

MATEUSZ BŁACHUCKI*

EKONOMIA JAKO ZASADNICZA PODSTAWA I GRANICA REGULACJI ADMINISTRACYJNOPRAWNEJ NA PRZYKŁADZIE PRZEPISÓW O ANTYMONOPOŁOWEJ KONTROLI ŁĄCZENIA PRZEDSIĘBIORCÓW

Prawo administracyjne normuje wewnętrzną organizację i postępowanie władz administracyjnych i związków publicznoprawnych, jak również stosunki pomiędzy państwem i tymi związkami a jednostkami i ich zrzeczeniami. Oznacza to, że spośród norm prawnych regulujących bezpośrednio stosunki społeczne do prawa administracyjnego materialnego zaliczymy te normy prawne, w zakresie których służą organom administracji państwowej kompetencje do „nie-spornej” kontroli ich przestrzegania przez podmioty niepodporządkowane organizacyjnie tym organom, a także kompetencje do stosowania wobec tych podmiotów sankcji o charakterze egzekucyjnym. W ramach prawa administracyjnego ze względu na przedmiot regulacji możemy wyróżnić prawo administracyjne gospodarcze. Poszukując specyfiki administracyjnego prawa gospodarczego, można wskazać, że jest to zespół norm regulujących pozycję organów administracji publicznej (organów wykonywania funkcji administracji publicznej) oraz ich sytuację ustaloną w celu określenia statusu podmiotów działalności gospodarczej w formach władczych lub przy stosowaniu innych publicznoprawnych form działania tej administracji (porozumienie administracyjne, związek komunalny). Prawo administracyjne gospodarcze dotyczy interwencji państwa w sferze gospodarki, tworząc zespół norm prawnych, które regulują zadania oraz organizację i funkcjonowanie organów władzy publicznej, a także środki i formy prawne działania stosowane w celu porządkującego i zarazem sterującego oddziaływania państwa na stosunki gospodarcze. Mimo pewnych wątpliwości na gruncie polskiej oraz europejskiej doktryny europejskie i krajowe prawo konkurencji traktowane jest jako część europejskiego i krajowego prawa administracyjnego.

* Mgr, Zakład Prawa Administracyjnego w Instytucie Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk.

Przedmiot regulacji prawa administracyjnego gospodarczego powoduje, że ustawodawca, chcąc ustanawiać skuteczne normy prawne, winien odwoływać się do ustaleń ekonomii. Podjęcie decyzji o przyjęciu administracyjnoprawnej regulacji i interwencji w stosunki społeczne powinno być poprzedzone analizą ekonomiczną oraz jasną identyfikacją celów, które mają być osiągnięte. Wskazuje się bowiem, że skuteczność prawa to wywoływanie przez prawo skutków zgodnych w dostatecznie wysokim stopniu z założonym celem. Warunkiem skuteczności prawa gospodarczego – zarówno prywatnego, jak i publicznego – jest wymóg, aby normy prawne były zgodne z prawidłami ekonomicznymi. To powoduje, że regulacja prawna procesów gospodarczych winna się opierać na ekonomicznej analizie tych zjawisk. Ekonomia będzie także wyznaczała granice skuteczności interwencji administracyjnoprawnej. Należy jednak podkreślić, co znalazło swój wyraz już w tytule niniejszego artykułu, że choć ekonomia, stanowi podstawę i granicę administracyjnoprawnej regulacji zjawisk gospodarczych, to ma ona charakter zasadniczy, ale nie wyłączny. Czasami zapomina się bowiem, że choć ekonomia pozwala na zrozumienie zjawisk gospodarczych oraz wskazuje na instrumenty ich regulacji, jednak ustanawianie celów leży poza nią. Ustanowienie celów regulacji jest wyborem politycznym zastrzeżonym dla ustawodawcy. Ponadto nie wszystkie teoretyczne wskazania ekonomiczne mogą być przełożone na przepisy prawne. Należy pamiętać również, że ekonomia, choć wielce użyteczna i wobec złożoności zjawisk gospodarczych wręcz niezbędna, nie może być jedyną podstawą i granicą regulacji administracyjnoprawnej, ustawodawca bowiem winien uwzględniać także inne wartości ważne z punktu widzenia interesu publicznego.

Prawo administracyjne, w przeciwieństwie do innych działów prawa, np. cywilnego, charakteryzuje się wzrastającą samodzielnością poszczególnych dziedzin prawa administracyjnego i tworzeniem równoległych nurtów badawczych. Przykładowo: w gałęzi prawa administracyjnego gospodarczego wiele zjawisk analizowanych jest nie tylko w kategoriach prawnych, lecz także ekonomicznych. Rozwijając tę myśl, można wskazać, że prawo antymonopolowe jest takim przykładem zbioru norm, dla którego kategorie ekonomiczne stają się w równym stopniu kategoriami prawnymi. Z tego też powodu metoda ekonomicznej analizy na gruncie prawa administracyjnego winna być rozwijana i częściej włączana w główny nurt rozważań doktrynalnych.

Przedmiotem niniejszego artykułu jest przedstawienie, w jaki sposób ustalenia ekonomii normatywnej stały się zasadniczą podstawą i granicą regulacji administracyjnoprawnej. Analiza zostanie przeprowadzona na przykładzie przepisów o antymonopolowej kontroli łączenia przedsiębiorców. Rozważania rozpoczną prezentacją zjawiska koncentracji przedsiębiorstw. Następnie zostaną zidentyfikowane skutki, jakie wywołują procesy koncentracyjne w gospodarce. To pozwoli na zrozumienie, dlaczego koncentracja gospodarcza nie pozostaje obojętna z punktu widzenia interesu publicznego i dlaczego wymaga

administracyjnoprawnej interwencji. Na tej postawie wskazane zostaną cele prawa konkurencji i antymonopolowej kontroli łączenia przedsiębiorców. Analiza instrumentów prawnych wykorzystywanych do osiągnięcia zidentyfikowanych celów wskaże granice ich stosowania wyznaczone przez ustalenia z zakresu ekonomii.

KONCENTRACJA PRZEDSIĘBIORCÓW JAKO ZJAWISKO GOSPODARCZE

Przedsiębiorstwo może rozwijać się drogą wzrostu wewnętrznego lub też wzrostu zewnętrznego. Ze wzrostem wewnętrznym mamy do czynienia wtedy, kiedy przedsiębiorstwo rozwija się na podstawie swojego potencjału, poprzez tworzenie nowych zdolności produkcyjnych, przerobowych, usługowych i innych oraz w następstwie inwestycji rzeczowych. Alternatywą dla wzrostu wewnętrznego jest wzrost zewnętrzny, polegający na współdziałaniu z innymi podmiotami gospodarczymi. To współdziałanie może mieć charakter luźny – kooperacyjny albo koncentracyjny – ścisły, prowadzący do zmiany kontroli oraz do zmian własnościowych, np. przejęcia lub połączenia się przedsiębiorstw. Wyróżnia się dwie podstawowe grupy działań przedsiębiorstw, które mają charakter koncentracyjny: połączenie (łączenie się) przedsiębiorstw oraz przejęcie. Istotą łączenia się przedsiębiorstw jest tworzenie z dwóch lub więcej podmiotów jednego podmiotu. Przykładem łączenia mogą być fuzje lub inkorporacje. Natomiast w przypadku przejęcia dochodzi do przeniesienia kontroli nad funkcjonowaniem jednego podmiotu gospodarczego na inny podmiot gospodarczy. Przeniesienie kontroli ma dwa wymiary. Dotyczy, po pierwsze, kontroli nad działalnością danego przedsiębiorstwa oraz, po drugie, kontroli nad samym przedsiębiorstwem. Istnieje wiele form przejęcia, np. zakup akcji lub udziałów, transfer części mienia przedsiębiorstwa, wykup zobowiązań, dzierżawa przedsiębiorstwa czy prywatyzacja. Jak widać z tego opisu, procesy koncentracyjne obejmują wiele różnych transakcji, a praktyka życia gospodarczego wciąż dostarcza nowych form współpracy koncentracyjnej przedsiębiorców. Pomimo tych teoretycznych różnic, z punktu widzenia prawa antymonopolowego szczególnie typ transakcji nie powoduje zasadniczych różnic przy ocenie koncentracji. Czynnikiem kwalifikującym daną transakcję jako koncentrację jest zmiana kontroli nad przedsiębiorcą lub przedsiębiorcami bez względu na to, czy dokonana jest na skutek przejęcia, czy też połączenia.

Koncentracje przedsiębiorstw można klasyfikować z różnych punktów widzenia. Na gruncie prawa antymonopolowego szczególne znaczenie mają dwa podziały. Po pierwsze, można wziąć pod uwagę szczebel rynku, na którym działają łączące się przedsiębiorstwa oraz portfolio ich produktów i usług. Sto-

sując te kryteria, możemy wyróżnić koncentracje poziome, pionowe i konglomeratowe. Koncentracje horyzontalne dotyczą przedsiębiorstw działających na tym samym rynku i oferujących podobną gamę produktów i usług. Koncentracje wertykalne polegają na łączeniu się przedsiębiorstw operujących na różnych szczeblach obrotu, będących w stosunku do siebie poprzednim lub kolejnym szczeblem obrotu, np. koncentracja pomiędzy producentem i dystrybutorem lub pomiędzy wytwórcą oraz zaopatrującym go w surowce podmiotem. Koncentracje konglomeratowe związane są z połączeniem niezależnych przedsiębiorców, prowadzących działalność na różnych rynkach, oferujących różne towary i niepowiązanych ze sobą gospodarczo. Po drugie, z punktu widzenia terytorialnego wymiaru danej transakcji koncentracje dzieli się na krajowe i międzynarodowe (ponadnarodowe). Z punktu widzenia materialnej analizy antymonopolowej najistotniejsze znaczenie ma podział pierwszy, gdyż różna jest kwalifikacja poszczególnych rodzajów koncentracji ze względu na ich skutki dla struktury rynku i konsumentów. Potencjalnie największe zagrożenia dla efektywnej konkurencji związane są z koncentracjami horyzontalnymi, a najmniejsze z koncentracjami konglomeratowymi. Pewne znaczenie, w kontekście współpracy międzynarodowej oraz podziału kompetencji pomiędzy różne krajowe organy ochrony konkurencji, ma także podział na łączenia krajowe i ponadnarodowe.

W literaturze ekonomicznej oraz z zakresu prawa antymonopolowego wskazuje się na wiele przyczyn – motywów podejmowania przez przedsiębiorców decyzji o dokonaniu koncentracji. W praktyce zresztą rzadko kiedy występuje tylko jeden powód, ale zwykle jest to kilka okoliczności, które równoległe i jednocześnie powodują, że przedsiębiorca podejmuje daną decyzję. W niektórych wypadkach przedsiębiorcy starają się ukryć rzeczywiste powody zawieranych transakcji lub też motywy te mają charakter irracjonalny. Identyfikacja przyczyn powstawania koncentracji ma istotne znaczenie dla właściwego zbudowania norm prawnych regulujących ten typ zachowań przedsiębiorców.

Podstawową grupę motywów stanowią motywy rynkowe i operacyjne. Najczęściej wskazywaną przesłanką przeprowadzenia koncentracji jest chęć osiągnięcia korzyści związanych z korzyściami skali oraz korzyściami zasięgu działania. Motywem działań przedsiębiorcy może być także chęć osiągnięcia lub wzmocnienia swojej pozycji rynkowej, czego skutkiem może być wyeliminowanie konkurencji i możliwość dowolnego podnoszenia i kontrolowania cen. Dla niektórych koncentracji najistotniejsze są motywy finansowe, a więc przede wszystkim chęć wykorzystania nadmiernych funduszy własnych lub zwiększenie możliwości pozyskiwania kapitałów obcych. *Stricte* polityczną przyczyną procesów koncentracyjnych może być chęć tworzenia przez władze państwowe tzw. narodowych lub europejskich czempionów. Poprzez stymulowanie procesów konsolidacyjnych państwo może dążyć do stworzenia krajowych podmio-

tów o dużej sile rynkowej, co pozwoli na realizację przez państwo celów pozaekonomicznych. Stymulowanie przez państwo procesów koncentracyjnych może być także związane z chęcią zapobieżenia upadłości przedsiębiorstw oraz wzrostowi bezrobocia czy innych negatywnych konsekwencji z tym związanych.

SKUTKI KONCENTRACJI PRZEDSIĘBIORCÓW

Poznanie zjawiska koncentracji gospodarczej oraz motywów, jakimi kierują się przedsiębiorcy przy łączeniach, pozwala wstępnie ocenić charakter danej koncentracji. Jednak ostateczna ocena zależy od skutków przewidywanych lub rzeczywistych danej transakcji. Motywy przeprowadzenia danego połączenia przedsiębiorców mogą wskazać, jakie dana transakcja może odnieść efekty dla określonego przedsiębiorcy. Nie zawsze natomiast pozwoli na identyfikację skutków rynkowych danej transakcji. Dopiero wskazanie wszystkich skutków procesów koncentracyjnych pozwoli zrozumieć cele ustawodawstwa antymonopolowego i złożony charakter spraw antymonopolowych. W teorii ekonomii przyjmuje się, że analiza koncentracji przedsiębiorców może być dokonana z dwóch punktów widzenia: rynku i przedsiębiorstwa. W przypadku pierwszej perspektywy uwaga badawcza skupia się na udziale danego przedsiębiorstwa lub jego produktów na danym rynku. W przypadku drugiej perspektywy badaniu podlega zwiększenie się zdolności konkurencyjnej przedsiębiorstwa oraz jego siły ekonomicznej. W analizie antymonopolowej łączy się obydwie perspektywy badawcze, choć niewątpliwie tradycyjnie większą wagę przykładają do wpływu koncentracji na strukturę rynku i jej oddziaływanie na konkurentów, kontrahentów i konsumentów. W ostatnich latach coraz więcej uwagi poświęca się jednak także skutkom koncentracji dla samego przedsiębiorcy, w kontekście istnienia tzw. wydajności/efektywności (ang. *efficiencies*). W tym kontekście należy zauważyć, że oprócz skutków rynkowych koncentracje wywołują także skutki społeczne i polityczne.

Różne typy koncentracji mogą wywoływać odmienne skutki. W najbardziej uproszczonym modelu koncentracji można wskazać, że w przypadku koncentracji horyzontalnych możemy mieć do czynienia ze skutkami jednostronnymi oraz skoordynowanymi, w przypadku zaś koncentracji wertykalnych ze skutkami wertykalnymi, natomiast w przypadku koncentracji konglomeratowych z efektami portfolio (skutkami konglomeratowymi).

Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, w odróżnieniu od koncentracji wertykalnych czy konglomeratowych bezpośrednimi skutkami związanymi z koncentracjami horyzontalnymi, a więc transakcjami, w których biorą udział konkurenci działający na tym samym poziomie rynku, są: 1) działanie na rynku

co najmniej o jeden podmiot mniej niż przed koncentracją; 2) udział przedsiębiorstwa przejmującego wzrasta zwykle w stosunku do sytuacji sprzed koncentracji. Ponadto firma przejmująca, zwiększając swój udział w rynku, osiąga większą siłę rynkową, co pozwala jej na stosowanie wyższych (czasem nawet monopolistycznych) cen, co zmniejsza dobrobyt konsumenta, a większa koncentracja rynkowa stwarza możliwość zawierania otwartych albo domniemanych porozumień antykonkurencyjnych. Są to jednak potencjalne możliwości, a sama w sobie koncentracja horyzontalna nie musi jeszcze zagrażać konkurencji, choć niewątpliwie ją ogranicza. Zagrożenia można natomiast upatrywać w zaistnieniu skutków jednostronnych i skoordynowanych. Skutki jednostronne (ang. *unilateral effects*) odnoszą się bezpośrednio do pozycji samego przedsiębiorcy, który powstał w wyniku koncentracji i może on jednostronnie podnosić ceny, ograniczać produkcję, pogarszać jakość lub zmniejszać wybór produktów oraz ich innowacyjność. Skutki skoordynowane (ang. *coordinated effects*) dotyczą zmiany w strukturze rynku, gdyż po dokonaniu koncentracji zmniejsza się liczba konkurentów, którzy uzyskują w ten sposób możliwość koordynacji swoich działań w celu osiągnięcia dodatkowych zysków. Mechanizm konkurencji zastępowany jest mechanizmem koordynacji.

Koncentracje wertykalne zwykle nie powodują problemów konkurencyjnych, a wręcz przeciwnie, przyczyniają się do zwiększenia efektywności działania przedsiębiorców, np. na skutek obniżenia kosztów dystrybucji, zwiększenia dostępności towarów na rynku czy dostępności do materiałów. Jednakże mogą pojawić się także negatywne skutki wertykalne, polegające na tym, że następuje zamknięcie jednego ze szczebli rynku dla konkurentów, np. producent przejmując dystrybutora, odmawia innym producentom dystrybuowania ich towarów, producent nabywa wytwórcę dóbr podstawowych i zamyka dostęp do materiałów niezbędnych dla innych producentów.

Koncentracje konglomeratowe w najmniejszym stopniu mogą rodzić problemy rynkowe, gdyż dotyczą przedsiębiorców, których nie łączą żadne wspólne więzy. Podobnie jak w przypadku połączeń wertykalnych, mogą przynosić wiele pozytywnych skutków w postaci np. zintegrowania oferty i udostępnienia w jednym miejscu szerokiego portfolio produktów. Natomiast istnieje możliwość, że w pewnych szczególnych sytuacjach wystąpią jednak negatywne efekty konglomeratowe związane z tym, że nowy przedsiębiorca będzie dysponował bardzo szeroką gamą uzupełniających się produktów, które będzie mógł sprzedawać pakietowo. Wymuszając sprzedaż pakietową, przedsiębiorca taki zamyka jednocześnie możliwość sprzedaży innych produktów przez konkurentów.

Rynek jest tylko częścią życia społecznego i nie istnieje w próżni. Nie inaczej jest w przypadku procesów koncentracyjnych, które mogą wywoływać istotne skutki społeczne i polityczne. Koncentracje mogą prowadzić do tworzenia się wielkich konglomeratów przemysłowych. Z punktu widzenia politycznego siła takich grup może okazać się znacząca, a przez to może zagrażać

istnieniu społeczeństwa obywatelskiego oraz powodować bariery dla poprawnego funkcjonowania systemu demokratycznego. W świetle niektórych poglądów istnieją sektory gospodarki, które mają status szczególny z punktu widzenia interesu publicznego. Przejmowanie innych przedsiębiorców w tych sektorach może prowadzić do niepożądanych społecznie sytuacji. Z tego też powodu winny być one objęte specjalną regulacją prawną. Przykładami takich sektorów są media, instytucje finansowe, energetyka czy przemysł zbrojeniowy. Dodatkowym wymiarem tego zagadnienia jest kwestia pochodzenia kapitału. Zgodnie bowiem z niektórymi poglądami nie należy dopuszczać do przejmowania przez przedsiębiorców zagranicznych pewnych szczególnych firm krajowych. Przykładem takiego myślenia może być zablokowanie przez władze amerykańskie przejęcia przez kapitał arabski amerykańskich instalacji portowych.

PRAWO ANTYMONOPOLOWE I JEGO CELE

Wskazuje się, że prawo antymonopolowe oparte jest i w bardzo istotnym zakresie wykorzystuje ustalenia ekonomii, która odgrywa centralną rolę przy jego stosowaniu. Wychodząc z założenia, że struktura rynku i zachowania przedsiębiorców wzajemnie się determinują, prawo antymonopolowe ma za zadanie takie ukształtowanie ram prawnych dla ich współistnienia, aby zapewnić ich optymalny rozwój. Prawo konkurencji powstało, aby chronić proces konkurencji w gospodarce wolnorynkowej. Gospodarka taka zapewnia alokację środków produkcji, będącą wynikiem wyłącznie swobodnej gry popytu i podaży, a nie decyzji rządu.

W literaturze przedmiotu wskazuje się wiele możliwych celów istnienia prawa antymonopolowego. Mówiąc o celu prawa, mamy na myśli pewien stan rzeczy, który chce osiągnąć ustawodawca, uchwalając dane przepisy. Ustalenie celów prawa ma charakter idealistyczny i abstrahuje od tego, czy zamierzenia te rzeczywiście pojawiły się w świadomości „prawodawcy”. W tym kontekście mówi się o celu konkretnej ustawy czy przepisów. Stanowi to także przyczynę tego, iż często, tak jak ma to miejsce w przypadku prawa antymonopolowego, brak jest zgody co do wyczerpującego i jednego katalogu celów, szczególnie że niektóre z celów wymienianych przez różnych autorów są ze sobą sprzeczne.

Najczęściej wskazywanym celem prawa antymonopolowego jest osiągnięcie ogólnego dobrobytu. Kryterium to używane jest w ekonomii do oceny wydajności i skuteczności przedsiębiorstw. Ogólny dobrobyt jest miarą łącznego dobrobytu (lub nadwyżek/zapasów) producentów i konsumentów. Nadwyżką indywidualnego producenta jest zysk, jaki osiąga ze sprzedaży danego dobra, nadwyżką (dobrobytem) zaś indywidualnego konsumenta jest różnica po-

między subiektywnym przekonaniem o wartości danej rzeczy i ceną, jaką w rzeczywistości musi on za nią zapłacić. Przyrost dobrobytu następuje, jeżeli ktośkolwiek z nadwyżek powiększa się. W literaturze przedmiotu wskazuje się na wiele innych ekonomicznych celów prawa konkurencji, tj. ochrona? konsumentów, obrona konkurentów, obrona mniejszych przedsiębiorców, integracja wspólnego rynku i zniesienie barier krajowych, wolność gospodarcza, zwalczanie inflacji, uczciwość.

Na prawo konkurencji wpływają także inne cele, które mogą powodować okresową lub trwałą modyfikację „tradycyjnych” celów prawa konkurencji. Wynika to z faktu, że prawo i polityka konkurencji wpływają na inne polityki publiczne, tj. przemysłową, regionalną, społeczną czy ochrony środowiska. W przypadku kontroli koncentracji czy też umów kooperacyjnych prawo antymonopolowe może służyć osiągnięciu określonych celów społecznych, takich jak walka z bezrobociem czy cele z zakresu polityki regionalnej. Prawo antymonopolowe może wreszcie służyć osiągnięciu określonych celów politycznych.

ANTYMONOPOŁOWA KONTROLA KONCENTRACJI PRZEDSIĘBIORCÓW

Omówiwszy cele prawa antymonopolowego w ogólności, należy się teraz zastanowić nad celami przepisów o kontroli koncentracji. Z uwagi na to, że przepisy o kontroli łączenia przedsiębiorców stanowią jedynie część przepisów prawa antymonopolowego, w tym kontekście należy też rozumieć cele tych przepisów. O ile prawo antymonopolowe wyznaczać będzie cele ostateczne, o tyle przepisy o kontroli łączenia przedsiębiorców będą wyznaczały cele instrumentalne służące osiągnięciu celów ostatecznych. Warto też pamiętać, że antymonopolowa kontrola aktywności koncentracyjnej przedsiębiorców nie jest jedyną administracyjną kontrolą procesów łączeniowych. Wskazać tutaj można regulacje z zakresu nadzoru nad rynkiem finansowym, energetycznym, kolejowym czy medialnym.

Prawo antymonopolowe oparte jest na dwóch podsystemach przepisów, które z jednej strony służą przeciwdziałaniu antykonkurencyjnym praktykom przedsiębiorców, np. w postaci karteli, a z drugiej strony kontroli aktywności koncentracyjnej przedsiębiorców. Należy jednak wskazać, że kontrola koncentracji różni się w sposób istotny od ścigania karteli. Porozumienia kartelowe ze swej natury mają charakter antykonkurencyjny, natomiast koncentracje przedsiębiorców są normalnymi procesami gospodarczymi, które tylko czasami wywołują negatywne skutki rynkowe. Powoduje to, że system kontroli antykonkurencyjnych porozumień i koncentracji przedsiębiorców musi być dostosowany do tej specyfiki. Pamiętać trzeba, że w odróżnieniu od porozumień ko-

operacyjnych pomiędzy przedsiębiorcami porozumienia koncentracyjne tworzą o wiele trwalsze zmiany w strukturze rynku i dlatego wymagają odrębnej regulacji. Konsekwencji tych różnic na gruncie procesowym można upatrywać w szerokim zastosowaniu metod śledczych i policyjnych przy ściganiu karteli oraz stosowaniu różnych wywodzących się z prawa karnego metod relatywizacji penalizacji antykonkurencyjnych zachowań, np. program *leniency*. W odróżnieniu od ścigania karteli kontrola koncentracji ma charakter ściśle administracyjnoprawny, natomiast zawieranie antykonkurencyjnych porozumień przez przedsiębiorców jest również – w niektórych jurysdykcjach – zagrożone sankcjami karnymi. Takie zróżnicowanie sankcji prawnych wyraża podstawowe różnice w postrzeganiu zagrożeń dla interesu publicznego ze strony karteli oraz koncentracji przedsiębiorców.

W doktrynie amerykańskiej wyraźnie podkreśla się, że celem kontroli koncentracji jest zapobieżenie wyłącznie koncentracjom o charakterze antykonkurencyjnym. Celem tym bynajmniej nie jest zakazanie koncentracji przedsiębiorców. Wprowadzenie całkowitego zakazu koncentracji przedsiębiorców byłoby dysproporcjonalne w stosunku do zagrożeń, jakie koncentracje ze sobą niosą. Ponadto stanowiłoby zupełnie nieracjonalne ekonomicznie ograniczenie wolności gospodarczej, prowadzące do erozji rynku kapitałowego oraz skutkujące znaczącym zmniejszeniem wydajności przedsiębiorców, a co za tym idzie, zmniejszeniem dobrobytu społecznego i dobrobytu konsumentów.

Funkcją 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 dominującej. Kontrola łączenia przedsiębiorstw nie służy bowiem tylko zapobieżeniu przyszłemu nadużywaniu uzyskanej siły rynkowej, lecz także zachowaniu konkurencyjnej struktury rynkowej, która winna prowadzić do zwiększenia dobrobytu społecznego i dobrobytu konsumentów. W tym celu organy ochrony konkurencji mają możliwość regulowania zmian w strukturze rynkowej poprzez decydowanie, czy dwóch lub więcej przedsiębiorców może dokonać koncentracji. Poszukując specyfiki stosowania przepisów o kontroli łączenia przedsiębiorców, można wskazać, że kontrola koncentracji rynkowej winna być oparta na dogłębnej analizie każdej transakcji z uwzględnieniem jej gospodarczych implikacji. Należy podkreślić, że kontrola łączenia przedsiębiorców winna zapobiegać antykonkurencyjnym koncentracjom.

Odnosząc poczynione ustalenia do obowiązujących polskich przepisów o kontroli koncentracji przedsiębiorców, można wskazać, że granice administracyjnoprawnej interwencji wyznaczają przede wszystkim normy regulujące zakres obowiązku notyfikacyjnego oraz test oceny koncentracji.

OGÓLNA CHARAKTERYSTYKA OBOWIĄZKU NOTYFIKACYJNEGO

Obowiązek notyfikacyjny określa, kiedy transakcje koncentracyjne muszą podlegać ocenie organu antymonopolowego. Konstruując obowiązek notyfikacyjny, ustawodawca winien kierować się dwoma wskazaniem. Po pierwsze, nie jest możliwe ani pożądane kontrolowanie wszystkich koncentracji przedsiębiorców. Po drugie, kontrola koncentracji przedsiębiorców winna ograniczać się do transakcji o choćby potencjalnie antykonkurencyjnym charakterze. Obowiązek notyfikacyjny może być oparty na kryterium obiektywnym i subiektywnym. Pierwsze z nich polega na wskazaniu progu obrotów uczestników koncentracji, którego przekroczenie powoduje powstanie obowiązku notyfikacji dla przedsiębiorcy. Kryterium to bazuje na domniemaniu, że jedynie duże koncentracje przedsiębiorców mogą mieć antykonkurencyjne skutki. Jego zaletą jest łatwość w stosowaniu, wadą zaś możliwość „przeoczenia” relatywnie małych, a jednak antykonkurencyjnych transakcji. Kryterium subiektywne odwołuje się do realnych skutków rynkowych, które koncentracja wywołuje lub może wywołać, co z reguły polega na odwołaniu się do stworzenia lub umocnienia pozycji dominujących przez łączących się przedsiębiorców, ewentualnie do osiąganych przez nich udziałów w rynku. Zaletą tego kryterium jest elastyczność i ograniczenie administracyjnej kontroli do antykonkurencyjnych transakcji. Wadą jego jest istotna trudność w stosowaniu, gdyż odwołuje się do pozycji rynkowej uczestników koncentracji, w tym przede wszystkim ich udziałów rynkowych, co często jest trudne do ustalenia. Z tego powodu, choć z teoretycznego punktu widzenia kryterium subiektywne jest najbardziej optymalne, w praktyce zawsze jest uzupełniane kryterium obiektywnym. Na obowiązek notyfikacyjny składa się także określenie podmiotów zobowiązanych do notyfikacji oraz wskazanie charakteru lub rodzaju transakcji podlegających zgłoszeniu.

Jak wskazano wcześniej, nie każda transakcja o charakterze koncentracyjnym podlega notyfikacji Prezesowi UOKiK. Szczegółowy zakres obowiązku notyfikacyjnego określa ustawa antymonopolowa. Obowiązek notyfikacji zamiaru łączenia się przedsiębiorców został uregulowany w art. 13-16 w rozdziale I działu III ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Zastosowano technikę legislacyjną, polegającą na pozytywnym wskazaniu w art. 13, jakiego rodzaju transakcje uznawane są za koncentracje i w jakiej sytuacji podlegają obowiązkowej notyfikacji. Następnie w art. 14 wskazano wyłączenia spod wcześniej określonego obowiązku. Przepisy zawarte w art. 15 i 16 służą uregulowaniu pewnych szczegółowych kwestii. Określając obowiązek notyfikacji koncentracji, ustawodawca posłużył się dwoma kryteriami. Po pierwsze, wskazał na progi obrotowe, które muszą zostać osiągnięte przez przedsiębiorców, aby obowiązek zaistniał. Po drugie wskazano, jakiego rodzaju

transakcje kwalifikują się jako koncentracje w rozumieniu ustawy antymonopolowej.

Analizując pozytywny zakres obowiązku notyfikacyjnego należy wskazać, że został on oparty na kryterium obiektywnym, tj. obrocie przedsiębiorców. We wcześniejszych ustawach antymonopolowych obowiązek notyfikacyjny oparty był także na kryterium subiektywnym, tj. udziale rynkowym i pozycji rynkowej przedsiębiorców. Odejście od subiektywnych kryteriów nie zostało oficjalnie uzasadnione w żaden sposób. Domyślać się trzeba, że powodowane to było chęcią zmniejszenia obowiązków publicznych przedsiębiorców. Można jednak mieć poważne wątpliwości, w jakim stopniu zmiana jest rzeczywiście korzystna z punktu widzenia interesu publicznego i realizowania podstawowego celu ustawy antymonopolowej, tj. zapobiegania antykonkurencyjnym koncentracjom przedsiębiorców. Odejście od kryterium subiektywnego i oparcie obowiązku notyfikacyjnego na wysokich wartościach obrotowych prowadzi do sytuacji, w której transakcje koncentracyjne na rynkach lokalnych, prowadzące do istotnego ograniczenia konkurencji, a w których obrót uczestników nie osiąga wysokich pułapów progowych, pozostają poza kontrolą organu antymonopolowego. Prowadzi to do konkluzji, że polski ustawodawca w imię swoiście pojmowanej pewności prawnej przedsiębiorców odrzucił wskazania ekonomiczne odnośnie do konstruowania obowiązku notyfikacyjnego, zmniejszając tym samym efektywność kontroli koncentracji w Polsce.

TEST OCENY KONCENTRACJI

Zgodnie z obowiązującą w Polsce ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów test oceny koncentracji zawarty jest w art. 18. Zgodnie z tym przepisem „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. W toku badania organ antymonopolowy analizuje możliwe wydajności wiążące się z rozpatrywaną koncentracją. Test istotnego ograniczenia konkurencji jest dwuetapowy. W pierwszym etapie badany jest wpływ koncentracji na rynek pod kątem ograniczenia konkurencji. Identyfikuje się możliwe skutki jednostronne, skoordynowane, wertykalne oraz konglomeratowe. W drugim etapie bada się, czy przedsiębiorca osiągnie pozycję dominującą lub czy nie ulega ona wzmocnieniu. W obowiązującym teście w istotnym stopniu analizie poddane zostało całe otoczenie rynkowe przedsiębiorcy i wpływ na konkurentów, kontrahentów i konsumentów. Oparcie testu oceny koncentracji

na analizie ekonomicznej stanowi granicę administracyjnoprawnej interwencji, gdyż wynik tej analizy wiąże organ, zasadniczo wykluczając uznaniowość przy podejmowaniu decyzji przez Prezesa UOKiK.

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, 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, osiągnięte zaś korzyści winny dotyczyć jak najszerszej grupy konsumentów. Należy przypuszczać, że ewentualne istotne ograniczenie konkurencji winno mieć charakter czasowy, a przedsiębiorca winien wykazać istnienie możliwych warunków powrotu rynku do stanu równowagi w przyszłości. Pomimo istnienia tego przepisu od wielu lat nigdy nie stał się on podstawą rozpatrzenia jakiegokolwiek sprawy.

Choć podstawowym testem oceny koncentracji jest test istotnego ograniczenia konkurencji, to ustawa antymonopolowa uzupełniająco przewiduje stosowanie testu interesu publicznego. Art. 20 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przewiduje, że Prezes UOKiK wydaje 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 gdy może ona wywrzeć pozytywny wpływ na gospodarkę narodową. Test interesu publicznego pozwala organowi antymonopolowemu w wyjątkowych sytuacjach na ocenę zamiaru koncentracji z punktu widzenia innych niż gospodarcze celów i wartości. Podkreślić trzeba, że test interesu publicznego może stanowić podstawę dopuszczenia antykonkurencyjnej koncentracji, ale nie pozwala organowi antymonopolowemu na zablokowanie neutralnej rynkowo transakcji. Świadczy to o tym, że względy pozagospodarcze nie mogą hamować wolności gospodarczej przedsiębiorców.

* * *

Przepisy o antymonopolowej kontroli łączenia przedsiębiorców bardzo trafnie ilustrują tezę, że ekonomia jest, przynajmniej w niektórych obszarach,

zasadniczą podstawą i granicą regulacji administracyjnoprawnej. Wprowadzenie antymonopolowej kontroli procesów koncentracyjnych w gospodarce jest uzasadnione na gruncie ekonomicznym. Łączenie się przedsiębiorców nie jest bowiem neutralne ani z punktu widzenia dobrobytu społecznego, ani z punktu widzenia interesu publicznego. Dzięki ustaleniom ekonomii można zidentyfikować przyczyny oraz skutki procesów koncentracyjnych. Ustalenia te stanowią podstawę ustawodawstwa, ale jednocześnie są też granicą interwencji administracyjnej. Należy pamiętać, że łączenie się przedsiębiorców jest działalnością legalną i w znakomitej większości przypadków racjonalną ekonomicznie, która prowadzi do zwiększenia dobrobytu społecznego. Antymonopolowa kontrola łączenia przedsiębiorców, stanowiąc wyjątek od zasady wolności gospodarczej, powinna być zatem ukształtowana w taki sposób, aby nie hamować naturalnych zmian rynkowych, a powstrzymywać jedynie te, które mogą kształtować potencjalnie szkodliwe struktury rynkowe. Elastyczność kontroli koncentracji osiągnięta 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. Co istotne także, test ten wyznacza granice interwencji administracyjnoprawnej, wykluczając dowolność interpretacji organu.

Ekonomia jest pomocna przy konstruowaniu przepisów, ale to ustawodawca wyznacza cele, które prawo ma osiągnąć. Cele te nie muszą być pareto-optymalne, gdyż ustawodawca ma swobodę w przyznawaniu pierwszeństwa innym wartościom niż dobrobyt społeczny. Przykładem może być tutaj stosowanie testu interesu publicznego. Ponadto ustalenia ekonomiczne nie zawsze mogą być zastosowane w praktyce, czego przykładem jest regulacja obowiązku notyfikacyjnego. Obserwacje te nie unieważniają jednak podstawowego postulatu oparcia administracyjnego prawa gospodarczego na racjonalnych gospodarczo założeniach oraz oparcia granic administracyjnoprawnej interwencji na ekonomicznej analizie korzyści i strat społecznych takiej regulacji.

BIBLIOGRAFIA

- Administracyjne prawo gospodarcze*, A. Borkowski, A. Chełmoński, M. Guziński, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, Kolonia Limited, Wrocław 2005.
- Aigner G., Budzinski O., Christiansen A., *The Analysis of Coordinated Effects in UE Merger Control: Where do we stand after Sony/BMG and Impala?*, „European Competition Journal” 2008, nr 2.

- Bishop S., Walker M., *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, Sweet & Maxwell, London 2002.
- Bergh R. van den, Camesasca P., *European Competition Law and Economics. A Comparative Perspective*, Sweet and Maxwell, London 2006.
- Borkowski J., *Głos w dyskusji*, [w:] *Problemy metodologiczne nauki prawa administracyjnego (przedmiot, metody badawcze i kooperacja interdyscyplinarna). Materiały ze zjazdu specjalistów z zakresu prawa administracyjnego*, red. K. Sobczak, Wydawnictwo UŚ, Katowice 1976.
- Burnley R., *Who's Afraid of Conglomerate Mergers? A Comparison of the US and EC Approaches*, „World Competition” 2005, nr 1.
- Camesasca P.D., *European Merger Control, Getting the Efficiencies Right*, Intersentia-Hart, Antwerpen–Groningen–Oxford 2000.
- Cooper J.C., Froeb L.M., O'Brien D., Vita M.G., *Vertical antitrust policy as a problem of inference*, „International Journal of Industrial Organization” 23 (2005).
- Dawidowicz W., *Polskie prawo administracyjne*, PWN, Warszawa 1978.
- Fountoukakos K., Ryan S., *A New Substantive Test For Merger Control*, „European Competition Law Review” 2005, nr 5.
- Froeb L., *If Merger is the Answer, What is the Question?*, [w:] *Competition Law and Economics. Advances in Competition Policy and Antitrust Enforcement*, red. A.M. Mateus, T. Moreira, Kluwer Law International, The Hague 2007.
- Fuzje i przejęcia*, red. W. Frąckowiak, PWE, Warszawa 2009.
- Grupy kapitałowe w Polsce*, red. M. Romanowska, M. Trocki, B. Wawrzyniak, Difin, Warszawa 2000.
- Hovenkamp H., *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, Thomas West, St. Paul 2005.
- Jantoni-Drozdowska E., *Ekonomiczne przesłanki antymonopolowej kontroli koncentracji*, [w:] *Konkurencja w gospodarce współczesnej*, red. C. Banasiński, E. Stawicki, UOKiK, Warszawa 2007.
- Kasznicza S., *Polskie prawo administracyjne*, Księgarnia Akademicka, Poznań 1946.
- Law and Institutions of the European Union*, red. J.W. Bridge, D. Lasok, Butterworths, London 1994.
- Kmieciak Z., *Skuteczność regulacji administracyjnoprawnej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 1994.
- Motta M., *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge 2007.
- Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, red. M. Wierzbowski, M. Wyrzykowski, PWN, Warszawa 1998.
- Scherer F.M., Ross D., *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Houghton Mifflin Company, Boston 1990.
- Schwarze J., *European Administrative Law. Revised 1st Edition*, Sweet and Maxwell, London 2006.
- Stefaniuk M., *Publicznoprawne reguły konkurencji*, Verba, Lublin 2005.
- Theeuwes J., *An Economic Analysis of the New Regulation 139/2004*, „Legal Issues of Economic Integration” 2005, nr 2.

- Turner D., *Conglomerate Mergers and Section 7 of the Clayton Act*, „Harvard Law Review” 1965, nr 78, s. 1313.
- Werden G.J., *Unilateral Competitive Effects and the Test for Merger Control*, „European Competition Journal” 2008, nr 1.
- Ziemiński Z., *O pojmowaniu celu, zadania, roli i funkcji prawa*, „Państwo i Prawo” 1987, z. 12.
- Ziemiński Z., *Wstęp do aksjologii dla prawników*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1990.
- Żuławska Cz., *Zasady prawa gospodarczego prywatnego*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1999.

PRZEGLĄD DYSCYPLIN BADAWCZYCH
POKREWNYCH NAUCE PRAWA
I POSTĘPOWANIA ADMINISTRACYJNEGO

Zjazd Katedr Prawa Administracyjnego i Postępowania Administracyjnego
Kazimierz Dolny nad Wisłą, 19-22 września 2010 r.

Redakcja

Stanisław Wrzosek
Michał Domagała
Jan Izdebski
Tadeusz Stanisławski

Wydawnictwo KUL
Lublin 2010