiębiorcami (pojawiają się bowiem głosy przedsiębiorców, że członkowie zarządu przedsiębiorstw będą zmuszeni zrezygnować z udziału w stowarzyszeniach branżowych, aby uniknąć ryzyka związanego z karami – w ten sposób „znikną stowarzyszenia

branżowe”). Michał Czekaj stwierdził, że należy pozytywnie ocenić wzmacnianie organu antymonopolowego, co może pomóc w lepszym egzekwowaniu przepisów. Dla średnich przedsiębiorców istotny jest m.in. wzrost poprzez eksport zagraniczny. W takiej sytuacji pojawia się często problem konkurencji cenowej, gdzie większe podmioty mogą różnicować cenę na poszczególnych rynkach europejskich i w ten sposób tworzyć bariery wejścia dla polskich przedsiębiorców. Innym ograniczeniem ekspansji na rynki zagraniczne jest problemem certyfikatów (zezwoleń) na rynkach państw „starej Unii”, w szczególności – niemieckim. Tego rodzaju wymogi certyfikacyjne są tworzone często oddolnie przez przedsiębiorców i konsumentów, ale także przez agencje związane z rządem. Przedsiębiorcy oczekują, że UOKiK sprawdzi podstawy funkcjonowania na rynku niemieckim certyfikatów z perspektywy prawa antymonopolowego. Zdaniem Michała Czekaja obszary działań UOKiK powinny zostać rozdzielone, aby instytucja ta działała efektywniej w obrębie ochrony konkurencji. Na koniec Zbigniew Kiedacz zaznaczył, że z jednej strony Komisja Europejska nie podejmuje wielu zgłaszanych jej spraw antymonopolowych, korzystając z przesłanki braku interesu unijnego. Z drugiej zaś – w Polsce UOKiK zajmuje się w bardzo niewielkim zakresie sprawami nadużywania pozycji dominującej. W ostatnich latach była to czasami jedna decyzja na rok, co oznacza, że *de facto* organ w tym zakresie „nie działa”. UOKiK w ostatnich latach zdaje się również coraz mniejszą wagę przykładać do danych statystycznych w rocznych sprawozdaniach. Tymczasem coraz więcej zawiadomień wpływa do Urzędu, a liczba postępowań wszczynanych spada. Podczas dyskusji panelowej prof. Podrecki zwrócił uwagę, że w sprawie wymogów certyfikacyjnych problemem może być skuteczność przepisów unijnych związanych ze swobodą przepływu towarów, a w szczególności zakazu stosowania ograniczeń równoważnych ograniczeniom ilościowych. W takiej sytuacji należałoby spróbować wymusić na Komisji podjęcie interwencji, ale to jest głównie zadanie dla rządu, nie zaś dla UOKiK.

Podczas drugiego dnia konferencji w salach UOKiK wygłoszono łącznie jedenaście referatów tematycznych. Głos zabrali m.in. prof. Włodzimierz Szpringer (referat pt. „Prawo konkurencji w gospodarce opartej na danych”), dr Paweł Neumann, prof. Jerzy Boehlke oraz mgr Piotr Wiśniewski (referat pt. „Uniwersalność reguł koncentracji rynku w kontekście wyboru strategii rozwoju przedsiębiorstwa”) oraz dr Katarzyna Wiese, która przybliżyła status prawny tzw. *no-poach-agreements*. Podczas drugiego dnia Kongresu głos zabrał też dr Sergii Shkliar, który przedstawił ewolucję ukraińskiego systemu ochrony konkurencji.

Poza możliwością wymiany spostrzeżeń, doświadczeń i pomysłów dotyczących polskiego systemu ochrony konkurencji, uczestnicy Kongresu podsumowali pewien etap rozwoju polskich instytucji ochrony konkurencji, który zdaje się wyczerpywać. System prawa antymonopolowego znajduje się obecnie na swoistym rozdrożu. Z jednej strony jest już dojrzały i okrzepły, z drugiej – musi sprostać wyzwaniom związanym ze zmianami we współczesnym świecie oraz z rosnącymi ambicjami polskiego państwa i gospodarki. Nie będzie wielkim nadużyciem stwierdzenie, że dyskutanci zgodzili się zasadniczo co do jednego: skuteczny system antymonopolowy wymaga silnych, niezależnych i skupionych na swoich zadaniach instytucji (w tym UOKiK), a środowisko praktyków oraz akademików powinno dziś, jak nigdy wcześniej, poszukiwać rozwiązań sprzyjających istnieniu takich instytucji.

**dr Piotr Semeniuk**

## Sprawozdanie z konferencji „Trendy w ochronie konkurencji w Polsce”, Warszawa, 14 czerwca 2022 roku

W czerwcu 2022 roku odbyła się konferencja dotycząca prawa ochrony konkurencji, organizowana przez Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego wraz ze Stowarzyszeniem Prawa Konkurencji i Polskim Stowarzyszeniem Prawników Przedsiębiorstw. Celem konferencji było podsumowanie orzecznictwa i praktyki stosowania prawa konkurencji w Polsce w ostatnich latach. Swoje wystąpienia w panelach dyskusyjnych wygłosili naukowcy i praktycy prawa z instytucji krajowych i zagranicznych.

Konferencja rozpoczęła się prelekcją prof. dr. hab. Grzegorza Karasiewicza, dziekana Wydziału Zarządzania UW, który m.in. podkreślił potrzebę zwalczania monopolu. Główne wystąpienie w tej części wygłosił Tomasz Chróstny, Prezes UOKiK. Jak wskazał prelegent, ostatnie 2 lata, mimo pandemii COVID-19, to czas wzmożonej aktywności Prezesa UOKiK, podczas których zmiany uległy wytyczne UOKiK dotyczące karania<sup>1</sup> oraz usprawniono wewnętrzne systemy informatyczne UOKiK. Prezes UOKiK pogłębiał także współpracę z innymi organami ochrony konkurencji, np. z Grecji, Serbii, Maroko. Jak podkreślił referent, w ostatnich latach zakończyły się długotrwałe postępowania z zakresu antykonkurencyjnych porozumień, dotyczące m.in. rynku fitness<sup>2</sup> i rynku ciepłego<sup>3</sup>. Prelegent wskazał także na przyszłe wyzwania, które stoją przed UOKiK – transformację energetyczną, wprowadzenie aktu o rynkach cyfrowych<sup>4</sup> oraz aktu o usługach cyfrowych<sup>5</sup>.

Jak zaznaczył Prezes UOKiK, system ochrony konkurencji powinien być nakierowany na działanie prewencyjne – m.in. zachęcanie przedsiębiorców do wdrażania odpowiednich programów *compliance*. Prelegent postawił przy tym pytanie, czy nie należałoby zwiększyć wysokości gratyfikacji pieniężnej za dobrowolne poddanie się karze przez przedsiębiorcę. Tomasz Chróstny wskazał również, że powinno się rozważyć wprowadzenie mechanizmu, który funkcjonuje już w niektórych państwach członkowskich (Belgii, Francji, Rumunii) – natychmiastowej wymagalności kar za naruszenie prawa konkurencji. Brak tego typu mechanizmu osłabia efekt odstrasżający kar (przykładowo, postępowanie odwoławcze w sprawie kartelu cementowego<sup>6</sup>, trwa już 11 lat, co uniemożliwia wyegzekwowanie kary pieniężnej od przedsiębiorców).

W ostatnich latach Prezes UOKiK wydawał ok. 360 decyzji rocznie z obszaru kontroli koncentracji przedsiębiorstw. Prelegent wspominał, że należałoby rozważyć przyjmowanie niższego niż obecnie progu kontroli koncentracji, co mogłoby pozytywnie wpłynąć na rozwój przedsiębiorstw,

<sup>1</sup> UOKiK, Wyjaśnienia dotyczące ustalania wysokości kar pieniężnych dla przedsiębiorców w sprawach związanych z naruszeniem zakazu praktyk ograniczających konkurencję, 04.2021.

<sup>2</sup> Dec. Prezesa UOKiK z 30.12.2020 r., DOK-6/2020.

<sup>3</sup> Dec. Prezesa UOKiK z 3.12.2020 r., DOK-5/2020.

<sup>4</sup> Wniosek Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym (akt o rynkach cyfrowych) (COM/2020/842).

<sup>5</sup> Wniosek Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie jednolitego rynku usług cyfrowych (akt o usługach cyfrowych) i zmieniające dyrektywę 2000/31/WE (COM/2020/825).

<sup>6</sup> Dec. Prezesa UOKiK z 8.12.2009 r., DOK-7/09.

w szczególności start-upów (niższy próg kontroli koncentracji przedsiębiorstw funkcjonuje m.in. w Hiszpanii).

Dyskusję otworzył dr hab. Maciej Bernatt, prof. ucz., dyrektor Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych UW. Punktem wyjścia do rozważań było stwierdzenie prelegenta, że prawo funkcjonuje w otoczeniu gospodarczo-politycznym i same rozwiązania legislacyjne, bez odpowiedniego otoczenia, nie rozwiązują problemów, które mają zaadresować.

Profesor Maciej Bernatt zidentyfikował siedem pytań badawczych związanych z systemem ochrony konkurencji w Polsce. Po pierwsze, czy osłabienie rządów prawa ma wpływ na system ochrony konkurencji? Zdaniem prelegenta, są wątpliwości co do tego czy składy sędziowskie orzekające w Izbie Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych SN (rozpoznającej sprawy z zakresu ochrony konkurencji) spełniają wymóg niezależności sądu w świetle orzecznictwa ETPC (m.in. w sprawie WZ<sup>7</sup>). Można więc zastanawiać się, jaki status mają orzeczenia wydawane przez tę Izbę. Po drugie, czy zmiany w systemie gospodarczym polegające na rosnącej roli państwa oddziałują na funkcjonowanie systemu ochrony konkurencji? Według referenta, rola rynkowa spółek Skarbu Państwa wzrasta. Badania przeprowadzane m.in. na Węgrzech przez prof. Macieja Bernatta wskazują, że zmiany w systemie gospodarczym wpływają na działania organu ochrony konkurencji – na organ mogą być wywierane naciski ze strony zarówno rządu, jak i przedsiębiorców (spółek Skarbu Państwa), które realizują tę samą politykę. Po trzecie, czy dla zapewnienia skutecznej ochrony prawnej podmiotów prywatnych (art. 19 ust. 1 zd. 2 TUE) konieczne jest zagwarantowanie niezależności organów ochrony konkurencji i efektywnej kontroli sądowej ich decyzji? Jak mierzyć niezależność? Jaka jest przy tym rola prawa wtórnego UE? Jak zaznaczył prelegent, wyrok Sądu UE w sprawie *Sped-Pro*<sup>8</sup> daje asumpt do zastanowienia się, jak mierzyć niezależność organu ochrony konkurencji. Inne orzeczenia TSUE dotyczące praworządności, w tym te wyznaczające test niezależności sądu, mogą dawać wskazówki w tym zakresie<sup>9</sup>. Po czwarte, co powinno być chronione przez prawo konkurencji? Jak wyrażać cele ekonomiczne prawa konkurencji? Czy można chronić wartości nieekonomiczne w ramach klasycznego, wąskiego rozumienia celów prawa konkurencji? Czy prawo konkurencji należy interpretować w świetle przepisów ponadustawowych (art. 11 TUE)? Referent nawiązał przy tym m.in. do sprawy *Orlen/Polskapress*<sup>10</sup>, na kanwie której rozważano czy wartości konstytucyjne, takie jak pluralizm mediów powinny być uwzględniane w decyzjach z zakresu prawa konkurencji. Po piąte, jaką rolę w systemie ochrony konkurencji powinny odgrywać sądy? Jakie powinny mieć uprawnienia (jedynie kontrolne czy również reformatoryjne)? Prelegent wspomniał o sprawie z zakresu kontroli koncentracji – *Agora/Eurozet*<sup>11</sup> i wskazał, że długość postępowania odwoławczego może negatywnie wpływać na system ochrony konkurencji i konsumentów. Po szóste, prof. Bernatt postawił pytanie, czy Polska powinna mieć własną regulację dotyczącą rynków cyfrowych (jak np. Niemcy, w których rozwiązania dotyczące rynków cyfrowych są nieco podobne do polskich rozwiązań

<sup>7</sup> Wyr. ETPC z 16.06.2022 r., 39650/18, *Żurek przeciwko Polsce*.

<sup>8</sup> Wyr. Sądu UE z 9.02.2022 r., T-791/19 *Sped-Pro przeciwko Komisji* (ECLI:EU:T:2022:67).

<sup>9</sup> Zob. np. wyr. ETS z 15.07.2021 r. C-791/19 *Komisja przeciwko Polsce* (ECLI:EU:C:2021:596); wyr. ETS z 24.06.2019 r. C-619/18, *Komisja przeciwko Polsce (Niezależność Sądu Najwyższego)* (ECLI:EU:C:2019:615); wyr. ETS z 25.07.2018 r. C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality (nieprawidłowości w systemie sądownictwa)* (ECLI:EU:C:2018:586); wyr. ETS z 17.04.2018 r. C-441/17 *Komisja przeciwko Polsce (Puszcza Białowieska)* (ECLI:EU:C:2018:255); wyr. ETS z 27.02.2018 r. C-64/16 *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (ECLI:EU:C:2018:255).

<sup>10</sup> Wyr. SOKiK z 7.06.2022 r., niepublikowany.

<sup>11</sup> Dec. Prezesa UOKiK z 7.01.2021 r., DKK-1/2021 (decyzja zmieniona wyr. SOKiK, niepublikowany).

z zakresu nieuczciwego wykorzystywania przewagi kontraktowej). Referent wspominał przy tym o postępowaniu z zakresu nadużycia pozycji dominującej toczącym się obecnie przeciwko spółce Allegro. Po siódme, prelegent zastanawiał się, jaką rolę w systemie prawa konkurencji odgrywa zasada wzajemnego zaufania oraz czy brak niezależności organu ochrony konkurencji może wpłynąć na podważenie tej zasady.

Pierwszy panel, moderowany przez mec. Bernadetę Kasztelan-Świetlik (kancelaria Gessel), został poświęcony zagadnieniom, takim jak: polityka karania, rola ekonomicznej analizy prawa w decyzjach Prezesa UOKiK, rozporządzeniu w sprawie wyłączeń wertykalnych (VBER)<sup>12</sup>, prywatnoprawnemu dochodzeniu roszczeń z tytułu naruszenia prawa konkurencji, a także priorytetyzacji zadań Prezesa UOKiK w świetle jego niezależności. Dr Maciej Janik (Uniwersytet Łódzki, CARS UW) przedstawił dotychczasowe wnioski płynące z projektu badawczego „Judicial Review of Competition Law Enforcement in the EU: Empirical Mapping 2004-2021” przeprowadzanego przez prof. Barry Rogdgera (Uniwersytet Strathclyde), prof. Macieja Bernatta oraz dr. Or Brook (Uniwersytet Leeds)<sup>13</sup>. Projekt jest pierwszym kompleksowym badaniem empirycznym mapującym kontrolę sądową decyzji krajowych organów ochrony konkurencji w zakresie prawa konkurencji. Dr Janik wskazał m.in., że stopień ingerencji SOKiK w decyzje Prezesa UOKiK z zakresu zakazanych porozumień różni się w zależności od rodzaju porozumienia (horyzontalne – ok. 38%; wertykalne – ok. 60%, horyzontalne i wertykalne – ok. 1,7%).

Następnie, mec. Małgorzata Modzelewska de Raad (kancelaria Modzelewska&Paśnik) poruszyła problematykę polityki karania Prezesa UOKiK. Mec. Modzelewska de Raad wskazała, że wysokość kar nakładanych przez Prezesa UOKiK w kolejnych latach nie cechuje się tendencją wzrostową, a jest sinusoidalna (rok 2019 – 425 milionów złotych; rok 2020, po wyłączeniu bezprecedensowej decyzji w sprawie Nord Stream 2 – 130 milionów złotych). Jak podkreśliła prelegentka, pomimo wydania przez Prezesa UOKiK nowych wytycznych w sprawie nakładania kar<sup>14</sup>, przedsiębiorcy nadal nie mają pewności co do wysokości kar, których mogą się spodziewać za poszczególne naruszenia. Orzecznictwo SN wskazuje, że te wytyczne nie są wiążące dla Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Jednocześnie, w samych decyzjach Prezesa UOKiK szczegółowe wyliczenia zakresu kar są utajniane. Mec. Jan Ulański (UOKiK) odparł, że w razie wyższej transparentności co do sposobu wyliczenia kar w decyzjach Prezesa UOKiK, istniałoby ryzyko kalkulowania przez przedsiębiorców czy opłacalne jest dokonanie naruszenia.

Kolejna prelegentka, Aleksandra Boutin (Positive Competition), poruszyła tematykę roli ekonomicznej analizy prawa w decyzjach z zakresu ochrony konkurencji. Referentka wskazała, że w najnowszym orzecznictwie TSUE oraz opiniach rzeczników generalnych wąsko pojmuje się pojęcie „naruszenia ze względu na cel” i podkreśla się potrzebę dokonania analizy czy w danej sprawie nie zachodzą szczegółowe okoliczności, które mogłyby wzbudzić wątpliwości co do szkodliwości praktyki dla konkurencji<sup>15</sup>. Prelegentka dodała, że większość decyzji Prezesa UOKiK dotyczy naruszeń ze względu na cel. Zgodziła się z tym mec. Małgorzata Modzelewska de Raad

<sup>12</sup> Rozporządzenie Komisji (UE) nr 2022/720 z 10.05.2022 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz. Urz. UE 2022 L 134).

<sup>13</sup> Projekt dostępny online: <https://www.mappingcomplawreview.com/>.

<sup>14</sup> UOKiK, Wyjaśnienia dotyczące ustalania wysokości kar pieniężnych dla przedsiębiorców w sprawach związanych z naruszeniem zakazu praktyk ograniczających konkurencję, 04.2021.

<sup>15</sup> Zob. np. opinia Rzecznik Generalnej J. Kokott z 22.01.2020 r. w sprawie C-307/18 *Generics (UK) Ltd. i in. przeciwko Competition and Markets Authority*, pkt 180.

wskazując, że nie kojarzy sprawy przed Prezesem UOKiK, w której analiza skutku praktyki przedsiębiorcy decydowałaby o kwalifikacji prawnej naruszenia. W takich decyzjach antykonkurencyjny skutek ma wpływ jedynie na wysokość kary<sup>16</sup>. Mec. Jan Ulański (UOKiK) odparł, że należy odróżnić ekonomiczną analizę prawa od aspektu ekonomicznego decyzji organu ochrony konkurencji. Zdaniem mec. Ulańskiego, postępowania przed Prezesem UOKiK nie mają waloru wysokiego skomplikowania ekonomicznego.

Następnie dyskusja skupiła się na nowym rozporządzeniu w sprawie wyłączeń wertykalnych (VBER)<sup>17</sup>. Jak wskazał mec. Jan Ulański, w UOKiK są już prowadzone początkowe prace nad wdrożeniem rozporządzenia. Aleksandra Boutin podkreśliła, że porozumienia cenowe nadal są interpretowane przez Komisję Europejską jako zakazane ze względu na cel, co wydaje się być nieuzasadnione – pożądana byłaby zmiana polityki w tym zakresie i dokonywanie analizy skutków takich porozumień. Zdaniem A. Boutin, porozumienia wertykalne mogą wpłynąć na konkurencję i konsumentów wyłącznie w sytuacji, w której zaangażowani przedsiębiorcy mają znaczącą siłę rynkową – w przeciwnym wypadku organy ochrony konkurencji nie powinny wszczynać postępowania. Mec. Modzelewska de Raad wskazała, że Komisja Europejska zasugerowała w wytycznych do rozporządzenia w sprawie wyłączeń wertykalnych<sup>18</sup>, iż kontrakt typu *fulfillment* mógłby funkcjonować na zasadzie wyłączenia indywidualnego. Zdaniem mec. Modzelewskiej de Raad, praktyczne zastosowanie rozporządzenia nie będzie ograniczone do sektora cyfrowego. W przeciwieństwie do wyłączeń indywidualnych, w przypadku wyłączeń grupowych to na organie ochrony konkurencji spoczywa ciężar wykazania, że wyłączenie nie następuje.

Kolejnym zagadnieniem poruszonym przez osoby referujące było prywatnoprawne dochodzenie roszczeń z tytułu naruszenia prawa konkurencji. Aleksandra Boutin podkreśliła, że wobec szybkiego rozwoju rynku *private enforcement*, istotne jest, aby decyzje i orzeczenia w postępowaniach z zakresu ochrony konkurencji były wydawane szybciej niż do tej pory. Należałoby w większym stopniu stosować w nich ekonomiczną analizę skutków naruszenia. Ponadto warto popularyzować ścieżkę postępowań grupowych, w których Prezes UOKiK powinien odgrywać rolę *amicus curiae*. Mec. Małgorzata Modzelewska de Raad wskazała, że jeszcze przed etapem przeprowadzania rzetelnej analizy ekonomicznej skutków naruszenia, należałoby zastanowić się nad kwestią przedawnienia roszczeń, która nie jest jednoznacznie rozstrzygnięta na gruncie ustawowym (w szczególności, problematyczne w tym zakresie są kwestie intertemporalne).

W dalszej części panelu osoby referujące skupiły się na problematyce priorytetyzacji i niezależności organu ochrony konkurencji. Mec. Bernadeta Kasztelan-Świetlik podkreśliła, że Prezes UOKiK powinien stworzyć listę priorytetów, którymi kierowałby się w swojej bieżącej działalności. Dr Maciej Janik wskazał, że dotychczasowe priorytety organów ochrony konkurencji państw członkowskich różniły się. Zdaniem dr. Janika, do zbliżenia tych priorytetów przyczyniła się jednak dyrektywa ECN+<sup>19</sup> (nadal nie implementowana m.in. przez Polskę). Mec. Jan Ulański zaznaczył,

<sup>16</sup> Zob. np. wyr. SA w Warszawie z 10.01.2018 r., VII AGA 828/18, w którym to Sąd Apelacyjny zmienił wyr. SOKiK w ten sposób, że ze względu na brak skutków praktyki przedsiębiorcy dla konkurencji, obniżył karę pieniężną do wysokości 50 000 złotych (kara nałożona w dec. Prezesa UOKiK z 25.06.2013 r., DOK-1/2013 wynosiła 464 228,92 złotych).

<sup>17</sup> Rozporządzenie Komisji (UE) nr 2022/720 z 10.05.2022 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz. Urz. UE 2022 L 134).

<sup>18</sup> Projekt Komunikatu Komisji, Zawiadomienie Komisji: Wytyczne w sprawie ograniczeń wertykalnych (C 359/13).

<sup>19</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2019/1 z 11.12.2018 r. mająca na celu nadanie organom ochrony konkurencji państw członkowskich uprawnień w celu skuteczniejszego egzekwowania prawa i zapewnienia należytego funkcjonowania rynku wewnętrznego (Dz. Urz. UE 2019 L 11).



że Prezes UOKiK nie ma kompetencji do priorytetyzacji w kontekście proceduralnym – przykładowo, organ nie może wyłączyć się, przekazać sprawę innemu podmiotowi, nawet gdyby uznał, że podjęcie danej sprawy nie należy do jego priorytetów.

Ostatnim zagadnieniem poruszonym w panelu była cyfryzacja. Aleksandra Boutin wskazała na liczne problemy związane z wejściem w życie Aktu o rynkach cyfrowych<sup>20</sup>. Wątpliwości A. Boutin dotyczyły m.in. zakresu podmiotowego pojęcia „strażnik dostępu” (*gatekeeper*). Prelegentka podkreśliła, że tego typu analiza musi być oparta na adekwatnej teorii szkody – przykładowo, pakietowanie produktów (*bundling*) lub faworyzowanie własnych produktów i usług (*self-preferencing*) nie są z konieczności szkodliwe dla konsumentów i konkurencji.

Dr Maciej Janik poruszył tematykę nowelizacji rozporządzenia w sprawie wyłączeń wertykalnych (VBER), której głównym celem miało być dostosowanie VBER do rynków cyfrowych. Jak zaznaczył dr Janik, zaskoczeniem w nowym VBER jest podejście do szerokich klauzul najwyższego uprzywilejowania (*wide MFN clauses*), które nie zostały objęte wyłączeniem blokowym. Dla porównania, prelegent wskazał, że w Wielkiej Brytanii takie klauzule są natomiast traktowane jako naruszenia ze względu na cel (*hardcore restrictions*).

Panel drugi dotyczył kluczowych decyzji Prezesa UOKiK z obszaru kontroli koncentracji z ostatnich lat, zwłaszcza tych, które dotyczyły obszarów wrażliwych dla państwa (sektor energetyki, mediów). W szczególności, analizie podlegała rola interesu publicznego, w tym bezpieczeństwa państwa, w systemie ochronie konkurencji. Mec. Agnieszka Stefanowicz-Barańska (kancelaria Dentons Europe Dąbrowski i Wspólnicy sp. k.) dokonała podsumowania trzech tego typu decyzji: *Agora/Eurozet*<sup>21</sup>, *PKN Orlen/Polska Press*<sup>22</sup>, *PKN Orlen/PGNiG*<sup>23</sup>. Mec. Katarzyna Czapracka (kancelaria White&Case LLP) krytycznie przeanalizowała ocenę skutków skoordynowanych w tych decyzjach.

Przedstawiciel UOKiK wyraził przekonanie, że teoria szkody zastosowania w decyzji *Agora/Eurozet* była uzasadniona (po przejściu Eurozet, Agora miałyby ponad 40% częstotliwości radiowych w Poznaniu, Opolu i aglomeracji śląskiej, co, zdaniem Prezesa UOKiK, miałyby wpływ na możliwość dostosowania reklam do odbiorców, dzięki czemu Agora uzyskałaby przewagę konkurencyjną nad innymi nadawcami programów lokalnych). Prelegent podkreślił, że ze względu na wysoki stopień transparentności rynku medialnego, koordynacja zachowań między konkurentami działającymi w tym obszarze jest ułatwiona (badania Kantor Media zawierają szczegółowe i ogólnodostępne informacje m.in. na temat reklam, cenników, czasu reklamowego).

Mec. Aleksander Stawicki (kancelaria WKB Wierciński, Kwieciński, Baehr sp.k.) postawił pytanie, czy prawo konkurencji może być instrumentem kształtowania szczególnych rynków, takich jak rynek medialny. Mec. Stawicki dodał również, że w postępowaniach dotyczących odwołań od decyzji z obszaru kontroli koncentracji, należałoby wprowadzić szybszy niż standardowy tryb rozpoznania przez SOKiK, gdyż jest to szczególnie istotne dla przedsiębiorców (którzy ponoszą znaczące straty ze względu na czekanie na zatwierdzenie transakcji).

<sup>20</sup> Wniosek Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym (akt o rynkach cyfrowych) (COM/2020/842).

<sup>21</sup> Dec. Prezesa UOKiK z 7.01.2021 r., DKK-1/2021 (dec. zmieniona wyr. SOKiK).

<sup>22</sup> Dec. Prezesa UOKiK z 5.02.2021 r., DOK-34/2021.

<sup>23</sup> Dec. Prezesa UOKiK z 16.03.2022 r., DKK-82/2022.

Następnie dr hab. Maciej Mataczyński, prof. UAM (SMM Legal Maciak Mataczyński Czech sp.k.) rozważał czy przy koncentracji dwóch spółek Skarbu Państwa w ogóle następuje zmiana kontroli (być może zastosowanie mogłaby znaleźć teoria jednego podmiotu gospodarczego (*single economic unit*). Zdaniem prof. Mataczyńskiego, obwieszczenie Komisji Europejskiej dotyczące kwestii jurysdykcyjnych w prawie kontroli koncentracji<sup>24</sup> (pkt 51) wskazuje, że do zmiany kontroli dochodzi wówczas, gdy podmioty ze sobą konkurują.

Mec. Aleksander Stawicki postawił pytanie, czy istnieją podstawy do realizowania własnej polityki przez organ ochrony konkurencji, który jest organem administracji państwowej. Adam Jasser (były Prezes UOKiK) podkreślił, że prawo kontroli koncentracji jest obiektem zainteresowania obozu władzy, który dąży do konsolidacji kluczowych sektorów (na przykład energetycznego), tworzenia narodowych czempionów. Decyzje Prezesa UOKiK nie są wyabstrahowane od tej polityki. A. Jasser krytycznie odniósł się także do braku korzystania w Polsce z instytucji zgody nadzwyczajnej. Prof. Maciej Bernatt wyraził przekonanie, że narodowi czempioni nie powinni być jednak faworyzowani przez organy administracji państwowej, w tym – Prezesa UOKiK.

Konferencja była znakomitą platformą do zaktualizowania wiedzy na temat najnowszych trendów w prawie ochrony konkurencji. Niewątpliwym walorem konferencji był fakt, że osoby występujące w panelach analizowały szeroką gamę zagadnień z różnych perspektyw – zarówno akademickiej, jak i praktycznej i urzędniczej.

### **Monika Woźniak-Cichuta**

doktorantka w Szkole Doktorskiej Nauk Społecznych UW

prawniczka w kancelarii prawnej Clifford Chance

e-mail: [mj.wozniak7@uw.edu.pl](mailto:mj.wozniak7@uw.edu.pl)

ORCID <https://orcid.org/0000-0001-7000-1365>

<sup>24</sup> Skonsolidowane obwieszczenie Komisji dotyczące kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. UE 2008 C 95/01).

**Tomasz Krzyżewski,**  
***Zakaz konkurowania w polskim i unijnym***  
***prawie antymonopolowym,***  
**Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2022, ss. 276**

Przedmiotem recenzowanej książki jest problematyka zakazu konkurowania i zarazem ocena tego zakazu na gruncie przepisów polskiego i unijnego prawa antymonopolowego. Tak ujęty przedmiot książki ma doniosłe znaczenie praktyczne. Zastosowanie w praktyce klauzuli zakazu konkurowania w postaci zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej oraz klauzul wyłączności przez przedsiębiorców działających na różnych rynkach właściwych jest bowiem niezwykle częste, co dotyczy zarówno porozumień przedsiębiorców, unilateralnych praktyk stosowanej przez przedsiębiorców posiadających pozycję dominującą, jak i postanowień akcesoryjnych stosowanych przez przedsiębiorców w ramach przeprowadzanych przez nich transakcji koncentracyjnych.

Już na wstępie należy zwrócić uwagę, że niewątpliwą zaletą książki jest jej spójna i podporządkowana celowi opracowania konstrukcja, oparta na, opatrzonej wstępem, logicznie skomponowanych pięciu rozdziałach.

W pierwszym rozdziale pracy przedstawiono źródła polskiego i unijnego prawa antymonopolowego oraz podstawowe pojęcia konieczne z punktu widzenia analizy zakazu konkurowania czy cele prawa antymonopolowego. Rozdział drugi obejmuje analizę zakazu konkurowania stosowanego jako elementu zawieranych przez przedsiębiorców porozumień wertykalnych, a także ocenę tych porozumień przez Prezesa UOKiK, Komisję Europejską oraz właściwe sądy. Istotną część tego rozdziału stanowią rozważania dotyczące ograniczenia konkurencji w postaci zakazu konkurowania w najczęściej spotykanych modelach dystrybucji, tj. dystrybucji wyłącznej, dystrybucji selektywnej, franchisingu oraz dystrybucji opartej na umowie agencyjnej, a także w połączeniu z innymi ograniczeniami konkurencji – sprzedażą wiążaną, ograniczeniami cen odsprzedaży oraz ograniczeniami zawieranymi w porozumieniach o zarządzaniu kategorią. Rozdział trzeci obejmuje rozważania dotyczące zakazu konkurowania stosowanego jako elementu zawieranych przez przedsiębiorców horyzontalnych porozumień kooperacyjnych, łącznie z oceną stosowania tych porozumień w praktyce przez organy antymonopolowe i sądy. W szczególności, przedmiotem badania objęto problematykę stosowania i oceny klauzul zakazu konkurowania w porozumieniach specjalizacyjnych oraz badawczo-rozwojowych, stanowiących szczególne kategorie porozumień horyzontalnych i podlegających wyłączeniom grupowym zarówno w unijnym, jak i w polskim porządku prawnym. Przedmiotem rozdziału czwartego jest analiza zakazów konkurowania w odniesieniu do przedsiębiorców posiadających pozycję dominującą na rynku właściwym; analizę tę uzupełnia również ocena tego zakazu przez organy antymonopolowe i właściwe sądy. Istotną częścią tego rozdziału jest także analiza podejścia sądów unijnych do szczególnej formy zakazu konkurowania, jaką są rabaty lojalnościowe i rabaty o skutku lojalnościowym. W rozdziale piątym przeprowadzono wszechstronną analizę regulacji odnoszących się do klauzul zakazu konkurowania zawieranych

w transakcjach koncentracyjnych. Podobnie jak w pozostałych rozdziałach, przedmiotem badań objęte zostało również stosowanie zakazu przez organy antymonopolowe i sądy. Każdy z rozdziałów zakończony został przedstawieniem wniosków częściowych, do których doprowadziły Autora przeprowadzone badania. Ostatnia część pracy zawiera całościowe podsumowanie przeprowadzonych badań wraz z końcową konkluzją.

Recenzowana książka zasługuje z wielu względów na jej polecenie i to zarówno specjalistom z zakresu prawa antymonopolowego, jak i praktykom, czyli przede wszystkim przedsiębiorcom. Ma bowiem walor w równym stopniu teoretyczny, co czysto praktyczny. Problematyka podjęta przez Autora jest przy tym w pełni aktualna. Literatura przedmiotu w zakresie tematu książki nie jest bowiem pełna; dostępne publikacje dotyczące zakazu konkurencji mają głównie wymiar artykułowy bądź są częścią publikacji odnoszących się do szerszej problematyki. Recenzowana książka wypełnia tę lukę, stanowiąc pełne, dojrzałe i w pełni kompleksowe ujęcie zakazu konkurencji w prawie antymonopolowym. Tym bardziej z zadowoleniem należy przyjąć tego rodzaju opracowanie zakazu konkurencji, ujmowane przy tym z różnych punktów widzenia. Zwłaszcza że problematyka zakazu konkurencji jest wyjątkowo istotna z uwagi na szerokie zastosowanie w praktyce klauzuli zakazu konkurencji bądź to w postaci zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej, bądź klauzul wyłączności w odniesieniu do przedsiębiorców działających na różnych rynkach właściwych. Klauzule te stosowane są nie tylko w ramach zawieranych porozumień, lecz także jako element jednostronnych praktyk stosowanych przez przedsiębiorców dysponujących znaczną siłą rynkową, posiadających na danym rynku właściwym pozycję dominującą. Zakaz konkurencji jest wreszcie typowym postanowieniem akcesoryjnym w procesie koncentracji przedsiębiorców. Co istotne, problematyka ta, będąc przedmiotem regulacji prawa polskiego i unijnego, w tym także tzw. prawa miękkiego, ulega znacznej ewolucji, prowadząc do zmiany oceny klauzul zakazu konkurencji na gruncie prawa antymonopolowego, modyfikując ostatecznie praktykę decyzyjną organów antymonopolowych i sądów. Recenzowana książka oparta została na w pełni aktualnym materiale normatywnym, uzupełnionym – co warto podkreślić – o niezwykle bogatą literaturę przedmiotu, stanowiąc bogaty materiał normatywny i bibliograficzny w omawianym przez Autora zakresie.

Na uwagę zasługuje też zwrócenie uwagi przez Autora, że instytucja zakazu konkurencji nie jest jednolita. Zakaz konkurencji występuje zarówno w formie zakazu podejmowania przez przedsiębiorcę działalności konkurencyjnej w stosunku do działalności prowadzonej przez kontrahenta, jak i zakazu wchodzenia przez przedsiębiorcę w określone przez strony relacje handlowe z konkurentami kontrahenta, co – z uwagi na wywołanie odmiennych skutków rynkowych w ramach odmiennych stanów faktycznych i prawnych – nie pozostaje bez znaczenia dla oceny zakazu konkurencji z punktu widzenia prawa antymonopolowego. Ocena ta może mieć w równym stopniu charakter *ex ante* (prewencyjna kontrola koncentracji), jak *ex post* (antykonkurencyjne praktyki), aczkolwiek mogą również zaistnieć sytuacje kiedy to proste rozgraniczenie nie zawsze jest jednoznaczne ze względu na zbieg przepisów. Okoliczności te zostały przez Autora dogłębnie zbadane i zaprezentowane.

W książce nie brakuje też swoistych „perełek”. Przykładem może być sformułowanie na potrzeby analizy własnej, autorskiej definicji efektywnej oceny antymonopolowej. W świetle tej definicji jest to stan, w którym zachowana jest równowaga pomiędzy zapewnieniem przedsiębiorcom

odpowiedniej pewności prawnej co do przewidywanej oceny danego stanu faktycznego przez organy antymonopolowe i sądy a możliwością identyfikacji przez organy antymonopolowe i sądy sytuacji, w których skutki antykonkurencyjne przeważają nad pozytywnymi skutkami rynkowymi. Definicję tę uważam za wyjątkowo trafną i mającą charakter uniwersalny w sytuacji oceny nie tylko klauzul zakazu konkurencji, lecz także w innych sprawach prowadzonych przez organy antymonopolowe. Szczególnie cenne w konstrukcji tej definicji jest odwołanie się Autora do pewności sytuacji prawnej przedsiębiorcy, co w działaniach organów antymonopolowych jest nie zawsze dostrzegane, a w warunkach dyskrecyjnego orzekania – niezwykle istotne.

Książkę Tomasza Krzyżewskiego pt. *Zakaz konkurencji w polskim i unijnym prawie antymonopolowym* polecam z pełnym przekonaniem czytelnikom zainteresowanym instytucją zakazu konkurencji, ale także wszystkim tym, którzy ogniskują swoją pracę na prawie antymonopolowym, zarówno praktykom, jak i teoretykom prawa.

**Cezary Banasiński**

WPiA UW

ORCID <https://orcid.org/0000-0002-5723-1083>

## Supervision over concentrations of entrepreneurs – a year different than any other (from the Editors-in-Chief)

### Articles

**Katarzyna Czapracka, Maciej Gac, Jakub Gubański, Iwo Małobęcki**, Foreign investment control: A preliminary assessment of Polish legislation and practice in the context of European and global trends

#### Table of contents

- I. Introduction
  1. Foreign investment control – a new opening
  2. Foreign investment control in Europe and worldwide – a patchwork of national approaches
- II. Foreign investment control in Poland – an analysis of the current model
  1. Old regime
  2. New regime
    - 2.1. Entity targeted by the transaction
    - 2.2. Investor
    - 2.3. Type of transaction
- III. Evaluation of the new foreign investment control mechanism from the perspective of its two-year operation
  1. The Act on Control of Certain Investments and the Guidelines – problem of inconsistencies
  2. Counting turnover of a protected entity – lack of clear guidance
  3. Scope of activity of a protected entity – imprecise criteria
  4. Form of transaction – problem of proper assessment
  5. Notification – difficulties in identifying the entity required to make the notification
- IV. International transactions and foreign investment control – practical problems
  1. Obligations of a potential foreign investor
    - 1.1. Multi-jurisdictional analysis
    - 1.2. Notification of the transaction
  2. Impact on the certainty and dynamics of the transaction
    - 2.1. Conditions
    - 2.2. Auctions
    - 2.3. Legal uncertainty
- V. Summary

**Summary:** The article discusses the issue of foreign investment control, which has gained importance in Poland and in the world in recent years. The aim of the article is to show the Polish and international approach to controlling foreign investments, to make an initial assessment of the new Polish regime from the perspective of its two-year operation, and to draw up proposals for future laws to improve the domestic system of foreign investment control. The article also focuses on the practical aspects of international transactions in the current regulatory environment and

shows the challenges faced by investors engaged in cross-border operations (both in Poland and abroad).

**Key words:** foreign investment control; FDI; international transactions.

**JEL:** K21

**Michał Konrad Derdak**, Considering non-economic factors in the assessment of concentrations by the Polish NCA – the media plurality example

### Table of contents

- I. Introduction
- II. Legal framework of merger control
  1. Boundaries of public interest in merger control
  2. Legal basis for clearing and blocking concentrations
  3. Merger control in specific sectors
  4. Principle of legalism
- III. Models of securing media plurality within the merger control framework
  1. Notion of media plurality
  2. Plurality as an aim of competition law
  3. Plurality as an element of consumer welfare
  4. Plurality as an element of public interest
- IV. Attempt at conceptualising the assessment of concentrations with a view to protect media plurality
- V. Summary

**Summary:** At the beginning of 2021, the Polish NCA – the President of UOKiK – issued, only a few weeks apart, two merger decisions relating to intended concentrations in Polish media markets. This sparked a lively discussion not only among competition law specialists, but also in the wider legal community and even entered public discourse. This debate was revitalized in mid-2022 with the issuance of two court judgments reviewing these decisions. One ruling overturned the decision of the President of UOKiK that had banned the planned acquisition of Eurozet sp. z o.o. by Agora SA; the other judgment upheld the clearance given by the President of UOKiK to the acquisition of Polska Press sp. z o.o. by Polski Koncern Naftowy ORLEN SA. Among the key aspects of the said discussion is the attempt to position the issue of ‘media plurality’ in the merger review process, and to answer the question of whether, and to what extent should the President of UOKiK consider this value in merger proceedings. The first objective of this article is to consider and critique potential models for the inclusion of media pluralism in a merger control system. The second objective is to attempt to conceptualize the assessment of concentrations with a view to protect media plurality. As such, the paper makes an attempt to answer the question if it is reasonable to expect that an assessment of the impact of a concentration on media pluralism could result in a materially different outcome than a traditional economic analysis based on the significant impediment of effective competition test.

**Key words:** competition law; merger control; media plurality.

**JEL:** K21

**Monika Woźniak-Cichuta**, Ending ‘killer acquisitions’ or legal certainty? Reinterpretation of Article 22 of the EU Merger Regulation

**Table of contents**

- I. Introduction
- II. Killer acquisitions in the digital economy
  1. The concept of ‘killer acquisitions’
  2. Features of markets that enable killer acquisitions
  3. Merger control criteria for killer acquisitions
  4. Defining the relevant market in potential killer acquisitions
  5. Killer acquisitions in digital markets
- III. European merger control system and killer acquisitions in the digital sector
  1. The current system for the control of concentrations between undertakings in the EU – introductory remarks
  2. Critical analysis of the turnover criterion
  3. Proposal to introduce a new criterion – the value of transactions, as used in Germany and Austria
  4. The mechanism of Article 22 of the EU Merger Regulation
  5. Assessment of the reinterpretation of Article 22 by the European Commission
  6. Relationship between Article 22 of the EU Merger Regulation and the Digital Markets Act
- IV. Conclusions

**Summary:** The article aims to assess the new EC policy towards potentially anti-competitive transactions concluded by digital platforms with significant market power. This policy was unveiled in the EC Communication of March 2021, and can function particularly effectively in conjunction with the Act on Digital Markets adopted by the European Parliament on 5 July 2022. First of all, the question should be asked of what are the so-called ‘killer acquisitions’ on digital markets, which the new EC policy is to counteract. Secondly, the article refers to other criteria for analysing potentially anti-competitive transactions concluded by large digital platforms, which have been adopted by some Member States (namely, the introduction of the ‘transaction value’ criterion). Based on a historical and teleological interpretation, the paper analyses the current functioning of Article 22 of the Merger Regulation, which was reinterpreted by the EC in the aforementioned Communication. It is indicated in the paper that the current interpretation of this provision deviates from its original *ratio legis*. Finally, the article refers to the relation between the new EC policy and the Digital Markets Act, which can strengthen the importance of the EC Communication. The article points out that the reinterpretation of Article 22 MR proposed by the EC seems to violate fundamental principles of EU law, such as the principle of legal certainty. While the increased interest of the EC towards merger control on digital markets should be assessed positively, the new policy should not contradict the basic guarantees provided in the EU to undertakings.

**Key words:** competition law; digital markets; digital platforms; DMA; gatekeepers; killer acquisitions; merger control.

**JEL:** K20, K21, K24, K41, K42



**Katarzyna Racka, Weronika Herbet-Homenda, Wojciech Dorabialski,** The treatment of retrospective rebates in competition law and in provisions on counteracting a contractual advantage in the trade of agricultural and food products

### **Table of contents**

- I. The characteristic features of retro-rebates
  1. General remarks
  2. Definition of retro-rebates
  3. Retro-rebates as a special case of loyalty rebates
- II. Economic analysis
  1. General remarks
  2. Pro-competitive effects of retrospective rebates
    - 2.1. Reducing the double margin problem
    - 2.2. Increase in sales through price differentiation
    - 2.3. Improving alignment of seller and buyer incentives
  3. Theory of harm of retroactive rebates
    - 3.1. General remarks
    - 3.2. (Non)contestability of demand
    - 3.3. Calculation of effective price
    - 3.4. Effective price vs average cost
- III. Retro-rabates in competition law
  1. General remarks
  2. EU perspective
  3. National perspective
  4. Appraisal of the decisional practice of competition agencies and courts
- IV. Retro-rebates as an infringement of the Act on Counteracting Abuse of Contractual Advantage in the Trade of Food and Agricultural Products
  1. General remarks
  2. Unfounded request to grant a rebate as an abuse of a contractual advantage – the so-called black clause
  3. President of UOKiK's interventions under the old act
    - 3.1. Explanatory investigations and President of UOKiK's report
    - 3.2. President of UOKiK's decisions in cases Jeronimo Martins and Kaufland
  4. Appraisal of the President of UOKiK's decisional practice
- V. Summary
  1. General remarks
  2. Risk factors related to retro-rebates from the perspective of competition law and contractual advantage law
    - 2.1. Common risk factors
    - 2.2. Antitrust risk factors
    - 2.3. Contractual advantage risk factors
  3. Conclusions

**Summary:** Retro-rebates (also known as retrospective rebates or retroactive discounts) are one of the most common sales instruments that – especially recently – have attracted the attention of antitrust authorities. There is great diversity of discount models used by entrepreneurs as well as an ambiguity of the impact of this type of discounts on the state of market competition. Thus, the admissibility and conditions of using retrospective discounts have long been the subject of discussion on the foundations of antitrust rules and, in the current legal state – also on regulations aimed at counteracting the unfair use of a contractual advantage in the trade of agricultural and food products. The purpose of this article is to outline the legal framework and economic background for the assessment of this type of rebate systems. Analyzed will also be the main risk factors resulting from the hitherto position of competition authorities – the European Commission and the Polish NCA, the President of UOKiK – and from jurisprudence.

**Key words:** retrospective rebates; retrospective rebates; loyalty rebates; abuse of a dominant position; unfair use of contractual advantage; damage theory; suction effect; equally effective competitor test.

**JEL:** K21

## Reviews of Law and Jurisdiction

**Małgorzata Kozak**, Case comment to the judgment of the Polish Court of Competition and Consumers Protection (SOKiK), from 12 May 2022, case no. XVII AmA 61/21

### Table of contents

- I. Introduction
  1. *Agora/Eurozet* decision
  2. Arguments of *Agora*
  3. Judgment of the Court of Competition and Consumers Protection
- II. Methodology of concentration test
  1. SIEC Test
    - 1.1. The analysis of the Court of Competition and Consumers Protection
    - 1.2. SIEC and collective dominance in the decision-making practice of the European Commission and the President of UOKiK
  2. Relevant markets
    - 2.1. Determination of the relevant market
    - 2.2. Emergence of duopoly
- III. Coordinated effects
  1. Coordinated effects
    - 1.1. Analysis of the Court of Competition and Consumers Protection
    - 1.2. Prerequisites for the existence of a collective dominant position
    - 1.3. Failure of the President of UOKiK to indicate the existence of coordinated effects
- IV. Theory of harm
  1. Analysis of the Court of Competition and Consumers Protection
  2. Level of probability of the theory of harm
    - 2.1. Frequency concentration risk

## 2.2. Risk of possible coordination effects

### V. Burden of Proof

1. Analysis of the Court of Competition and Consumers Protection
2. Standard of proof in merger decisions
3. Reformatory powers of the Court of Competition and Consumers Protection

### VI. Conclusions

**Summary:** This case comment contains an analysis of the judgment of the Competition Court in Warsaw (SOKiK) of 12 May 2022 (XVII AmA 61/21). This ruling was issued as a result of an appeal filed by Agora against the decision of the Polish NCA, the President of UOKiK (DKK-1/2021) that had prohibited a concentration whereby Agora intended to acquire control over Eurozet. The judgment is interesting in particular because of its in-depth analysis of the prerequisites for the existence of a collective dominant position, the issue of coordinated effects, and the burden of proof in competition law cases. This case comment largely approves of SOKiK's reasoning in the said case and values the clarity and comprehensiveness of the reasoning where the Court did not shy away from making a complex analysis of an economic and market nature.

**Key words:** coordinated effects; collective dominant position; oligopoly, quasi-duopoly; burden of proof.

**JEL:** K21, K40

**Tomasz Krzyżewski**, Case comment to the judgment of the Polish Court of Competition and Consumers Protection (SOKiK), from 7 June 2021, case no. XVII Amo 1/21

#### Table of contents

- I. Planned concentration
- II. Decision of the President of UOKiK and the Ombudsman's appeal
- III. Judgment of the Court of Competition and Consumers Protection dismissing the Ombudsman's appeal
- IV. Commentary
- V. Conclusions

**Summary:** This case comment concerns the judgment of the Court of Competition and Consumers Protection (SOKiK), in the case *Orlen/Polska Press*. It also discusses issues considered in the appealed decision of the President of UOKiK, as well as the appeal against the decisions lodged by the Ombudsman. The case comment mainly covers issues related to the possibility of taking into account non-economic considerations in the assessment of a planned concentration.

**Key words:** merger control; antitrust law; competition law.

**JEL:** K21

**Damian Kopera, Filip Wiliński**, The issue of 'killer acquisitions' in the light of the *Illumina/Grail v European Commission* case

#### Table of contents

- I. Introduction – the problem of killer acquisitions
- II. Referral mechanism of Article 22 of Regulation 139/2004
- III. The Illumina/Grail transaction

- IV. Illumina's complaint
- V. Assessment by the Court of First Instance
- VI. Conclusions

**Summary:** The article refers to the issue of 'killer acquisitions' in the light of the *Illumina/Grail v. Commission* case. It explains the difficulties associated with so-called 'killer acquisitions', describes the facts of the analyzed case and the most important assumptions of the European Commission's new Guidelines on the application of Article 22 of the EU Merger Regulation. The paper presents also critical views concerning the *Illumina/Grail* case. The purpose of the article is to outline the issue of 'killer acquisitions' in light of the European Commission's new policy, as well as potential problems that the undertakings may face in this regard.

**Key words:** Article 22 of Regulation 139/2004; Grail; Illumina; merger control; legal certainty; internal market; killer acquisitions.

**JEL:** K21

## Reports

**Report from the Congress of Competition Protection Law (entitled 'Competition protection institutions – how do they serve us?'), held in Warsaw, 7 and 8 June, 2022 (Piotr Semeniuk)**

**Report from the conference 'Trends in competition protection in Poland' held in Warsaw, 14 June 2022 (Monika Woźniak-Cichuta)**

## Book Reviews

**Review of the book of T. Krzyżewski: 'Non-compete obligations in Polish and EU antitrust law', C.H. Beck, Warsaw 2022 (Cezary Banasiński)**

# internetowy KWARTALNIK ANTYMONOPOLOWY I REGULACYJNY

## REKOMENDOWANY SKRÓT CYTOWANIA iKAR

---

### PODSTAWOWE INFORMACJE DLA AUTORÓW

Teksty do opublikowania w iKAR winny być dostarczane na skrzynkę mailową redakcji (ikar@wz.uw.edu.pl) jako dokumenty elektroniczne w edytorach MS Word (2000/XP/2003) lub Open Office.

Artykuły powinny zawierać także spis treści, streszczenie i słowa kluczowe.

Artykuły powinny zawierać nie mniej niż 4500, a nie więcej niż 9000 słów.

Redakcja będzie dbać, żeby w iKAR nie miały miejsca przypadki ghostwriting czy guest authorship.

### ZASADY RECENZOWANIA

Wszystkie teksty każdego numeru iKAR są wstępnie recenzowane przez redaktora tematycznego.

Artykuły są oceniane przez dwóch niezależnych recenzentów spoza CARS. Autorzy i recenzenci nie znają swoich tożsamości (*double blind peer review*).

Recenzja jest sporządzana na formularzu w wersji dla tekstów prawnych i ekonomicznych, dostępnym na stronie [www.ikar.wz.uw.edu.pl](http://www.ikar.wz.uw.edu.pl). Recenzja kończy się jednoznacznym wnioskiem co do dopuszczenia artykułu do publikacji lub jego odrzucenia.

Zbiorcza lista recenzentów iKAR jest publikowana w ostatnim numerze iKAR w danym roku.

### PRAWA AUTORSKIE

Publikacja jest bezpłatna. Wszystkie teksty wydawane są na zasadzie otwartego dostępu i na licencji CC BY 4.0 Creative Commons – Uznanie autorstwa (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode.pl>).

Korzystanie z zawartości całego numeru oraz z każdego z jego tekstów jest zatem uzależnione wyłącznie od akceptowania przez użytkownika trzech zasad: uznania autorstwa, korzystania z tekstów tylko dla celów niekomercyjnych oraz nietworzenia na ich bazie utworów zależnych.

### UDOSTĘPNIANIE

iKAR jest publikowany pierwotnie w wersji elektronicznej za pośrednictwem odrębnej strony internetowej [www.ikar.wz.uw.edu.pl](http://www.ikar.wz.uw.edu.pl).

Jest udostępniany w wersji .pdf dostosowanej m.in. do e-booków.

Będzie także dostępny we wszystkich najważniejszych polskich bazach wolnego dostępu oraz – na zasadach niewyłącznych – w bazach największych polskich wydawców książek i czasopism z zakresu prawa, ekonomii i zarządzania.

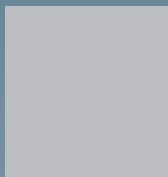
## CENTRUM STUDIÓW ANTYMONOPOLOWYCH I REGULACYJNYCH



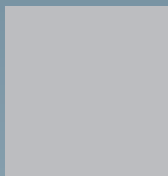
prowadzi badania naukowe



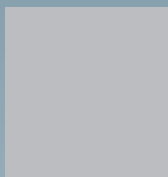
wydaje książki i periodyki,  
w tym YARS [www.yars.wz.uw.edu.pl](http://www.yars.wz.uw.edu.pl)  
oraz iKAR [www.ikar.wz.uw.edu.pl](http://www.ikar.wz.uw.edu.pl)



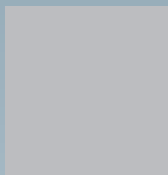
organizuje konferencje naukowe i warsztaty



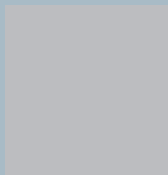
świadczy usługi doradcze i prowadzi  
szkolenia



oferuje studia podyplomowe ARIS  
[www.aris.wz.uw.edu.pl](http://www.aris.wz.uw.edu.pl)



prowadzi Otwarte Seminarium Doktoranckie



współpracuje z instytucjami naukowymi  
w kraju i zagranicą oraz z organami  
regulacyjnymi (UKE, URE, UTK)