

Ewolucja regulacji testów oceny koncentracji w polskim prawie antymonopolowym

1. Wprowadzenie

Akcesja Polski do UE spowodowała zmiany o charakterze fundamentalnym dla polskiego systemu prawnego. Dobrym przykładem tego wpływu jest polskie prawo antymonopolowe. Prawo to rozwijało się równocześnie wraz z wdrażaniem w Polsce gospodarki wolnorynkowej oraz postępującej integracji ze strukturami europejskimi. Oceniając rozwój polskiego prawa antymonopolowego w ostatniej dekadzie XX w., można wskazać, że harmonizacja tego prawa z prawem unijnym była jednym z najważniejszych czynników jego rozwoju¹. Obowiązek zbliżenia polskiego ustawodawstwa z prawem unijnym wynikał wprost z art. 68 i 69 Układu Europejskiego², który zobowiązywał władze polskie do zbliżenia istniejącego i przyszłego prawa polskiego z prawem wspólnotowym³, a kolejne zmiany polskiego ustawodawstwa antymonopolowego były realizacją obowiązku zbliżania polskiego ustawodawstwa do regulacji europejskich⁴.

Pierwsza polska ustawa antymonopolowa z 24.2.1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym⁵ miała charakter kompleksowy i zawie-

¹ M. Błachucki, Development of EC antitrust procedure and harmonisation of Polish antitrust procedure, Economic Papers Nr 39, Warszawa 2005, s. 223.

² Układ Europejski ustanawiający stowarzyszenie między Rzeczpospolitą Polską a Wspólnotami Europejskimi i ich państwami członkowskimi, podpisany w Brukseli 16.12.1991 r., Dz.U. z 1994 r. Nr 11, poz. 38 ze zm.

³ Szczegółowa charakterystyka Układu Europejskiego zob. S. Soltysieński, Układ o stowarzyszeniu między Polską a Wspólnotami Europejskimi, PiP 1992, z. 6, s. 4 i n., oraz *tenże*, Dostosowanie prawa polskiego do wymagań Układu Europejskiego, PiP 1996, z. 4–5, s. 39 i n.

⁴ Dokładnego przeglądu rozwoju polskiego ustawodawstwa antymonopolowego z punktu widzenia harmonizacji prawa polskiego i unijnego dokonuje I. Wiszniewska, Dostosowanie polskiego prawa antymonopolowego do prawa europejskiego, SP 1996, Nr 1–4, s. 138 i n.

⁵ Tekst pierwotny Dz.U. Nr 14, poz. 88.

rała przepisy materialne i procesowe. Była ona jednak daleka od doskonałości i stąd wielokrotnie ją nowelizowano. Najistotniejsza zmiana nastąpiła w 2001 r., kiedy to ustawa antymonopolowa z 1990 r. została zastąpiona przez ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów z 15.12.2000 r.⁶ Ustawa antymonopolowa z 2000 r. stanowiła istotny przełom w rozwoju polskiego prawa antymonopolowego. Jak wskazuje uzasadnienie projektu tej ustawy, została ona uchwalona z uwagi na konieczność harmonizacji polskiego prawa z prawem unijnym, dostosowanie do nowej Konstytucji RP⁷ oraz chęć udoskonalenia systemu ochrony konkurencji w Polsce⁸. Podkreśla się, że systematyka ustawy, w tym podział antykonkurencyjnych praktyk przedsiębiorców, bazował na prawie europejskim⁹. Ustawa antymonopolowa z 2000 r. została zastąpiona przez obecnie obowiązującą ustawę z 16.2.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów¹⁰, która wprowadziła jedynie zmiany o ograniczonym charakterze.

Przyjęcie dorobku unijnego zmieniło istotnie relacje pomiędzy polskim i unijnym prawem ochrony konkurencji na wszystkich płaszczyznach, tj. materialnoprawnej, procesowej oraz ustrojowej. Nie wchodząc w szczegółowe zagadnienia kształtujące się na tym tle, które były przedmiotem analizy w literaturze przedmiotu¹¹, jedno zagadnienie wymaga szczególnej uwagi z punktu widzenia przedmiotu prezentowanego opracowania, tj. regulacja testu oceny koncentracji. Test oceny koncentracji stanowi kluczowe narzędzie badawcze pozwalające określić, które koncentracje zagrażają interesowi publicznemu i z tego powodu powinny zostać zmodyfikowane lub wręcz zablokowane. Zagadnienie to jest bardzo dobrą ilustracją procesu kształtowania się polskiego prawa antymonopolowego pod wpływem prawa europejskiego, jak również tezy o postępującej ekonomizacji prawa antymonopolowego¹². Dzięki ujęciu tego zagadnienia w ogólnym kontekście historycznym i teoretycznym zidentyfikowane zostaną implikacje przyjętych rozwiązań, co da postawę do ich oceny, również w kontekście wpływu prawa europejskiego na obecny kształt testów oceny koncentracji w polskim prawie antymonopolowym.

⁶ T.j. Dz.U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 ze zm.

⁷ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.2.1997 r., Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.

⁸ Uzasadnienie projektu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 6.6.2000 r., Druk sejmowy Nr 1996, s. 44–45.

⁹ R. Janusz, M. Sachajko, T. Skoczny, Nowa ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, KPP 2001, Nr 3, s. 176.

¹⁰ Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm., zwana dalej: „OchrKiKU”.

¹¹ Zob. G. Materna, Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji, Warszawa 2009, s. 197 i n.

¹² M. Błachucki, Ekonomia jako podstawa i granica regulacji administracyjnoprawnej na przykładzie przepisów o antymonopolowej kontroli łączenia przedsiębiorców, [w:] S. Wrzosek, M. Domagala, J. Izdebski, T. Stanisławski (red.), Przegląd dyscyplin badawczych pokrewnych nauce prawa i postępowania administracyjnego, Lublin 2010, s. 482 i n.

2. Kontrola koncentracji przedsiębiorców

Test oceny koncentracji służy analizie zgłoszonej transakcji o charakterze koncentracyjnym. Konieczne jest zatem choćby ogólne przybliżenie pojęcia koncentracji gospodarczej oraz celów ustawodawstwa antymonopolowego w odniesieniu do tego zjawiska, aby możliwa była analiza i ocena regulacji samego testu.

W nauce prawa przez pojęcie koncentracji gospodarczej można rozumieć złożony proces integracyjny prawnie niezależnych i odrębnych od siebie podmiotów gospodarczych, polegający na stopniowym skupianiu ich siły ekonomicznej, kapitału, majątku i produkcji w ramach jednego ugrupowania gospodarczego, w którym dochodzi do wyodrębnienia jednostki nadrzędnej sprawującej jednolite kierownictwo, kontrolującej bezpośrednio lub pośrednio kapitałowo i/lub na mocy porozumienia gospodarczego jednostki podrzędne, zmierzający do zwiększenia znaczenia tego ugrupowania na rynku poprzez osiągnięcie pozycji dominującej nad innymi uczestnikami gry rynkowej¹³. Koncentracja przedsiębiorców jest działalnością legalną, w znakomitej większości przypadków racjonalną ekonomicznie i często prowadzi do zwiększenia dobrobytu społecznego.

Funkcją antymonopolowej kontroli koncentracji jest zapobieżenie powstaniu struktury rynku, która nie jest sprzyjająca istnieniu efektywnej konkurencji. Tego rodzaju struktura wiąże się z powstaniem po stronie przedsiębiorcy istotnej siły rynkowej, ale niekoniecznie musi skutkować powstaniem pozycji dominującej¹⁴. Kontrola łączenia przedsiębiorców nie służy bowiem tylko zapobieżeniu przyszłemu nadużywaniu uzyskanej siły rynkowej, ale także zachowaniu konkurencyjnej struktury rynkowej, która prowadzić powinna do zwiększenia dobrobytu społecznego i dobrobytu konsumentów¹⁵. Antymonopolowa kontrola łączenia przedsiębiorców, stanowiąc wyjątek od zasady wolności gospodarczej, powinna być zatem ukształtowana w ten sposób, aby nie hamować naturalnych zmian rynkowych, ale powstrzymać jedynie te, które mogą kształtować potencjalnie szkodliwe struktury rynkowe. Tak ukształtowana aksjologia kontroli łączenia przedsiębiorców ma istotne przełożenie na kształt przepisów materialnych i procesowych. Skutkuje ona bowiem tym, że Prezes UOKiK ma obowiązek wydać zgodę na zgłoszony zamiar łączenia przedsiębiorców, chyba że stwierdzi istnienie przesłanki negatywnej, tj. zaistnienie istotnego ograniczenia konkurencji będącego skutkiem planowanej koncentracji. Oceniając zgłoszony zamiar koncentracji, Prezes UOKiK stosuje test oceny koncentracji. Test oceny

¹³ A.K. Jażdżewski, Koncentracja gospodarcza jako forma współdziałania gospodarczego – uwagi teoretycznoprawne, RPEiS 2000, z. 2, s. 97.

¹⁴ K. Fountoukakos, S. Ryan, A New Substantive Test For Merger Control, European Competition Law Review 2005, Nr 5, s. 280.

¹⁵ R. Whish, Competition Law, OUP, Oxford 2009, s. 806.

koncentracji ma zatem kluczowe znaczenie w procesie antymonopolowej kontroli łączenia przedsiębiorców, gdyż wyraża on jednocześnie wartość chronioną oraz stanowi granicę interwencji administracyjnoprawnej.

3. Rodzaje testów oceny koncentracji

Test oceny koncentracji stanowi zestaw przesłanek pozwalających na ocenę, jaki notyfikowana organowi antymonopolowemu koncentracja wywiera wpływ na rynek. Przesłanki te stanowią pewne kategorie ekonomiczne, którym zostaje przypisany prawnie relewantny skutek. Istotnymi cechami budowy norm testu oceny koncentracji jest ich ogólność i lakoniczność oraz odesłanie do pozaprawnego systemu reguł ich interpretacji, tj. ustaleń ekonomii. Nie wyklucza to jednak istnienia testów oceny koncentracji o charakterze subsydiarnym, które będą bazowały na innych – pozaekonomicznych wartościach. Taka budowa norm prawa antymonopolowego jest immanentną cechą tej gałęzi prawa, a w szczególności materialnoprawnej regulacji kontroli koncentracji. Ta technika legislacyjna zapewnia niezbędną elastyczność przepisów i jest dostosowana do specyfiki przedmiotu regulacji¹⁶.

Test oceny koncentracji pozwala na odróżnienie koncentracji antykonkurencyjnych od koncentracji, których wpływ na rynek jest pozytywny lub neutralny. Testy oceny koncentracji mogą być oparte o przesłanki ekonomiczne związane z konkurencją lub też mogą opierać się na rozważaniach bazujących na interesie publicznym. Pierwsza grupa stanowi podstawowy zbiór testów oceny koncentracji, a testy oparte o interes publiczny zwykle mają charakter uzupełniający. W ramach grupy testów oceny koncentracji opartych o przesłanki ekonomiczne związane z konkurencją możemy wyróżnić test dominacji oraz test istotnego ograniczenia konkurencji¹⁷. Warto pamiętać, że te obydwa testy, mimo odmiennego sformułowania, służą temu samemu celowi, tj. identyfikacji zagrożeń związanych z koncentracją. Co istotne także, w praktyce legislacyjnej możemy się spotkać z testami hybrydowymi, łączącymi obydwa rodzaje testów, które obowiązywały np. w polskim ustawodawstwie antymonopolowym w latach 2000–2004¹⁸.

Zgodnie z testem dominacji koncentracja ma charakter antykonkurencyjny, jeżeli przedsiębiorca posiada pozycję dominującą. Oznacza to, że zgłoszona koncentracja zostanie zakazana, jeżeli w wyniku jej przeprowadzeniu

¹⁶ M. Błachucki, *Ekonomia jako podstawa...*, s. 491 i 492.

¹⁷ Substantive Criteria used for Merger Assessment, OECD 2002, www.oecd.org (20/04/11), s. 19.

¹⁸ W ówczesnym brzmieniu ustawy antymonopolowej art. 17 określał, że Prezes UOKiK, w drodze decyzji, wydaje zgodę na dokonanie koncentracji, w wyniku której nie powstanie lub nie umocni się pozycja dominująca na rynku i wskutek czego konkurencja na rynku nie zostanie istotnie ograniczona.

mogłaby powstać lub ulec wzmocnieniu pozycja dominująca przedsiębiorcy. Dominacja rynkowa oznacza zwykle sytuację, kiedy przedsiębiorca posiada siłę rynkową pozwalającą mu na działanie na rynku, w sposób niezależny od konkurentów, kontrahentów czy konsumentów. Analiza organu antymonopolowego prowadzona jest w kierunku zaistnienia lub wzmocnienia pozycji dominującej przedsiębiorców po koncentracji. Ważnym wskaźnikiem siły rynkowej są udziały rynkowe, a ustawodawstwo antymonopolowe może wręcz tworzyć domniemania prawne związane z osiągnięciem określonych udziałów rynkowych¹⁹. Dominacja rynkowa może mieć charakter jednostronny, ale również zbiorowy. Zbiorowa pozycja dominująca ma miejsce wtedy, kiedy w wyniku koncentracji tworzy się struktura rynkowa sprzyjająca antykonkurencyjnej kooperacji pomiędzy uczestnikami rynku, przybierając zwykle formę kooperacyjnego oligopolu (ang. *collusive oligopolies*). Zaletą testu dominacji jest wspólny dorobek orzecznicy i doktrynalny zbudowany na bazie przepisów o zakazie nadużywania pozycji dominującej i kontroli koncentracji. Ponadto pojęcie „dominacji rynkowej” stwarza większą pewność prawną i możliwość poprawnej samooceny przedsiębiorcy niż w przypadku stosowania pojęcia i testu istotnego ograniczenia konkurencji²⁰.

Test istotnego ograniczenia konkurencji wskazuje, że antykonkurencyjny charakter będą miały te koncentracje, które prowadzą do istotnego ograniczenia konkurencji (ang. *significant impediment to effective competition* – SIEC). Analiza organu antymonopolowego prowadzona jest dwustopniowo. Po pierwsze, identyfikowany jest typ skutków, które związane są z notyfikowaną transakcją np. horyzontalne, wertykalne czy konglomeratowe. Następnie badany jest charakter tych skutków (anty- czy prokonkurencyjny)²¹. W odróżnieniu od testu dominacji analiza na podstawie testu SIEC nie skupia się tak bardzo na strukturze rynku, czyli definicji rynku i udziałach rynkowych, ale analizuje istniejące otoczenie rynkowe, w tym bariery wejścia, znaczenie innowacji, rozwój rynku, rodzaj produktów czy usług. Ponadto szczególnym przedmiotem badania jest prognoza, jak wzrośnie siła rynkowa przedsiębiorcy po koncentracji, w szczególności w kontekście możliwości swobodnego kształtowania cen przez danego przedsiębiorcę. Analiza rynkowa na gruncie tego testu jest bardziej elastyczna i osadzona w badaniach ekonomicznych. Odejście od sztywnych domniemań stwarzać może większe możliwości uzasadnienia

¹⁹ Przykładowo, zgodnie z definicją legalną pozycji dominującej zawartą w polskiej ustawie antymonopolowej, przez pozycję dominującą rozumie się przez to pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów; domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40% (art. 4 pkt 10 OchrKiKU).

²⁰ A. Heimler, Was the change of the test for merger control in Europe justified? As assessment (our years after the introduction of SIEC), *European Competition Journal* 2008, Nr 1, s. 86 i n.

²¹ M. Rosenthal, S. Thomas, *European Merger Control*, München 2010, s. 87.

i wykazywania ograniczeń konkurencji związanych z notyfikowaną transakcją, nawet w przypadku mniejszych niż 40% udziałów rynkowych zgłaszających przedsiębiorców. Oznacza to, że organ antymonopolowy nie może polegać na jednym wskaźniku, ale bierze pod uwagę całość zidentyfikowanych problemów rynkowych, które niesie koncentracja i prawdopodobieństwo ich pogłębienia w przyszłości²².

Od połowy pierwszej dekady XXI w. możemy zaobserwować w Europie odwrót od stosowania testu dominacji na rzecz testu istotnego ograniczenia konkurencji. Szczególnej dynamiki tendencja ta nabrała wraz z przyjęciem testu SIEC na gruncie europejskiego prawa ochrony konkurencji w rozporządzeniu 139/2004²³. Zmiany te uzasadniane są tendencją do ekonomizacji prawa ochrony konkurencji i odejściem od sztywnych, formalistycznych reguł, charakterystycznych dla wczesnego stadium rozwoju tego prawa. Dla wielu państw europejskich, w tym i Polski, podstawowym impulsem do zmian, była zmiana w prawie europejskim. Merytorycznego uzasadnienia zmian poszukuje się w twierdzeniu, że test dominacji ma zbyt ograniczony zakres i skutkuje powstaniem „dziury” jurysdykcyjnej, pozwalającej na autoryzowanie antykonkurencyjnych transakcji²⁴. Istnienie tej dziury powoduje niemożność zablokowania transakcji, w których udziały rynkowe przedsiębiorców kształtują się poniżej poziomu, z którym prawo wiąże domniemanie dominacji, ale mimo to transakcje te prowadzą do antykonkurencyjnych rezultatów, w szczególności w postaci niekontrolowanej podwyżki cen. W świetle tego poglądu test dominacji nie daje podstaw do zakwestionowania koncentracji, która prowadzi do powstania lub umocnienia niekooperacyjnego oligopolu (ang. *non-collusive oligopoly*). Niekooperacyjny oligopol to sytuacja, kiedy żadna z kilku firm działających na rynku nie posiada pozycji dominującej, a co więcej, brak jest strukturalnych form prowadzących do antykonkurencyjnej kooperacji rynkowej i stąd nie można mówić o istnieniu zbiorowej pozycji dominującej. Jednakże niekooperacyjny oligopol prowadzi do zaniku presji konkurencyjnej, która istniała przed koncentracją, co prowadzić może do ogólnej zwyżki cen na rynku. Brak presji konkurencyjnej umożliwi przedsiębiorcy jednostronne podnoszenie ceny, nawet kosztem odejścia niektórych konsumentów do konkurentów. Nowy test SIEC wyposaża organ antymonopolowy w adekwatne narzędzia prawne do przeciwdziałania takim zagrożeniom²⁵.

²² U. Schwalbe, D. Zimmer, *Law and Economics in European Merger Control*, OUP, Oxford 2009, s. 191.

²³ Rozporządzenie Rady Nr 139/2004 z 20.1.2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, Dz.Urz. UE L Nr 24, s. 1–22 z 29.1.2004 r.

²⁴ K. Fountoukakos, S. Ryan, *A New Substantive Test for EU Merger Control*, *European Competition Law Review* 2005, Nr 5, s. 282 i n.

²⁵ K. Fountoukakos, S. Ryan, *A New Substantive*, s. 289 i n.

4. Rozwój testów oceny koncentracji w polskim prawie antymonopolowym

Pierwsza polska ustawa antymonopolowa dostosowana do zasad gospodarki wolnorynkowej, tj. ustawa z 24.2.1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym, jest przykładem początkowego okresu rozwoju ustawodawstwa antymonopolowego. Już sama jej nazwa wskazywała, że główny punkt ciężkości przesunięty był na przeciwdziałanie antykonkurencyjnym praktykom przedsiębiorców, a w mniejszym stopniu na pełną ochronę konkurencji. Potwierdzała to zresztą swoista preambuła ustawy, gdzie wskazywano, że została ona uchwalona „w celu zapewnienia rozwoju konkurencji, ochrony podmiotów gospodarczych narażonych na stosowanie praktyk monopolistycznych oraz ochrony interesów konsumentów”. Oznaczało to, że podstawową funkcją ustawy było „przeciwdziałanie praktykom monopolistycznym podmiotów gospodarczych oraz ich związków” (art. 1). Mimo to ustawa zawierała przepisy dotyczące kontroli łączenia przedsiębiorstw. Poświęcony był temu rozdział 3 ustawy regulujący oddziaływanie na kształtowanie struktur organizacyjnych podmiotów gospodarczych. Kluczowym przepisem był art. 11 ust. 1, który stanowił, że „zamiar łączenia i przekształcenia podmiotów gospodarczych podlega zgłoszeniu Urzędowi Antymonopolowemu. Zamiar utworzenia podmiotu gospodarczego podlega zgłoszeniu, w razie gdy podmiot ten mógłby uzyskać pozycję dominującą na rynku albo jedna ze stron tworzących nowy podmiot gospodarczy pozycję taką posiada”. Konstrukcja tego przepisu jest o tyle interesująca, że wprowadzając test oceny koncentracji, jednocześnie określał on zakres obowiązku zgłoszenia koncentracji.

Test oceny koncentracji zawarty w art. 11 ustawy antymonopolowej z 1990 r. był testem dominacji. Co istotne, test ten był jednoczęściowy i nie zawierał dodatkowych postanowień. W swoim kształcie odzwierciedlał on ówczesny stan rozwoju prawa antymonopolowego. Skupiał się przede wszystkim na strukturze rynku, kładąc nacisk na przesłankę dominacji. Jednocześnie należy podkreślić, że ustawa zawierała własną definicję pozycji dominującej oraz jej kwalifikowanej postaci – pozycji monopolistycznej. Zgodnie z art. 2 pkt 7 ustawa przyjmowała, że przedsiębiorca posiada pozycję dominującą, jeżeli „podmiot ten nie spotyka się z istotną konkurencją na rynku krajowym lub lokalnym; domniemywa się, że podmiot gospodarczy ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku przekracza 30%”²⁶. Natomiast pozycję monopolistyczną przedsiębiorca posiada wtedy, kiedy „nie spotyka się z konkurencją na rynku krajowym lub lokalnym”²⁷. Omawiając test dominacji w ustawie z 1990 r., należy pamiętać o otoczeniu społecznym i gospodarczym. W okresie

²⁶ Od 1991 r. próg ten został zwiększony i wynosił 40%.

²⁷ Należy jednak pamiętać, że obydwa domniemania były wzruszalne.

tym Polska przeprowadzała transformację gospodarczą, przechodząc z gospodarki zmonopolizowanej do wolnorynkowej. W tej sytuacji podstawowym zadaniem organu antymonopolowego była demonopolizacja gospodarki i zmiana jej struktury. W tej sytuacji nie dziwi przyjęcie prostego testu dominacji i skupienie się przy analizie właśnie na zapewnieniu konkurencyjnej struktury rynku.

Podkreślić należy, że test dominacji nie był jedynym testem oceny koncentracji stosowanym w ustawie antymonopolowej z 1990 r. Ustawa ta zawierała również swoisty test istotnego ograniczenia konkurencji. Przyjęto bowiem rozwiązanie, zgodnie z którym niektóre formy koncentracji przedsiębiorców były traktowane jako praktyki monopolistyczne. Zgodnie z pierwotnym brzmieniem art. 4 ust. 1 pkt 3 ustawy antymonopolowej z 1990 r. praktyką monopolistyczną było „nabywanie udziałów lub akcji spółek bądź majątku podmiotów gospodarczych, jeżeli skutkiem takiego nabycia mogłoby być istotne osłabienie konkurencji”. Co więcej, ustawa zakazywała także pewnych tzw. koncentracji personalnych, określając, że zakazaną praktyką monopolistyczną jest „łączenie przez tę samą osobę funkcji dyrektora, członka zarządu, rady nadzorczej lub komisji rewizyjnej w konkurujących ze sobą podmiotach gospodarczych, z których co najmniej jeden posiada ponad 10% udziału w rynku” (art. 4 ust. 1 pkt 4). Dopiero w 1995 r. przepisy te zostały zmienione, a wszelkie działania koncentracyjne przedsiębiorców były oceniane w ramach przepisów o kontroli koncentracji²⁸.

Pomimo zmian z 1995 r. dualizm stosowanych testów oceny koncentracji pozostał. Jak wskazywał nowy przepis ustawy antymonopolowej z 1990 r., tj. art. 11a ust. 4, organ antymonopolowy mógł wydać decyzję:

- 1) zakazującą łączenia podmiotów gospodarczych, jeżeli w jego wyniku podmioty te uzyskają lub umocniły pozycję dominującą na rynku,
- 2) zakazującą objęcia przez tę samą osobę funkcji wymienionych w art. 11 ust. 2 pkt 5, jeżeli w wyniku tego nastąpiłoby istotne osłabienie konkurencji; domniemywa się, że istotne osłabienie konkurencji ma miejsce, jeżeli łączny udział tych podmiotów w rynku przekracza 10%.

Na przekór istniejącemu wówczas dualizmowi testów oceny koncentracji w praktyce orzeczniczej polskiego organu antymonopolowego podstawowym testem oceny koncentracji był jednak test dominacji.

Kolejna zmiana miała miejsce wraz z uchwaleniem ustawy z 15.12.2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Ustawa ta przewidywała w pierwotnej wersji w art. 17, „że Prezes Urzędu, w drodze decyzji, wydaje zgodę na dokonanie koncentracji, w wyniku której nie powstanie lub nie umocni się pozycja dominująca na rynku i wskutek czego konkurencja na rynku nie zostanie istotnie

²⁸ Zmiana wynika z art. 1 pkt 4 ustawy z 3.2.1995 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym, Dz.U. Nr 41, poz. 208.

ograniczona". Takie sformułowanie testu oceny koncentracji oznaczało jego modyfikację. Z prostego testu dominacji stał się dwuczłowym testem dominacji, wzorowanym na rozwiązaniach zawartych w rozporządzeniu 4064/89²⁹. W istocie był to test hybrydowy: bazując na teście dominacji, zawierał elementy testu istotnego ograniczenia konkurencji. Było to wynikiem chęci uelastycznienia testu i stworzenia miejsca dla poszerzonej analizy ekonomicznej opartej na analizie skutków (ang. *effect based approach*). Co istotne, z uwagi na fakt, że ustawa uchwalona była w okresie przedakcesyjnym, ważnym argumentem za zmianą testu i wprowadzeniu testu hybrydowego była chęć ujednoczenia testów oceny koncentracji w Polsce i w UE.

Ustawa antymonopolowa z 2000 r. po raz pierwszy wprowadziła kolejny test oceny koncentracji, tj. test interesu publicznego. Zgodnie z art. 19 ust. 2 ustawy monopolowej z 2000 r. Prezes UOKiK mógł wydać zgodę na dokonanie koncentracji, w wyniku której konkurencja na rynku zostanie istotnie ograniczona, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku, w przypadku gdy odstępianie od zakazu koncentracji jest uzasadnione, a w szczególności:

- 1) przyczyni się ona do rozwoju ekonomicznego lub postępu technicznego,
- 2) może ona wywrzeć pozytywny wpływ na gospodarkę narodową.

Zaskakuje brak jakiegokolwiek argumentacji, co było przyczyną wprowadzenia tego przepisu do ustawy antymonopolowej. Brak ten jest szczególnie niezrozumiały, z uwagi na fakt, że przepis ten modyfikuje aksjologię ustawy antymonopolowej, otwierając ją na inne polityki publiczne składające się na realizację interesu publicznego. Co równie istotne, test interesu publicznego wprowadza jako jedyny przepis kompetencyjny z zakresu rozstrzygnięć podejmowanych w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców, uznanie administracyjne. Prezes UOKiK uzyskuje istotne narzędzie prawne, dające mu możliwość samodzielnego kształtowania polityki konkurencji.

Motyw harmonizacji polskiego prawa antymonopolowego z europejskim prawem konkurencji towarzyszył zmianie legislacyjnej z 2004 r.³⁰. W wyniku nowelizacji ustawy antymonopolowej z 2000 r. test dominacji został zastąpiony testem istotnego ograniczenia konkurencji w wersji, która obowiązuje do dzisiaj. Jak wskazano w uzasadnieniu projektu zmian, przyczyną wprowadzenia testu istotnego ograniczenia konkurencji była chęć odwrócenia kolejności przeprowadzanej analizy oceny skutków koncentracji. W pierwszej kolejności miał być badany wpływ koncentracji na konkurencję, a dopiero następnie określano, czy przedsiębiorca osiągnie pozycję dominującą. Taki sposób analizy koncentracji pozwala na poszerzenie analizy oraz jej uelastycznienie.

²⁹ Rozporządzenie Rady 4064/89 z 21.12.1989 r. w sprawie kontroli koncentracji pomiędzy przedsiębiorcami, Dz.Urz. WE L Nr 257, s. 13 i n. z 21.9.1990 r.

³⁰ Zmiana wynikała z ustawy z 16.4.2004 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz o zmianie niektórych innych ustaw, Dz.U. Nr 93, poz. 891.

Jak wskazano wcześniej, ważnym powodem zmian była chęć ujednoczenia testu oceny koncentracji w Polsce i w UE³¹. Obowiązująca OchrKiKU zawiera identyczne rozwiązania odnośnie do testu oceny koncentracji.

5. Testy oceny koncentracji w ustawie antymonopolowej z 2007 r.

Z wcześniejszych ustaleń wynika, że test oceny koncentracji może bazować na przesłankach odnoszących się wyłącznie do zagadnień związanych z konkurencją i argumentacją ekonomiczną, ale może także dopuszczać uzasadnienia pozaekonomiczne. Polska ustawa antymonopolowa wprowadza dwa testy oceny koncentracji, tj. test istotnego ograniczenia konkurencji oraz test interesu publicznego.

5.1. Test podstawowy – test istotnego ograniczenia konkurencji

Zgodnie z obowiązującą w Polsce OchrKiKU test oceny koncentracji zawarty jest w art. 18. Przepis ten stanowi, że „Prezes Urzędu, 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”. Analiza tego przepisu dowodzi, że jest to test istotnego ograniczenia konkurencji. Test jest dwuetapowy. W pierwszym etapie badany jest wpływ koncentracji na rynek pod kątem ograniczenia konkurencji. W drugim etapie bada się, czy przedsiębiorca osiągnie pozycję dominującą lub czy nie ulegnie ona wzmocnieniu. Wprowadzanie testu istotnego ograniczenia konkurencji wprowadza ważną zmianę procesową. Nie jest już konieczne wykazywanie posiadania pozycji dominującej w celu ewentualnego zablokowania koncentracji. W nowym teście w znacznie większym stopniu analizie poddawane jest całe otoczenie rynkowe przedsiębiorcy i wpływ na konkurentów, kontrahentów i konsumentów – przeciwieństwo do testu dominacji, gdzie centralnym punktem był przedsiębiorca i analiza zmierzała do wykazania jego pozycji dominującej. W toku badania organ antymonopolowy analizuje możliwe wydajności (ang. *efficiencies*) wiążące się z rozpatrywaną koncentracją. W dotychczasowych sprawach koncentracyjnych przedsiębiorcy niezmiernie rzadko powoływali się na argumenty efektywnościowe (ang. *efficiency defence*). Również praktyka orzecznicza organu antymonopolowego w zakresie przyjmowania istnienia takich wydajności wydaje się bardzo ostrożna.

Analiza orzecznictwa Prezesa UOKiK prowadzi do wniosku, że interpretując test istotnego ograniczenia konkurencji, bierze on w szczególności pod uwagę:

³¹ Uzasadnienie projektu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 6.6.2000 r., Druk sejmowy Nr 1996, s. 44–45.

była chęć ujednoczenia te-
zująca OchrKiKU zawiera
koncentracji.

monopolowej z 2007 r.

ny koncentracji może ba-
do zagadnień związanych
że także dopuszczać uza-
monopolowa wprowadza dwa
enia konkurencji oraz test

na konkurencji

U test oceny koncentracji
es Urzędu, w drodze decy-
miku której konkurencja na
ności przez powstanie lub
tego przepisu dowodzi, że
est dwuetapowy. W pierw-
k pod kątem ograniczenia
siębiorca osiągnie pozycję
Wprowadzanie testu istot-
mianę procesową. Nie jest
inującej w celu ewentual-
z znacznie większym stop-
przedsiębiorcy i wpływ na
eciwiństwie do testu do-
rca i analiza zmierzała do
ia organ antymonopolowy
ce się z rozpatrywaną kon-
ywnych przedsiębiorcy nie-
ywnościowe (ang. *efficiency*
monopolowego w zakresie
ę bardzo ostrożna.

zi do wniosku, że interpre-
e on w szczególności pod

umentów z 6.6.2000 r., Druk

- 1) strukturę rynku – udziały rynkowe przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji oraz ich konkurentów, zmiany okresowe (na przestrzeni lat lub miesięcy) tych udziałów³²,
- 2) koncentrację po stronie dostawców, występowanie istotnej siły nabywczej po stronie kontrahentów³³,
- 3) możliwości wejścia nowych podmiotów na rynek oraz opuszczenia tego rynku przez już działających przedsiębiorców, rodzaj i znaczenie barier wejścia na rynek³⁴,
- 4) wartość oraz zmiany w wyniku koncentracji wskaźników stopnia koncentracji rynkowej CR i HHI³⁵,
- 5) stopień dojrzałości rynku, rolę innowacyjności oraz przejrzystości rynku³⁶,
- 6) symetrię pomiędzy najważniejszymi uczestnikami rynku³⁷,
- 7) homogeniczność oferowanych dóbr i usług³⁸,
- 8) powiązania pomiędzy konkurentami i inne mechanizmy sprzyjające kooperacji rynkowej (problem zachowań paralelnych)³⁹.

O postępującej ekonomizacji testu istotnego ograniczenia konkurencji świadczy dopuszczenie i unormowanie problematyki szczególnych rodzajów wydajności. Oprócz zwyczajnej analizy skutków koncentracji i badania ewentualnych wydajności, jakie ze sobą niesie, organ antymonopolowy może uwzględnić pewne szczególne efekty zwiększenia wydajności przedsiębiorców. Jak stanowi art. 20 ust. 2 pkt 1 OchrKiKU, nawet w przypadku gdy koncentracja prowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji, może ona zostać dopuszczona, jeżeli „przyczyni się ona do rozwoju ekonomicznego lub postępu technicznego”. W toku postępowania dowodowego strona może więc próbować wykazywać zaistnienie tych szczególnych wydajności. Ciężar dowodu spoczywa na przedsiębiorcy. Standard dowodu w takiej sprawie jest niezwykle wysoki i wiąże się z koniecznością bezspornego udowodnienia zwiększenia się dobrobytu konsumentów. Z pewnością tego typu wydajności będą mogły dotyczyć jedynie niektórych rynków, a osiągnięte korzyści powinny dotyczyć jak najszerzej grupy konsumentów. Należy przypuszczać, że ewentualne istotne ograniczenie konkurencji powinno mieć charakter czasowy, a przedsiębiorca powinien wykazać istnienie możliwych warunków powrotu rynku do stanu

³² Decyzja Prezesa UOKiK Nr DKK – 52/2008 z 3.7.2008 r., niepubl.

³³ Decyzja Prezesa UOKiK Nr DKK – 67/09 z 8.10.2009 r., niepubl.

³⁴ Decyzja Prezesa UOKiK Nr DKK – 76/2008 z 24.9.2008 r., niepubl.

³⁵ Decyzja Prezesa UOKiK Nr DOK – 123/05 z 30.9.2005 r., niepubl.

³⁶ Decyzja Prezesa UOKiK Nr DKK – 5/08 z 4.1.2008 r., niepubl.

³⁷ Decyzja Prezesa UOKiK Nr DKK – 11/09 z 17.3.2009 r., niepubl.

³⁸ Decyzja Prezesa UOKiK Nr DKK – 17/09 z 8.4.2009 r., niepubl.

³⁹ Decyzja Prezesa UOKiK Nr DKK – 5/08 z 4.1.2008 r., niepubl.

równowagi w przyszłości. Pomimo istnienia tego przepisu od wielu lat nigdy nie stał się on podstawą rozpatrzenia jakiegokolwiek sprawy.

Obecnie stosowany test oceny koncentracji w pełni odpowiada potrzebom przeciwdziałania antykonkurencyjnym koncentracjom przedsiębiorców i celom ustawy antymonopolowej. Obejmuje sytuacje, kiedy koncentracja wywołuje efekty zarówno jednostronne, jak i efekty skoordynowane. Oznacza to, że możliwe jest przeciwdziałanie powstaniu jednostronnej, jak i zbiorowej, pozycji dominującej. Należy w tym miejscu podkreślić, że w żadnej z dotychczas rozpatrywanych przez organ antymonopolowy spraw nie doszło do ustalenia możliwości powstania zbiorowej pozycji dominującej w wyniku realizacji zamiaru koncentracji i występowania efektów skoordynowanych. To powoduje, że w polskim prawie antymonopolowym koncepcja zbiorowej pozycji dominującej cały czas pozostaje konceptem teoretycznym i brak jest zasadniczo orzecznictwa w tym zakresie⁴⁰. Nie zostały wydane także żadne wytyczne, w jaki sposób pojęcie to rozumiane może być przez organ antymonopolowy.

5.2. Test uzupełniający – test interesu publicznego

Test istotnego ograniczenia konkurencji jest uzupełniony przez test interesu publicznego. Zgodnie z art. 20 ust. 2 pkt 2 OchrKiKU: „Prezes Urzędu wydaje, w drodze decyzji, zgodę na dokonanie koncentracji, w wyniku której konkurencja na rynku zostanie istotnie ograniczona, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku, w przypadku gdy odstąpienie od zakazu koncentracji jest uzasadnione, a w szczególności może ona wywrzeć pozytywny wpływ na gospodarkę narodową”. Omawiany test oceny koncentracji ma charakter komplementarny, co wynika z faktu, że może on mieć zastosowanie dopiero wówczas, jeżeli analiza prowadzona na gruncie testu istotnego ograniczenia konkurencji wykaze, że zgłoszona koncentracja prowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji. Co więcej, zastosowanie tego testu nie ma charakteru obligatoryjnego, ale może mieć miejsce jedynie na wniosek strony. Prezes UOKiK, z urzędu, nie bierze pod uwagę zastosowania tego testu. To przedsiębiorca jako profesjonalista ma pełną wiedzę o rynku, na którym prowadzi działalność, oraz o skutkach, jakie niesie ze sobą notyfikowana koncentracja. W związku z tym to przedsiębiorca jest zmuszony wykazać, że jego indywidualne korzyści, które wynikają z danej transakcji, przekładają się na korzyści ogólnospołeczne, będące udziałem wszystkich uczestników rynku. Rolą procesową organu antymonopolowego jest weryfikacja tych twierdzeń w postępowaniu dowodowym, a na ich podstawie dokonanie wyważe-

⁴⁰ Jedyne rozważania w tym zakresie prowadzące polski organ antymonopolowy do stwierdzenia istnienia zbiorowej pozycji dominującej można znaleźć w stanowisku Prezesa UOKiK oceniającym strukturę rynku dostawców usług telefonii komórkowej. Zob. postanowienie Prezesa UOKiK z 15.2.2006 r., DOK2-073-030/05, niepubl.

nia wartości prawnie chronionych i podjęcie decyzji. Swoistość testu interesu publicznego wynika z faktu, że jest on rozwiązaniem polskim i w odróżnieniu od dużej części przepisów z zakresu kontroli koncentracji nie ma swojego odpowiednika w konstrukcji wspólnotowego rozporządzenia 139/2004. Należy jednak pamiętać, że test interesu publicznego jest przewidziany przez ustawodawstwa innych państw europejskich⁴¹.

Ważną funkcją testu interesu publicznego jest wyposażenie Prezesa UOKiK w uznanie administracyjne, którego istotą jest skonfrontowanie i wyważenie wartości konkurencji oraz innych wartości składających się na interes publiczny. Brak jest w ustawie antymonopolowej, lub choćby w jej uzasadnieniu, szczegółowych wskazówek, w jaki sposób Prezes UOKiK miałby tego wyważenia dokonać. Oznacza to, że organ antymonopolowy musi się kierować własnym rozeznaniem rynku, doświadczeniem życiowym lub praktyką orzecznictwą. Nie bez znaczenia pozostają ogólne dokumenty określające ramy działania Prezesa UOKiK, jak np. uchwalana okresowo przez Radę Ministrów polityka konkurencji państwa.

Kolejnym aspektem procesowym komentowanego przepisu jest istnienie wyjątkowo wysokiego standardu dowodu, który musi przeprowadzić strona. Postępowanie dowodowe w sprawie, w której strona powołuje się na art. 20 ust. 2 OchrKiKU, jest bowiem bardzo skomplikowane. Wynika to z faktu, że każda koncentracja może wywoływać zarówno pozytywne, jak i negatywne skutki rynkowe. Skutki te występują najczęściej równocześnie, co powoduje, że organ antymonopolowy musi po przeprowadzeniu postępowania dowodowego wyważyć wszystkie antykonkurencyjne i prokonkurencyjne następstwa koncentracji. Co istotne, w przypadku stosowania art. 20 ust. 2 OchrKiKU charakter prokonkurencyjnych skutków koncentracji powinien być szczególny, gdyż korzyści z przeprowadzonej transakcji będą musiały dotyczyć możliwie najszerszego kręgu podmiotów. Należy podkreślić, że analiza ta wykracza poza prostą analizę osiągniętych w wyniku koncentracji wydajności (ang. *efficiencies*), albowiem jest już ona dokonywana w trakcie przeprowadzania testu istotnego ograniczenia konkurencji.

Test interesu publicznego jest stosowany wyjątkowo rzadko, co należy przypisać regulacji dotyczącej ciężaru i standardu dowodu. Na gruncie obecnie obowiązującej OchrKiKU żadna sprawa nie została rozstrzygnięta na podstawie tego testu. W okresie wcześniejszym, w latach 2004–2007, łączna liczba spraw nie przekroczyła 5⁴². Znaczenie testu interesu publicznego wzrosło w trakcie kryzysu finansowego, kiedy niektóre kraje UE, ratując swoje syste-

⁴¹ M. Błachucki, R. Stankiewicz, Decyzja zezwalająca na dokonanie koncentracji z naruszeniem testu istotnego ograniczenia konkurencji (art. 20 ust. 2 ustawy antymonopolowej), PUG 2010, Nr 6, s. 7 i 8.

⁴² Sprawy te dotyczyły wyłącznie przedsiębiorstw publicznych z sektorów silnie związanych z bezpieczeństwem narodowym, tj. sektor energetyczny, paliwowy czy wojskowy.

my bankowe, zdecydowały się na autoryzację transakcji o charakterze antykonkurencyjnym, motywując to bezpieczeństwem systemu bankowego oraz jego klientów⁴³. Co warte podkreślenia, Prezes UOKiK nie zmienił swojej linii orzeczniczej w trakcie załamania gospodarczego. Taka polityka polskiego organu antymonopolowego jest słuszna, gdyż kryzysy są naturalnym etapem funkcjonowania gospodarki wolnorynkowej, a antykonkurencyjne koncentracje trwają bardzo długo, obniżając dobrobyt społeczny.

5.3. Ocena ewolucji regulacji testów oceny koncentracji

Zmianę podstawowego testu oceny koncentracji w 2004 r. z testu dominacji na test istotnego ograniczenia konkurencji należy oceniać pozytywnie. Zapewniła ona polskiemu organowi antymonopolowemu większą elastyczność stosowania przepisów o kontroli koncentracji. Dostrzegając zagrożenie⁴⁴, że wprowadzenie testu istotnego ograniczenia konkurencji może ułatwiać blokowanie koncentracji, gdyż Prezes UOKiK nie potrzebuje już wykazywać pełnej niezależności przedsiębiorcy od konkurentów i konsumentów, uzyskanej po koncentracji, z perspektywy kilku lat funkcjonowania w praktyce przedmiotowych rozwiązań, można stwierdzić, że taka zmiana tendencji oceny koncentracji nie miała miejsca. Dane empiryczne za lata 2005–2011 pokazują, że praktyka orzecznicza Prezesa UOKiK nie uległa istotnej zmianie ani też liczba zablokowanych koncentracji się nie zwiększyła i utrzymuje się na tym samym niskim poziomie. Z drugiej natomiast strony wprowadzenie testu istotnego ograniczenia konkurencji nakłada więcej obowiązków na organ antymonopolowy. Nowy test oceny koncentracji zmusza bowiem organ antymonopolowy do przeprowadzania wnikliwej analizy rynkowej i szerokich analiz ekonomicznych w wielu sprawach, które wcześniej nie stałyby się przedmiotem porównywalnej dogłębnej analizy.

Z praktyki orzeczniczej Prezesa UOKiK przed 2004 r. można wywnioskować, że mimo dwustopniowego testu naprawdę istotna była pierwsza część testu oceny koncentracji – dotycząca dominacji. Analizując orzecznictwo organu antymonopolowego, można zauważyć, że jeżeli w toku analizy ustalono, że przedsiębiorca uzyska lub umocni pozycję dominującą, inne aspekty sprawy nie podlegały szczegółowemu badaniu. Dopiero wprowadzanie testu istotnego ograniczenia konkurencji zmieniło tę sytuację. Należy wskazać, że zmiana ta nie oznacza, że dorobek orzeczniczy z zakresu testu dominacji stał się nieaktualny. Wprost przeciwnie, zachował on swoją aktualność i nadal jest

⁴³ Przykładem może być Zjednoczone Królestwo. Szerzej zob. *C. Pouncey, I. Bukovics*, Merger control, Credit Crunch Style: UK government Intervention in the Lloyds/HBOS Merger, *European Competition Law Review* 2009, Nr 2, s. 67 i n.

⁴⁴ Wskazuje na nie *G.J. Werden*, Unilateral competitive effects and the test for merger control, *European Competition Journal* 2008, Nr 1, s. 101.

wykorzystywany. W przypadku fuzji horyzontalnych analizy rynkowe zwykle prowadzą do kwestii dominacji i ustalenia istnienia efektów jednostronnych. Natomiast wpływ nowego testu należy widzieć w ten sposób, że otworzyły się nowe pola analiz dla organu antymonopolowego, które w sposób istotny uzupełniły analizy skutków koncentracji oraz nadały im nową formę.

Co ciekawe, dostosowanie orzecznictwa do zmiany testu postępowało systematycznie w czasie. Widać to dobrze na przykładzie dwóch decyzji dotyczących fuzji pomiędzy sieciami marketów. Porównując decyzję Ahold/Carrefour⁴⁵, wydaną w 2007 r., i JMD/Plus Discount⁴⁶, wydaną w 2008 r., gdzie obydwie dotyczą takiego samego rynku i wywołują podobne zagrożenia dla konkurencji, przeprowadzona analiza różni się zauważalnie. O ile w pierwszej z wymienionych decyzji uzasadnienie decyzji skupiało się na wykazaniu pozycji dominującej, o tyle w przypadku drugiej decyzji uzasadnienie koncentrowało się głównie na stopniu zagrożenia dla konkurencji ze strony przejmującego przedsiębiorcy na rynkach lokalnych. Sprawy te pokazują, że nawet w przypadku przyjęcia testu istotnego ograniczenia konkurencji zmiana praktyki orzeczniczej zajmuje sporo czasu, a także iż umiejętne stosowanie testu dominacji nie musi rodzić innych skutków niż stosowanie testu istotnego ograniczenia konkurencji.

Wprowadzenie nowego testu oceny koncentracji nie wpłynęło w sposób szczególny na wydawanie decyzji warunkowych i sposób kształtowania warunków. Zarówno przed, jak i po 2004 r. Prezes UOKiK starał się przede wszystkim nakładać warunki strukturalne, a dopiero w uzasadnionych przypadkach decydowano się na warunki behawioralne. Można też wskazać, że nakładanie typu warunków bardziej zależy od branży niż od stosowanego testu. Przykładowo w sprawach połączeń sieci marketów Carrefour/Ahold czy Jeronimo Martins/Plus Discount zastosowanie miały warunki strukturalne, tj. nakaz sprzedaży pewnej liczby sklepów. Tymczasem w przypadku fuzji producentów wódek CEDC/Polmos Białystok⁴⁷ warunki behawioralne zostały zaakceptowane.

Zmiana testu oceny koncentracji nie wpłynęła w sposób istotny na formalny zakres kontroli koncentracji w Polsce. Z jednej strony nowy test oceny koncentracji pozwala na szybką identyfikację i rozstrzygnięcie spraw prostych, nietworzących żadnych problemów rynkowych, z drugiej zaś strony nowy test umożliwił przyjrzenie się także nowym formom zagrożeń, jakie nieś mogą ze sobą zgłaszane koncentracje. W szczególności dotyczy to pewnych form oligopolu niekooperacyjnych (ang. *non-collusive oligopolies*). Można zaobserwować, że z punktu widzenia przebiegu postępowania antymonopolowego zakres postępowania dowodowego uległ poszerzeniu. W większym stopniu wyko-

⁴⁵ Decyzja Prezesa UOKiK Nr DOK – 86/07 z 28.6.2007 r., niepubl.

⁴⁶ Decyzja Prezesa UOKiK Nr DKK – 76/08 z 24.9.2008 r., niepubl.

⁴⁷ Decyzja Prezesa UOKiK Nr DOK – 123/05 z 30.9.2005 r., niepubl.

rzystywane są badania empiryczne, w szczególności badania konsumentów oraz kontrahentów. Jest to niezbędne z uwagi na konieczność przeprowadzenia pełnej analizy rynkowej i wyjścia poza proste udziały rynkowe. Dobrym przykładem jest koncentracja dwóch polskich producentów piwa Kompania Piwowarska/Browar Belgia⁴⁸. W sprawie tej organ antymonopolowy nie mógł skupić się wyłącznie na udziałach rynkowych oraz strukturze rynku. Istota zidentyfikowanych zagrożeń zawierała się w istotnym wzmocnieniu siły rynkowej Kompanii Piwowarskiej w stosunku do kontrahentów oraz konkurentów po przeprowadzeniu koncentracji. Szerokie badania rynkowe ujawniły, że koncentracja wywrze mieszane skutki na konsumentów. Z jednej strony zmniejszony zostanie wybór piwa, w szczególności najtańszego, z drugiej zaś poprawi się dostępność głównych marek Kompanii Piwowarskiej.

Brak jest natomiast prostej korelacji pomiędzy zmianą testu oceny koncentracji a polityką antytrustową. Zagadnienia te pozostają w stosunku do siebie autonomiczne i trudno wskazać tutaj jakieś istotniejsze zależności. Podobnie trudno jednoznacznie ocenić, jaki wpływ zmiana testu oceny koncentracji miała na pewność prawną i możliwość przewidzenia wyniku postępowania. Z jednej strony formalizm prostego testu dominacji pozwalał na w miarę prostą ocenę skutków danej koncentracji i jej wpływu na strukturę rynku. Z drugiej jednak strony test istotnego osłabienia konkurencji daje przedsiębiorcom lepszą możliwość wykazania swoich racji i uzyskania korzystnego dla nich rozstrzygnięcia. Należy jednak przyznać, że konieczność poszerzenia postępowania dowodowego może rodzić większe trudności w przewidzeniu wyniku postępowania, w szczególności dotyczy to nowych rynków oraz zbierania danych niedostępnych dla uczestników koncentracji.

Wzorując polskie regulacje w zakresie testu oceny koncentracji na przepisach europejskiego prawa konkurencji, polski ustawodawca kierował się chęcią uelastycznienia swojej polityki oraz dążeniem do pełnej harmonizacji testu stosowanego w Polsce oraz przez Komisję. Jednakże sam wybór testu nie powinien wpłynąć w sposób istotny na współpracę międzynarodową w sprawach koncentracyjnych. Należy zauważyć, że nawet w przypadku stosowania różnych testów oceny koncentracji przez krajowe organy ochrony konkurencji z reguły wyniki analiz są zbieżne, a ponadto inne sformułowanie samego testu nie musi przekładać się na odmienne stosowanie samego testu oraz inną interpretację używanych pojęć. Umiejętne stosowanie oraz odpowiednia interpretacja testu dominacji powodują, że nie występują zasadnicze różnice pomiędzy tym testem a testem istotnego ograniczenia konkurencji. Natomiast należy zauważyć, że do istotnych różnic przy rozpatrywaniu tych samych koncentracji przez różne krajowe organy ochrony konkurencji może prowadzić stosowanie testu interesu publicznego. Test interesu publicznego daje duży zakres uznania

⁴⁸ Decyzja Prezesa UOKiK Nr DKK – 5/08 z 4.1.2008 r., niepubl.

zeglności badania konsumentów
gi na konieczność przeprowadze-
proste udziały rynkowe. Dobrym
ich producentów piwa Kompania
organ antymonopolowy nie mógł
ch oraz strukturze rynku. Istota
istotnym wzmocnieniu siły ryn-
lo kontrahentów oraz konkuren-
okie badania rynkowe ujawniły,
konsumentów. Z jednej strony
ności najtańszego, z drugiej zaś
panii Piwowskiej.

niędzy zmianą testu oceny kon-
te pozostają w stosunku do sie-
istotniejsze zależności. Podob-
miana testu oceny koncentracji
widzenia wyniku postępowania.
nacji pozwalał na w miarę pro-
wu na strukturę rynku. Z dru-
kurencji daje przedsiębiorcom
yskania korzystnego dla nich
nieczność poszerzenia postę-
ności w przewidzeniu wyniku
ch rynków oraz zbierania da-
ji.

oceny koncentracji na prze-
i ustawodawca kierował się
niem do pełnej harmonizacji
ednakże sam wybór testu nie
ę międzynarodową w spra-
wet w przypadku stosowania
organy ochrony konkurencji
formułowanie samego testu
meo testu oraz inną inter-
przez odpowiednią interpre-
sądnicze różnice pomiędzy
encji. Natomiast należy za-
tych samych koncentracji
oże prowadzić stosowanie
o daje duży zakres uznania

abl.

organom administracji i wprowadza do analizy ekonomicznej elementy polityki. Rozstrzygnięcie sprawy na podstawie tego testu może powodować zaistnienie ponadnarodowych skutków koncentracji (ang. *cross-border effects*). Z tego powodu należy bardzo ostrożnie podchodzić do stosowania testu interesu publicznego w odniesieniu do koncentracji, które mogą wywoływać takie skutki. Polityka stosowana przez UOKiK może być przykładem takiego umiejętnego wyważania wartości konkurencji oraz interesu publicznego.

6. Uwagi końcowe

Łączenie się przedsiębiorców nie jest neutralne ani z punktu widzenia dobrobytu społecznego, ani z punktu widzenia interesu publicznego, co uzasadnia istnienie przepisów o antymonopolowej kontroli łączenia przedsiębiorców. Antymonopolowa kontrola łączenia przedsiębiorców, stanowiąc wyjątek od zasady wolności gospodarczej, powinna być jednak ukształtowana w ten sposób, aby nie hamować naturalnych zmian rynkowych, ale powstrzymywać jedynie te, które mogą kształtować potencjalnie szkodliwe struktury rynkowe. Elastyczność kontroli koncentracji osiągnana jest dzięki zastosowaniu testu oceny koncentracji. Podstawowy test, tj. test istotnego ograniczenia konkurencji, jest testem ekonomicznym. Bazuje na koncepcjach wypracowanych na gruncie ekonomii i one także tłumaczą wyniki zastosowania tego testu. Test istotnego ograniczenia konkurencji zapewnia elastyczną i efektywną podstawę oceny notyfikowanych koncentracji.

Zmiana testu dominacji na test istotnego ograniczenia konkurencji uzasadniana była istnieniem dziury jurysdykcyjnej i chęcią uelastycznienia analiz stosowanych przez organy antymonopolowe. O ile w zakresie uelastycznienia analizy ekonomicznej, szczególnie biorąc pod uwagę orzecznictwo Prezesa UOKiK, zmiana testów jest zauważalna, o tyle w przypadku istnienia dziury jurysdykcyjnej zdania są podzielone. Przeprowadzone badania nie wykazały istotnej zmiany w zakresie poziomu antymonopolowej interwencji w procesy koncentracyjne po zmianie testów⁴⁹. Co więcej, wbrew obawom o wzrost liczby zakazanych koncentracji po zmianie testów okazało się, że uelastycznienie analiz pozwala na autoryzację transakcji, które zostałyby zablokowane, gdyby stosować test dominacji⁵⁰. Potwierdza to także orzecznictwo polskiego organu antymonopolowego⁵¹.

⁴⁹ F. Maier-Rigaud, K. Parplies, EU Merger Control Five Years After The Introduction of the SIEC Test: What Explains the Drop in Enforcement Activity?, European Competition Law Review 2009, Nr 11, s. 565 i n.

⁵⁰ N. Levy, The EU's SIEC test five years on; Has it made a difference?, European Competition Journal 2010, Nr 1, s. 253.

⁵¹ Zob. decyzja Prezesa UOKiK Nr 52/2008 z 3.7.2008 r., niepubl.

Przyczyną wyboru testu istotnego ograniczenia konkurencji była chęć harmonizacji polskiego prawa z prawem unijnym. Co istotne także, cel międzynarodowej harmonizacji testów oraz stosowanych analiz ekonomicznych przyświecał Komisji przy zmianie testu oceny koncentracji⁵². Cel ten został osiągnięty, gdyż znakomita większość krajów w Europie i na świecie stosuje test SIEC. Należy jednak pamiętać, że harmonizacja nie wyklucza istnienia odrębności krajowych. Taka sytuacja ma miejsce w przypadku testu publicznego, służącego ochronie interesów narodowych poszczególnych krajów. Choć w prawie europejskim brak jest testu interesu publicznego w systemie kontroli koncentracji, to istnienie takiego testu nie jest sprzeczne z prawem unijnym. Co istotne, rozporządzenie 139/2004 przewiduje w art. 21 ust. 4 istnienie tego typu krajowych regulacji. Ponadto nie należy zapominać, że konkurencja nie jest wartością absolutną i władze publiczne mają prawo wskazania innych celów publicznych, które będą miały pierwszeństwo w realizacji. Analiza prowadzona na gruncie kontroli koncentracji powinna też ten fakt uwzględnić⁵³.

⁵² *N. Levy*, *European Merger Control. A Guide to the Merger Regulation*, Vol. 1, Newark 2007, s. 10–37 i n.

⁵³ *S. Lavrijssen*, *What role for National Competition Authorities in Protecting Non-competition Interests after Lisbon?*, *European Law Review* 2010, Nr 5, s. 654 i n.

Europeizacja PUBLICZNEGO PRAWA GOSPODARCZEGO

Pod redakcją

Hanny Gronkiewicz-Waltz

i Krzysztofa Jaroszyńskiego



Wydawnictwo C.H. Beck

Warszawa 2011