

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 państwowe¹ 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 państwie². KE³ 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)⁴. 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 139/2004⁵. Podejście KE do oceny takich transakcji uległo oficjalnie zmianie wraz z publikacją

¹ 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.

² Nowe kryteria zgłoszeniowe w postaci wartości transakcji wprowadziły np. Niemcy i Austria.

³ 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).

⁴ 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.

⁵ 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 farmaceutycznym⁶. 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 UE⁷, 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 139/2004⁸.

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 badania⁹. Zaznaczyła jednocześnie, że nowe podejście nie będzie ograniczone do konkretnego sektora gospodarki¹⁰. Każdorazowo decyzja będzie podejmowana w oparciu o wszelkie istotne okoliczności¹¹.

KE zapowiedziała w Wytycznych współpracę z państwami członkowskimi mającą na celu uchwycenie transakcji, które mogą podlegać pod art. 22 rozporządzenia 139/2004¹². 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 139/2004¹³. 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 członkowskiego¹⁴.

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 dokonaniem¹⁵. Wniosek musi zostać złożony najpóźniej w ciągu 15 dni roboczych od daty powiadomienia danego państwa członkowskiego o takiej koncentracji w inny

⁶ Zob. *ibidem*, akapit 9.

⁷ Zob. *ibidem*, akapit 10.

⁸ Zob. *ibidem*, akapit 11.

⁹ Zob. *ibidem*, akapit 19.

¹⁰ Zob. *ibidem*, akapit 20.

¹¹ Zob. *ibidem*, akapit 22.

¹² Zob. *ibidem*, akapit 23.

¹³ Zob. *ibidem*, akapit 24.

¹⁴ Zob. *ibidem*, akapit 26.

¹⁵ 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 odesłania¹⁶. 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)¹⁷.

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.

¹⁶ Zob. *ibidem*, akapit 28.

¹⁷ 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 USD¹⁸. 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 fazy¹⁹.

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 kadrę²⁰. 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 wewnętrznym²¹. 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 koncentracji²².

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 administracji²³.

¹⁸ 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 (29.07.2022).

¹⁹ 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 (29.07.2022).

²⁰ 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 (29.07.2022).

²¹ 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 (29.07.2022).

²² Zob. wyr. SPI, T-227/21 *Illumina Inc. v. Komisja*, akapit 84.

²³ 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 odesłanie²⁴.

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 członkowskiego²⁵.

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 KE²⁶. 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. przesłanek²⁷. W ramach wykładni historycznej SPI uznał, że poprzedniczka rozporządzenia 139/2004, tj. rozporządzenie 4064/89²⁸ 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 sprawy²⁹. Przyjął on jednocześnie, że również wykładnia systemowa art. 22 rozporządzenia 139/2004 nie uzależnia przekazania sprawy od treści krajowych reguł kontroli koncentracji³⁰. 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

²⁴ Zob. wyr. SPI, T-227/21 *Illumina Inc. v. Komisja*, akapit 84.

²⁵ Zob. ibidem, akapit 89.

²⁶ Zob. ibidem, akapit 90.

²⁷ Zob. ibidem, akapit 91.

²⁸ 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).

²⁹ Zob. wyr. SPI, T-227/21 *Illumina Inc. v. Komisja*, akapit 98.

³⁰ Zob. ibidem, akapit 139.

rynek wewnętrzny³¹. 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 wewnętrzny³².

Zdaniem SPI, stosowanie art. 22 rozporządzenia 139/2004, niezależnie od krajowych progów zgłoszeniowych, jest zgodne z zasadą pomocniczości³³. 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 organ³⁴. 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 zastosowanie³⁵. 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 konieczne³⁶.

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 KE³⁷. 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 Francji³⁸.

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 sprawy³⁹. 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 medialnych⁴⁰. W alternatywnej części zarzutu, SPI wskazał, że pomimo iż zaprosze-

³¹ Zob. *ibidem*, akapit 142.

³² Zob. *ibidem*, akapit 143.

³³ Zob. *ibidem*, akapit 165.

³⁴ *Ibidem*, akapit 165.

³⁵ Zob. *ibidem*, akapit 171.

³⁶ Zob. *ibidem*, akapit 171–172.

³⁷ Zob. *ibidem*, akapit 176 i 178.

³⁸ Zob. *ibidem*, akapit 175.

³⁹ Zob. *ibidem*, akapit 214.

⁴⁰ 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 wysłuchanym⁴¹. 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 UE⁴². 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 treści⁴³.

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 członkowskimi⁴⁴. 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*⁴⁵. 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 wewnętrznym⁴⁶.

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 nieskuteczne⁴⁷. Z analogicznych względów, w ocenie Sądu, należało odrzucić argument, że Wytyczne zostały przyjęte po wysłaniu zaproszeń do składania wniosków o odesłanie⁴⁸.

Zdaniem SPI Illumina nie wykazała, że KE złożyła zapewnienie co do zmiany podejścia do koncentracji niewchodzących w zakres krajowych reguł kontroli koncentracji⁴⁹. 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 przeszłości⁵⁰. Zarzut ten nie został przez SPI uwzględniony. W związku z nieuwzględnieniem żadnego z trzech powyższych zarzutów, skarga Illuminy została oddalona.

⁴¹ Zob. *ibidem*, akapit 245.

⁴² HGA i Inni przeciwko Komisji, C-630/11 P do C-633/11 P, EU:C:2013:387, akapit 132 i cytowane tam orzecznictwo.

⁴³ Zob. wyr. SPI, T-227/21 *Illumina Inc. v. Komisja*, akapit 257.

⁴⁴ Zob. *ibidem*, akapit 258–259.

⁴⁵ Zob. *ibidem*, akapit 260.

⁴⁶ Zob. *ibidem*, akapit 261.

⁴⁷ Zob. *ibidem*, akapit 262.

⁴⁸ *Ibidem*, akapit 262.

⁴⁹ Zob. *ibidem*, akapit 263.

⁵⁰ 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.