

## Nowe zasady oceny koncentracji eksterytorialnych w niemieckim prawie antymonopolowym

### Spis treści

- I. Wstęp
- II. Koncepcja eksterytorialnego stosowania prawa konkurencji
- III. Kryteria notyfikacyjne według niemieckiej ustawy antymonopolowej
- IV. Skutek krajowy koncentracji i eksterytorialne stosowanie niemieckiej ustawy antymonopolowej – rozwój orzecznictwa
- V. Konsekwencje prawne naruszenia obowiązku notyfikacji przez przedsiębiorców zagranicznych
- VI. Charakter prawny Wytycznych
- VII. Koncentracje o oczywistym charakterze krajowym
- VIII. Koncentracje bez oczywistego charakteru krajowego (*safe harbour*)
- IX. Ocena indywidualna (*case by case assessment*)
- X. Kwestie proceduralne
- XI. Podsumowanie

### Streszczenie

Niemiecka ustawa antymonopolowa ma zastosowanie także do tych przypadków naruszenia konkurencji, które wprawdzie mają miejsce poza obszarem Republiki Federalnej Niemiec, lecz wywołują skutki na jej terytorium. Zasada eksterytorialnego stosowania niemieckiej ustawy antymonopolowej ma również zastosowanie do kontroli koncentracji. Niemiecki Federalny Urząd ds. Karteli (*Bundeskartellamt*) wydał w 2014 r. nową wersję „Wytycznych na temat skutków krajowych w kontroli koncentracji”. Wytyczne mają pomagać uczestnikom koncentracji w samodzielnej ocenie czy zamierzona koncentracja wywołuje skutek krajowy w Niemczech, uzasadniający jej notyfikację do niemieckiego organu antymonopolowego. W niniejszym artykule zaprezentowano podstawowe zasady oceny wpływu planowanych koncentracji na wewnętrzny rynek niemiecki, zgodnie z zasadami zawartymi w wytycznych, w szczególności w zakresie istotnym dla polskich przedsiębiorców.

**Słowa kluczowe:** kontrola koncentracji; eksterytorialne stosowanie prawa konkurencji; progi notyfikacyjne; *Bundeskartellamt*.

\* Radca prawny; członek German Desk i zespołu prawa ochrony konkurencji w kancelarii Sójka Maciak Mataczyński Adwokaci sp.k.; e-mail: wojciech.lyszzczarz@smmlegal.pl.

## I. Wstęp

Niemiecka ustawa antymonopolowa (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*<sup>1</sup>, dalej: GWB) jest podstawowym aktem prawnym niemieckiego prawa ochrony konkurencji, regulującym m.in. kwestie porozumień antykonkurencyjnych, nadużycia pozycji dominującej, a także kontroli koncentracji. GWB znajduje zastosowanie także do tych przypadków naruszenia konkurencji, które mają miejsce poza obszarem Republiki Federalnej Niemiec, lecz wywołują skutki na jej terytorium<sup>2</sup>. Zasada eksterytorialnego stosowania ustawy antymonopolowej ma pełne zastosowanie do kontroli koncentracji<sup>3</sup>, co oznacza, że w określonych przypadkach koncentracje dokonywane przez podmioty mające siedzibę poza granicami Niemiec (tzw. *foreign to foreign mergers*) podlegają obowiązkowi uprzedniej notyfikacji do Niemieckiego Federalnego Urzędu ds. Karteli (dalej: Urząd lub *Bundeskartellamt*), a uczestnicy koncentracji mają obowiązek powstrzymania się od dokonania koncentracji do czasu uzyskania zgody Urzędu (*standstill obligation*)<sup>4</sup> pod rygorem sankcji pieniężnych<sup>5</sup>. *Bundeskartellamt* może wydać decyzję o zakazie dokonania koncentracji eksterytorialnej wywołującej skutki na terytorium Niemiec<sup>6</sup>. Koncentracja dokonana z naruszeniem obowiązku notyfikacji oraz która nie kwalifikuje się do uzyskania decyzji zezwalającej na jej przeprowadzenie może teoretycznie podlegać rozwiązaniu na zarządzenie *Bundeskartellamt*<sup>7</sup>. Jurysdykcja Urzędu jest wyłączona w przypadku, gdy koncentracja ma wymiar wspólnotowy i podlega notyfikacji do Komisji Europejskiej<sup>8</sup> zgodnie z przepisami rozporządzenia Rady (WE) Nr 139/2004 (dalej: rozporządzenie 139/2004)<sup>9</sup>.

Zasada eksterytorialnego stosowania GWB może stanowić istotne, dodatkowe utrudnienie w międzynarodowych koncentracjach obejmujących swym zasięgiem pośrednio lub bezpośrednio terytorium RFN. W związku z tym *Bundeskartellamt* dokonał podsumowania zasad oceny wpływu koncentracji na wewnętrzny rynek niemiecki w formie „Wytycznych na temat skutków krajowych w kontroli koncentracji”. Wytyczne mają w założeniu pomagać uczestnikom koncentracji w samodzielnej ocenie czy zamierzona koncentracja wywołuje skutek krajowy uzasadniający jej notyfikację do niemieckiego organu antymonopolowego. Z punktu widzenia *Bundeskartellamt* zapewnienie uczestnikom koncentracji pewności prawnej i ograniczenie liczby notyfikacji koncentracji eksterytorialnych o niewielkim znaczeniu dla rynku krajowego powinno przełożyć się na zmniejszenie nakładu pracy i skoncentrowanie zasobów na koncentracjach o istotnym znaczeniu.

Pierwsza wersja wytycznych została wydana w 1999 r. Na podstawie ponad piętnastoletniego doświadczenia w zakresie ich stosowania, a także w związku z rozwojem przepisów i praktyki wdrażania kontroli koncentracji w Niemczech i w innych państwach europejskich *Bundeskartellamt* postanowił dokonać aktualizacji wytycznych. Nowe „Wytyczne na temat skutków krajowych

<sup>1</sup> Tekst jednolity z 26.06.2013 r. (Bundesgesetzblatt 2013, cz. I, s. 1750), ostatnia zmiana z 21.07.2014 r. (Bundesgesetzblatt 2014, cz. I., s. 1066).

<sup>2</sup> § 130 ust. 2 GWB.

<sup>3</sup> Por. wyr. Federalnego Trybunału Sprawiedliwości (BGH) z 12.07.1973 r., sygn. KRB 2/72 – *Ölfeldrohre*, Neue Juristische Wochenschrift 1973, z. 36, s. 1609 oraz wyr. BGH z 29.05.1979 r., sygn. KVR 2/78 – *Organische Pigmente*, Neue Juristische Wochenschrift 1979, z. 51, s. 2613.

<sup>4</sup> § 41 ust. 1 GWB.

<sup>5</sup> § 81 ust. 3 GWB.

<sup>6</sup> § 40 ust. 2 GWB.

<sup>7</sup> § 41 ust. 3 GWB.

<sup>8</sup> § 35 ust. 3 GWB.

<sup>9</sup> Rozporządzenie Rady (WE) Nr 139/2004 z 20.01.2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. UE L 2004, Nr 24, poz. 1).

w kontroli koncentracji” (dalej: „Wytyczne”) zostały wydane 30 września 2014 r.<sup>10</sup> i podsumowują aktualne podejście *Bundeskartellamt* do eksterytorialnego stosowania GWB w zakresie kontroli koncentracji. Celem niniejszego artykułu jest zaprezentowanie podstawowych zasad zawartych w Wytycznych, a także kontekstu wprowadzenia ich w życie.

## II. Koncepcja eksterytorialnego stosowania prawa konkurencji

Koncepcja eksterytorialnego stosowania prawa konkurencji, znana jako *effects doctrine*, została sformułowana i rozwinięta w Stanach Zjednoczonych w latach 40. i 50. XX wieku<sup>11</sup> na podstawie klasycznych zasad prawa międzynarodowego publicznego<sup>12</sup>. Zgodnie z założeniami *effects doctrine* w ujęciu prawa amerykańskiego państwo posiada kompetencje do sankcjonowania naruszeń prawa krajowego dokonanych poza jego granicami, nawet przez podmioty nieposiadające przynależności państwowej danego państwa, jeśli takie zachowanie wywołuje skutki na terytorium tego państwa<sup>13</sup>. Jednocześnie, nie wszystkie skutki działań antykonkurencyjnych są sankcjonowane, a tylko takie, które wywołują skutek przekraczający pewien poziom „istotności”<sup>14</sup>. W przeciwnym razie potencjalnie większość działań antykonkurencyjnych za granicą wymagałaby zaangażowania organów ochrony konkurencji danego państwa, a gwarancje prawne mogłyby być wykorzystywane także przez pokrzywdzonych przedsiębiorców z zagranicy, co nie jest podstawowym celem krajowego prawa ochrony konkurencji. „Istotny” charakter będą miały przede wszystkim działania, które są skierowane przeciwko obywatelom danego państwa, jego interesom lub bezpieczeństwu narodowemu<sup>15</sup>. Nie wymaga się spełnienia przesłanki w postaci „istotności” skutku na terytorium krajowym, gdy dane porozumienie o charakterze antykonkurencyjnym miało na celu wywołanie skutków na terytorium państwa<sup>16</sup>.

Sankcjonowane mogą być zarówno działania podejmowane przez obcych obywateli lub obce podmioty poza granicami państwa, jak również działania podejmowane przez obywateli danego państwa, jeśli działania te mają miejsce za granicą<sup>17</sup>. Co do zasady, ze względu na poszanowanie niezależności innych państw, spod działania koncepcji *effects doctrine* są wyłączone działania organów publicznych obcych państw<sup>18</sup>. Doktryna eksterytorialnego stosowania prawa konkurencji rozwinięta w USA dotyczy również kontroli koncentracji<sup>19</sup>.

<sup>10</sup> Bundeskartellamt, *Merkblatt Inlandsauswirkungen in der Fusionskontrolle*, 30.09.2014. Pobrano z: [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Merkbl%C3%A4tter/Merkblatt%20-%20Inlandsauswirkungen\\_2014.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Merkbl%C3%A4tter/Merkblatt%20-%20Inlandsauswirkungen_2014.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (10.04.2015).

<sup>11</sup> P.E. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust Law – An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, 272. *Extraterritorial Reach: “Effects” Test and Foreign Trade Antitrust Improvement Act*, Supplement No. 2013, Aspen Publishers 1978, s. 274–326.

<sup>12</sup> Por. wyr. Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej w sprawie *S.S. Lotus (Turcja p. Francji)*, wyr. STSM, 07.09.1927, Seria A, Nr 10.

<sup>13</sup> Wyr. *Second Circuit Court of Appeals* z 12.03.1945 r. w sprawie *United States p. Aluminum Co. of America et al.*, 148 F.2d 416.

<sup>14</sup> Wyr. *Ninth Circuit Court of Appeals* z 28.06.1993 r. w sprawie *Hartford Fire Ins. Co. p. California*, 509 U.S., pkt 796.

<sup>15</sup> H.V. Jerez, *Competition Law Enforcement and Compliance across the World: A Comparative Review*, *International Competition Law Series*, Kluwer Law International, Warszawa 2015, t. 61, s. 52.

<sup>16</sup> P.E. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust Law...*, pkt 272f1 “*Sufficient intent generally makes proof of actual effects unnecessary*”.

<sup>17</sup> H.V. Jerez, *Competition Law Enforcement...*, s. 52.

<sup>18</sup> Zgodnie z tzw. doktryną *act of state*. Por. np. odmowę wszczęcia postępowania antymonopolowego przeciwko państwom-członkom kartelu producentów ropy naftowej OPEC w wyr. *Ninth Circuit Court of Appeals* z 6.07.1981 r. w sprawie *International Ass’n of Machinists & Aerospace Workers (“IAM”) p. Organization of Petroleum Exporting Countries (OPEC)*, 649 F.2d 1354.

<sup>19</sup> Por. Wytyczne amerykańskiego Departamentu Stanu oraz Federalnej Komisji Handlu (*Federal Trade Commission*), *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations*, 04.1995, pkt 3.14. Pobrano z: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/internat.htm> (10.04.2015).

Spośród państw europejskich doktrynę eksterytorialnego stosowania prawa konkurencji najwcześniej recypowały i rozwinęły Niemcy<sup>20,21</sup>, a wkrótce także Unia Europejska<sup>22</sup>. Obecnie większość państw Unii Europejskiej, w tym Polska<sup>23</sup>, stosuje różne warianty doktryny eksterytorialnego stosowania prawa konkurencji, w tym w zakresie kontroli koncentracji<sup>24</sup>. Do stwierdzenia jurysdykcji Komisji Europejskiej do kontroli koncentracji o wymiarze wspólnotowym zgodnie z przepisami rozporządzenia 139/2004 wystarcza jedynie przekroczenie odpowiednich limitów obrotów uczestników konkurencji. Nie jest dodatkowo wymagane stwierdzenie wpływu lub potencjalnego wpływu koncentracji na rynek Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Taki dodatkowy wymóg może jednak zostać wprowadzony w ramach kolejnej reformy unijnych zasad oceny kontroli koncentracji<sup>25</sup>.

### III. Kryteria notyfikacyjne według niemieckiej ustawy antymonopolowej

Niemiecka ustawa antymonopolowa uzależnia obowiązek notyfikacji koncentracji do Urzędu od spełnienia trzech kryteriów:

- 1) występowania koncentracji w rozumieniu GWB (§ 37 GWB ust. 1);
- 2) osiągnięcia określonego poziomu obrotów przez uczestników koncentracji (§ 35 ust. 1 GWB);
- 3) ustalenia, że planowana koncentracja wywoła skutki na terytorium Niemiec (w rozumieniu § 130 ust. 2 GWB).

Ad. 1) **występowanie koncentracji w rozumieniu GWB** (§ 37 GWB ust. 1). GWB przewiduje, że następujące cztery stany faktyczne stanowią koncentrację:

- a) przejęcie majątku innego przedsiębiorcy w całości lub w znaczącej części (§ 37 ust. 1 pkt 1 GWB);
- b) przejęcie bezpośredniej lub pośredniej kontroli przez jednego lub kilku przedsiębiorców nad całością lub częścią jednego lub kilku innych przedsiębiorców (§ 37 ust. 1 pkt 2 GWB);
- c) przejęcie udziałów w innym przedsiębiorcy, jeśli takie udziały samodzielnie lub łącznie z innymi udziałami należącymi już do nabywcy stanowią 50% lub 25%<sup>26</sup> kapitału lub praw głosu w podmiocie przejmowanym (§ 37 ust. 1 pkt 3 GWB);
- d) jakakolwiek inna relacja między przedsiębiorcami, na podstawie której jeden lub kilku przedsiębiorców ma prawo wykonywać bezpośrednio lub pośrednio istotny z punktu widzenia konkurencji wpływ na innego przedsiębiorcę (§ 37 ust. 1 pkt 4 GWB).

<sup>20</sup> Por. pkt IV niniejszego opracowania.

<sup>21</sup> H. Roth, *Die Fusionskontrolle internationaler Unternehmenszusammenschlüsse*, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 1981, Rocznik 45, H. 3, s. 501–544.

<sup>22</sup> J.P. Griffin, *Extraterritoriality in U.S. and EU Antitrust Enforcement*, „*Antitrust Law Journal*” 1999, No. 1, s. 173–180; w zakresie kontroli koncentracji por. decyzję Komisji Europejskiej 97/26/WE z 24.04.1996 r. uznającej koncentrację za niezgodną ze wspólnym rynkiem oraz funkcjonowaniem porozumienia o EOG, sprawa nr IV/M.619 – *Gencor/Lonrho* (Dz. Urz. WE z 1997 r., L 11, s. 30), a także wyr. SPI z 25.03.1999 r. w sprawie T-102/96 *Gencor Ltd p. Komisji Wspólnot Europejskich*, Zb. Orz. 1999, S. II-00753.

<sup>23</sup> Art. 1 ust. 2 ustawy z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 184).

<sup>24</sup> M. Wierzbowski, K. Karasiewicz, R. Stankiewicz, *Kontrola koncentracji przedsiębiorców*, „*System Prawa Prywatnego*” 2012, nr 2, s. 12; także w: H.V. Jerez, *Competition Law Enforcement...*, s. 53.

<sup>25</sup> Por. dokument roboczy Komisji Europejskiej, *Commission Staff Working Document, Towards more effective EU merger control*, 25.6.2013 SWD(2013) 239 final, s. 22. Pobrano z: [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013\\_merger\\_control/merger\\_control\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_merger_control/merger_control_en.pdf) (10.04.2015), który dotyczy reformy Rozporządzenia 139/2004 i w którym wzmiankuje się o możliwości wyłączenia jurysdykcji Komisji Europejskiej w sprawach koncentracji, które nie wywołują żadnego skutku na terytorium Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Zarówno niemiecki *Bundeskartellamt*, jak i polski Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów poparły pomysł ograniczenia jurysdykcji eksterytorialnej Komisji Europejskiej w kwestiach koncentracji. Pobrano z: [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013\\_merger\\_control/bundeskartellamt\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_merger_control/bundeskartellamt_de.pdf); [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013\\_merger\\_control/uokik\\_pl.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_merger_control/uokik_pl.pdf) (10.04.2015).

<sup>26</sup> Notyfikacji podlega zatem osiągnięcie, każdorazowo, odpowiednio poziomu 25 i 50% kapitału lub praw głosu.

Ad. 2) **osiągnięcie określonego poziomu obrotów przez uczestników koncentracji** (§ 35 ust. 1 *GWB*). Przepisy dotyczące kontroli koncentracji znajdują zastosowanie, jeśli w ostatnim roku obrotowym poprzedzającym koncentrację:

- a) przedsiębiorcy uczestniczący w koncentracji osiągnęli łączne światowe obroty przekraczające 500 milionów euro;
- b) co najmniej jeden z przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji osiągnął obroty w Niemczech przekraczające 25 milionów euro i co najmniej jeden inny przedsiębiorca uczestniczący w koncentracji osiągnął obroty w Niemczech przekraczające 5 milionów euro<sup>27</sup>.

Trzecim niezależnym warunkiem koniecznym do zaktualizowania się obowiązku zgłoszenia koncentracji do *Bundeskartellamt* jest **ustalenie, że planowana koncentracja wywoła skutki na terytorium Niemiec** (w rozumieniu § 130 ust. 2 *GWB*). Niniejsze kryterium decyduje o tym czy niemiecka ustawa w ogóle znajduje zastosowanie do konkretnej koncentracji, niezależnie od kryterium obrotów. Celem tego kryterium jest wyłączenie zgłoszeń koncentracji niemających bezpośredniego wpływu na konkurencję w Niemczech<sup>28</sup>. W przeciwieństwie do dwóch pierwszych kryteriów, które są obiektywne, kryterium skutku krajowego koncentracji wymaga oceny danego stanu faktycznego. § 130 ust. 2 *GWB* zawiera ogólną regulację dotyczącą ograniczeń konkurencji (w tym krajowych koncentracji), które wywołują skutki w obszarze obowiązywania *GWB* i nie precyzuje, na czym one polegają. Wypełnienie treścią tego przepisu zostało pozostawione praktyce organów oraz orzecznictwu sądów.

#### IV. Skutek krajowy koncentracji i eksterytorialne stosowanie niemieckiej ustawy antymonopolowej – rozwój orzecznictwa

Eksterytorialne stosowanie niemieckiego prawa ochrony konkurencji w ogólności i kontroli koncentracji jako szczególnej jego dziedziny rozwijały się w ścisłym związku. W świecie wzajemnych relacji ekonomicznych, w których „wszystko jest powiązane ze wszystkim”, niemiecki Federalny Trybunał Sprawiedliwości (dalej: *Bundesgerichtshof* lub BGH) musiał dokonać konkretyzacji przepisu § 130 ust. 2 *GWB* (oraz jego pierwowzoru – § 98 II 1 *GWB*), w celu nadania im „normatywnej ostrości”<sup>29</sup>.

Historycznie pierwszym orzeczeniem niemieckiego BGH w sprawie eksterytorialnego stosowania prawa konkurencji było orzeczenie z 1973 r. w sprawie kartelowej *Ölfeldröhre*<sup>30</sup>. Kartel został zawiązany przez europejskich (w tym niemieckich) i japońskich producentów rur, lecz dotyczył rynków innych niż europejskie. BGH potwierdził, że dla zaistnienia skutku krajowego porozumienia kartelowego musi ono wpływać na konkurencję wewnętrzną w Niemczech<sup>31</sup>. Kartel o charakterze wyłącznie eksportowym takiego wpływu na konkurencję krajową nie wywierał<sup>32</sup>. Orzecznictwo i ustawodawstwo dotyczące karteli eksportowych zmieniły się kilkakrotnie od

<sup>27</sup> Wskazany w niniejszym punkcie tzw. drugi krajowy próg notyfikacyjny w wysokości 5 mln euro został wprowadzony do *GWB* przez Trzecią ustawę zmniejszającą obciążenia biurowe, w szczególności dla małych i średnich przedsiębiorców (tzw. *Drittes Mittelstandsentslastungsgesetz, MEG III*) z 17.03.2009 r. (*Bundesgesetzblatt* cz. I, s. 550), m.in. w celu wyłączenia spod obowiązku notyfikacji tych koncentracji, które nie mają wpływu na rynek niemiecki.

<sup>28</sup> Por. *Merkblatt Inlandsauswirkungen...*, pkt 6.

<sup>29</sup> J. Basedow, *Entwicklungslinien des internationalen Kartellrechts – Ausbau und Differenzierung des Auswirkungsprinzips*, „*Neue Juristische Wochenschrift*” 1989, z. 10, s. 628.

<sup>30</sup> Wyr. BGH *Ölfeldröhre...*, s. 1609.

<sup>31</sup> F. Wagner-von Papp, *Germany*, [w:] F. Denozza, A. Toffoletto, (red.) *International Encyclopaedia of Laws: Competition Law*, Kluwer Law International 2013, pkt 121.

<sup>32</sup> *Ibidem*, pkt 121.



wyroku *Ölfeldröhre*, jednak teza orzeczenia w kontekście zasady eksterytorialnego stosowania prawa konkurencji pozostaje aktualna<sup>33</sup>.

Dalsze doprecyzowanie zasady skutku krajowego nastąpiło w orzeczeniu *Organische Pigmente*<sup>34</sup> z 1979 r. Orzeczenie to dotyczyło kontroli koncentracji. Mimo upływu czasu i zgłaszanych w doktrynie postulatów zmian, *Bundeskartellamt* uznaje ww. orzeczenie za aktualne, przywołując je w treści Wytycznych<sup>35</sup>.

Sprawa *Organische Pigmente* dotyczyła przejęcia przez amerykańską spółkę Harman Colors Corp. zorganizowanej części przedsiębiorstwa produkcji pigmentów organicznych od innej amerykańskiej spółki ACC. Nie tylko bezpośrednie strony transakcji były spółkami amerykańskimi, ale także przedmiot transakcji obejmował składniki majątkowe w USA. Jedynym niemieckim elementem w tym stanie faktycznym było powiązanie kupującego ze spółką prawa niemieckiego Bayer AG. W sprawie BGH dokonał ograniczenia eksterytorialnego stosowania GWB. Sąd stwierdził, że nie wystarczy jakikolwiek wpływ eksterytorialnej koncentracji na strukturę konkurencji w Niemczech, lecz tylko taki, który jest „istotny” lub „wyczuwalny”. Takie oddziaływanie musi dotyczyć nie tylko zakresu ochrony ogólnie przewidzianej w ustawie GWB, ale też specyficznego przedmiotu ochrony zawartego w konkretnej normie materialnej GWB. W kontekście kontroli koncentracji, skonkretyzowanym celem ochrony postanowień GWB jest zapobiegnięcie takim zmianom struktury rynku, które prowadziłyby do istotnego ograniczenia skutecznej konkurencji. Takie doprecyzowanie pozwala na uniknięcie nieograniczonego rozszerzenia eksterytorialnego zakresu stosowania norm krajowych.

Połączenie dokonane za granicą podlega zatem obowiązkowi zgłoszenia, pod warunkiem, że wywiera bezpośredni wpływ na stosunki konkurencyjne na (właściwym) rynku krajowym<sup>36</sup>. Dla potwierdzenia jurysdykcji *Bundeskartellamt* nie jest przy tym konieczne stwierdzenie negatywnego wpływu koncentracji na konkurencję. Wpływ koncentracji na konkurencję podlega badaniu dopiero na etapie oceny wniosku notyfikacyjnego<sup>37</sup>.

W sprawie *Organische Pigmente* BGH odniósł się również do zagadnienia, jaki powinien być stopień wpływu koncentracji na rynek krajowy, aby mógł zostać uznany za „istotny” lub „odczuwalny”. Zdaniem BGH nawet niewielkie zwiększenie krajowych udziałów rynkowych (np. o 0,14 i 0,23%) w wyniku koncentracji potwierdza, że skutek koncentracji jest odczuwalny<sup>38</sup>. Należy jednak podkreślić, że w stanie prawnym, którego dotyczyło orzeczenie, koncentracje podlegały tylko obowiązkowi uproszczonego zgłoszenia, a nie pełnej notyfikacji. Dlatego założenie, że nawet najmniejsze zwiększenie udziałów rynkowych automatycznie spełnia przesłankę „istotności” może budzić wątpliwości, szczególnie w obecnej sytuacji prawnej, w której nie obowiązuje już uproszczone zgłoszenie koncentracji, lecz obowiązek pełnej notyfikacji.

Definicja „istotności” wpływu koncentracji na niemiecki rynek wewnętrzny wypracowana w wyroku *Organische Pigmente* była nadal bardzo mało konkretna. W dalszej praktyce orzeczniczej w dziedzinie kontroli koncentracji Urząd stosował uproszczone podejście<sup>39</sup>, zakładając, że

<sup>33</sup> Por. *Merkblatt Inlandsauswirkungen...*, przypis 12.

<sup>34</sup> Wyr. BGH *Organische Pigmente...*, s. 2611.

<sup>35</sup> Por. *Merkblatt Inlandsauswirkungen...*, przypis 12.

<sup>36</sup> Wyr. BGH *Organische Pigmente...*, tezy wyr.

<sup>37</sup> *Merkblatt Inlandsauswirkungen...*, pkt 11.

<sup>38</sup> *Ibidem*, pkt 18.

<sup>39</sup> R. Podszun, *Aufgreifkriterien der Fusionskontrolle*, „Wirtschaft und Wettbewerb” 2010, z. 11, s. 1130.

dla stwierdzenia skutku krajowego wystarczy, że co najmniej dwóch z uczestników koncentracji sprzedaje usługi lub towary w Niemczech. Według powszechnej opinii prezentowanej w literaturze przedmiotu, dla stwierdzenia skutku krajowego nie wymaga się, aby uczestnicy koncentracji posiadali w Niemczech zakłady produkcyjne, spółki zależne lub przedstawicielstwa<sup>40</sup>.

## V. Konsekwencje prawne naruszenia obowiązku notyfikacji przez przedsiębiorców zagranicznych

Istotne znaczenie dla przedsiębiorców zagranicznych (w tym polskich) dokonujących koncentracji o potencjalnym wpływie na rynek niemiecki są konsekwencje prawne przeprowadzenia koncentracji bez dopełnienia obowiązku jej uprzedniej notyfikacji albo wydania przez *Bundeskartellamt* decyzji o zakazie koncentracji.

*Bundeskartellamt* dysponuje możliwością nakładania kar pieniężnych, które mogą wynieść do 1 mln euro lub 10% przychodów (w przypadku przedsiębiorców) w razie dokonania koncentracji bez zgody Urzędu, względnie przed upływem terminu na jej wydanie<sup>41</sup>. W odróżnieniu od zasad obowiązujących w Polsce, niemiecki urząd antymonopolowy powinien zostać poinformowany nie tylko o zamiarze dokonania koncentracji, lecz także o fakcie jej przeprowadzenia<sup>42</sup>. Takie zawiadomienie powinno nastąpić niezwłocznie po dokonaniu koncentracji, pod rygorem odpowiedzialności wykroczeniowej zagrożonej karami pieniężnymi do 100.000 euro w przypadku niedokonania albo dokonania nieprawidłowego lub niepełnego zawiadomienia<sup>43</sup>. Taką samą karą jest zagrożone dokonanie nieprawidłowej lub niepełnej notyfikacji zamierzonej koncentracji<sup>44</sup>. Praktyka orzecznicza Urzędu potwierdza, że kary pieniężne nie stanowią zagrożenia wyłącznie teoretycznego, lecz są stosowane w praktyce<sup>45</sup>.

Niezależnie od kwestii kar, bardzo istotnym uprawnieniem Urzędu jest możliwość wydania decyzji zakazującej dokonania koncentracji<sup>46</sup>. Mimo kontrowersji, *Bundeskartellamt* rozszerzył stosowanie tego rodzaju decyzji także na koncentracje eksterytorialne wywołujące skutki na terytorium Niemiec. Pierwsza tego rodzaju decyzja została wydana już w 1978 r. w odniesieniu do połączenia dwóch holenderskich spółek, albowiem w ocenie Urzędu badana koncentracja doprowadziłaby do powstania monopolu na niemieckim rynku skrobi ziemniaczanej (*Kartoffelstärke*), m.in. poprzez powiązania kapitałowe jednego z uczestników koncentracji ze spółką-córką w Niemczech<sup>47</sup>.

Ze względu na implikacje polityczne i zasady międzynarodowego prawa publicznego decyzje o zakazie koncentracji eksterytorialnych zapadają stosunkowo rzadko. Z istotnych decyzji warto wymienić decyzję o zakazie przejęcia przez *Bayer France S.A.* części majątku francuskiej spółki *Firestone France S.A.* we Francji z uwagi na spodziewane wzmocnienie pozycji dominującej na niemieckim rynku kauczuku przez spółkę-matkę *Bayer AG*<sup>48</sup>, decyzję o zakazie połączenia

<sup>40</sup> F. Wagner-von Papp, *Germany...*, pkt 124.

<sup>41</sup> § 81 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 81 ust. 4 GWB.

<sup>42</sup> § 39 ust. 6 GWB.

<sup>43</sup> § 81 ust. 2 pkt 4 w zw. z § 81 ust. 4 GWB.

<sup>44</sup> § 81 ust. 2 pkt 3 w zw. z § 81 ust. 4 GWB.

<sup>45</sup> Kary nałożone przez *Bundeskartellamt* 10.05.2011 r. na *Interseroh Scrap and Metals Holding GmbH* za brak uprzedniej notyfikacji koncentracji. Informacja prasowa dostępna pod adresem: [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2011/10\\_05\\_2011\\_Interseroh.html](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2011/10_05_2011_Interseroh.html) (10.04.2015).

<sup>46</sup> § 41 ust. 4 GWB.

<sup>47</sup> Decyzja *Bundeskartellamt* z 3.05.1978 r., w sprawie o sygn. B6-681511-UZ-187/77, *Kartoffelstärke*, „Wirtschaft und Wettbewerb” 1978, z. 9, s. 598.

<sup>48</sup> Decyzja *Bundeskartellamt* z 23.09.1980 r. w sprawie o sygn. B8-453340-UZ-45/80, *Bayer France/Firestone France*.

producentów aparatów słuchowych ze Szwajcarii i Danii (*Phonak/ReSound*)<sup>49</sup>, a także decyzję o zakazie koncentracji wytwórców mas klejących (*Sulzer/Kelmix*)<sup>50</sup>.

Ogólny stosunek niemieckiej doktryny prawniczej do możliwości wydania zakazu przeprowadzenia koncentracji eksterytorialnej przez *Bundeskartellamt* jest w większości pozytywny. Nie budzi wątpliwości możliwość orzeczenia zakazu koncentracji eksterytorialnej w części dotyczącej rynku niemieckiego, o ile podział transakcji na część krajową oraz część zagraniczną (niemającą wpływu na rynek krajowy) jest możliwy. Jeśli transakcja nie może być podzielona w wyżej określony sposób, zgodnie z przeważającym poglądem, Urząd może zakazać przeprowadzenia całości transakcji. Niektórzy autorzy precyzują ponadto, że całościowy zakaz dokonania koncentracji jest możliwy, pod warunkiem jednak, że „punkt ciężkości” transakcji dotyczy rynku niemieckiego (*Schwerpunktheorie*)<sup>51</sup>. Alternatywną teorią jest teoria zakładająca konieczność wyważenia interesu państwa lub państw obcych w przeprowadzeniu koncentracji z interesem RFN w jej zakazaniu<sup>52</sup>. Z wyjątkiem kilku propagatorów tej teorii, większość komentatorów opowiada się jednak przeciwko jej zastosowaniu ze względu trudności praktyczne (w tym brak kompetencji Urzędu do prowadzenia czynności dochodzeniowych za granicą<sup>53</sup>) i konieczność uwzględnienia argumentów o charakterze politycznym, a nie prawnym lub ekonomicznym<sup>54</sup>.

W dyskusji na temat międzynarodowych reperkusji zakazu koncentracji, *Bundeskartellamt* stanął na stanowisku, że decyzja zakazująca dokonania koncentracji eksterytorialnej nie jest sprzeczna z konstytucyjną zasadą państwa prawa ani prawem publicznym międzynarodowym, w sytuacji gdy nie jest możliwe zastosowanie mniej uciążliwych środków (np. przez podział transakcji i zakaz jej dokonania tylko w części dotyczącej Niemiec)<sup>55</sup>. Stanowisko Urzędu wobec teorii „punktu ciężkości” jest niejasne. W decyzji *Ajinomoto/Orsan*<sup>56</sup> Urząd odniósł się do jej założeń, stwierdzając, że punkt ciężkości badanej transakcji dotyczył Niemiec (procentowe udziały rynkowe uczestników koncentracji w Niemczech były wyższe niż w państwach ościennych). Urząd nie odniósł się jednak do argumentu, że zdecydowana większość produkcji<sup>57</sup> uczestników transakcji trafiała na rynki inne niż niemiecki. Także w innych przypadkach fakt, że obroty uczestników transakcji w innym państwie znacząco przewyższały te osiągnięte w Niemczech, nie przeszkodził Urzędowi w potwierdzeniu swojej jurysdykcji<sup>58</sup>. Zasadność tego stanowiska została potwierdzona przez sąd odwoławczy<sup>59</sup>.

Koncentracja dokonana z naruszeniem obowiązku notyfikacji i niekwalifikująca się do uzyskania decyzji zezwalającej na jej przeprowadzenie, może podlegać rozwiązaniu na zarządzenie

<sup>49</sup> Decyzja *Bundeskartellamt* z 11.04.2007 r., w sprawie o sygn. B3 578/06, *Phonak Holding AG/GN ReSound AS/GN ReSound GmbH Hörtechnologie/ GN US Holdings Inc*, pkt 23-33.

<sup>50</sup> Decyzja *Bundeskartellamt* z 14.02.2007 r., w sprawie o sygn. B 5 – 28623 *Sulzer Markets & Technology AG/Kelmix Holding AG/Werfo AG/Mold AG/ Mold Anstalt/Wilhelm A. Keller/ELM Holding Anstalt*.

<sup>51</sup> F. Wagner-von Papp, *Germany...*, pkt 125.

<sup>52</sup> S. Barthelmeß, L. Rudolf, *Extraterritoriale Anwendbarkeit der deutschen Fusionskontrolle und das völkerrechtliche Abwägungsgebot*, „Wirtschaft und Wettbewerb” 2003, z. 11, s. 1176–1182.

<sup>53</sup> Wyr. BGH z 24.10.1995 r., sygn. KVR 17/94, *Neue Juristische Wochenschrift* 1996, s. 595–599 („Backofenmarkt”).

<sup>54</sup> F. Wagner-von Papp, *Germany...*, pkt 127.

<sup>55</sup> Decyzja *Bundeskartellamt Phonak Holding AG...*, pkt 354.

<sup>56</sup> Decyzja *Bundeskartellamt* z 2.05.2003 r., w sprawie o sygn. B 3 – 24410 – U – 8/03, *Ajinomoto Co., Inc./Orsan S.A.*

<sup>57</sup> Odpowiednio 80% w przypadku pierwszego i 95% w przypadku drugiego uczestnika koncentracji.

<sup>58</sup> Decyzja *Bundeskartellamt Phonak Holding AG...*; 90% obrotów uczestników koncentracji przypadło na państwa inne niż Niemcy.

<sup>59</sup> Postanowienie *Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf* z 26.11.2008 r., sygn. VI-Kart 8/07 (V) – *Phonak/ReSound*, „Wirtschaft und Wettbewerb” 2009, z. 2, s. 181, teza 3 c) postanowienia.



*Bundeskartellamt*<sup>60</sup>. Dodatkowo Urząd może nakazać ustanowienie na koszt uczestników koncentracji powiernika nadzorującego rozwiązanie koncentracji (*Sicherungstreuhänder*) lub powiernika przeprowadzającego sprzedaż spółki przejmowanej (*Veräußerungstreuhänder*)<sup>61</sup>. Urząd wykorzystuje powyższe instrumenty również do koncentracji eksterytorialnych, czego przykładem była decyzja *Sulzer/Kelmix*<sup>62</sup>, w której Urząd stwierdził niezgodność koncentracji między zagranicznymi uczestnikami, zarządził przywrócenie *status quo* sprzed połączenia (według jednego z zaproponowanych przez Urząd dwóch sposobów), a także nakazał ustanowienie powiernika do nadzorowania rozwiązania tej koncentracji. Urząd wszczął również postępowanie w sprawie rozwiązania joint venture założonego przez spółki informatyczne z USA (które jednak zostało ostatecznie umorzono ze względu na brak utworzenia lub wzmocnienia pozycji dominującej)<sup>63</sup>.

W opisie powyższych skutków prawnych nie można pominąć ich wymiaru czasowego. W razie zaniechania przez strony transakcji obowiązkowej notyfikacji, Urzędu nie obowiązują terminy, których upływ bez wydania decyzji jest równoznaczny ze zgodą na dokonanie koncentracji. Dlatego Urząd może bez ograniczeń czasowych wszcząć postępowanie wyjaśniające i stwierdzić bezskuteczność koncentracji oraz zarządzić jej rozwiązanie na długo po jej faktycznym przeprowadzeniu<sup>64</sup>.

Konsekwencje prawne grożące przedsiębiorcom w razie nieprawidłowej oceny aspektów prawnych koncentracji są zatem nie do przecenienia. Tym bardziej, z punktu widzenia bezpieczeństwa prawnego przedsiębiorców, zasadne jest wydanie Wytycznych wyjaśniających te zagadnienia.

## VI. Charakter prawny Wytycznych

*Bundeskartellamt* często wykorzystuje formę wytycznych (a także wskazówek, informacji, wyjaśnień, obwieszczeń, zasad interpretacji i innego rodzaju dokumentów informacyjnych) dla doprecyzowania kwestii z zakresu prawa konkurencji lub wyjaśnienia sposobu ich interpretowania przez Urząd. W zakresie kontroli koncentracji, taką formę przyjęły m.in. wytyczne w sprawie kontroli koncentracji w Niemczech<sup>65</sup>, wcześniejsze wytyczne w sprawie krajowych skutków koncentracji z 1999 r., wytyczne w sprawie zakresu zastosowania zasad kontroli koncentracji UE<sup>66</sup>, a także wytyczne w sprawie pozycji dominującej w kontroli koncentracji<sup>67</sup>. Wytyczne znajdują zastosowanie także w innych dziedzinach prawa konkurencji. Strona internetowa *Bundeskartellamt* obejmuje w sumie około 20 różnych rodzajów wytycznych, informacji, obwieszczeń i wskazówek istotnych dla stosowania prawa konkurencji<sup>68</sup>.

Charakter prawny wytycznych Urzędu nie jest określony. W niemieckiej literaturze przedmiotu przyjmuje się, że mają one charakter *soft law* i mimo że nie mają mocy prawnej równorzędnej

<sup>60</sup> § 41 ust. 3 *GWB*.

<sup>61</sup> § 41 ust. 4 *GWB*.

<sup>62</sup> Decyzja *Bundeskartellamt Sulzer Markets & Technology AG...*

<sup>63</sup> Decyzja *Bundeskartellamt* z 4.08.2011 r., w sprawie o sygn. B 7 – 38/11 *EMC Corporation/Cisco Systems Inc.*

<sup>64</sup> Ch. Burholt, H. Schaper, *Ausgewählte Rechtsprobleme beim sog. „no-jurisdiction letter“ in der Praxis der deutschen Fusionskontrolle*, „Wirtschaft und Wettbewerb“ 2010, z. 12, s. 1217.

<sup>65</sup> *Bundeskartellamt, Merkblatt zur deutschen Fusionskontrolle*, 06.2005. Pobrano z: [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Merkbl%C3%A4tter/Merkblatt%20-%20Deutsche%20Fusionskontrolle.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Merkbl%C3%A4tter/Merkblatt%20-%20Deutsche%20Fusionskontrolle.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (10.04.2015).

<sup>66</sup> *Bundeskartellamt, Merkblatt zum Anwendungsbereich der EU-Fusionskontrolle*, 07.2004. Pobrano z: [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Merkbl%C3%A4tter/Merkblatt%20-%20Europ%C3%A4ische%20Fusionskontrolle.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Merkbl%C3%A4tter/Merkblatt%20-%20Europ%C3%A4ische%20Fusionskontrolle.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (10.04.2015).

<sup>67</sup> *Bundeskartellamt Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle*, 29.03.2012. Pobrano z: [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Leitfaden/Leitfaden%20-%20Marktbeherrschung%20in%20der%20Fusionskontrolle.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=12](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Leitfaden/Leitfaden%20-%20Marktbeherrschung%20in%20der%20Fusionskontrolle.pdf?__blob=publicationFile&v=12) (10.04.2015).

<sup>68</sup> Por. [http://www.bundeskartellamt.de/DE/UeberUns/Publikationen/Materialien/materialien\\_node.html](http://www.bundeskartellamt.de/DE/UeberUns/Publikationen/Materialien/materialien_node.html) (10.04.2015).

z aktami prawa stanowionego, powinny jednak wiązać wydziały orzekające Urzędu<sup>69</sup>. Zakłada się, że organ, który wydał regulacje o charakterze *soft law*, konkludentnie potwierdza, że uznaje je za wiążące dla siebie<sup>70</sup>.

Wytyczne Urzędu z reguły opisują sposób jego działania i stanowią tym samym wzór dla przebiegu postępowań antymonopolowych i rozstrzygnięć merytorycznych w ich ramach<sup>71</sup>. Wypełniają ponadto luki interpretacyjne w treści GWB oraz opisują działanie organu w określonych, przyszłych stanach faktycznych<sup>72</sup>. Takie funkcje wytycznych są z konieczności skierowane nie tylko do organu stosującego prawo, lecz także do zewnętrznych adresatów. W ten sposób wytyczne mogą wpływać na działania przedsiębiorców. Dodatkowo, określenie dokumentów Urzędu jako wytyczne, wskazówki lub obwieszczenia wskazuje, że są one adresowane do zewnętrznych odbiorców i mają określać postępowanie preferowane z punktu widzenia Urzędu.

Kwestia wiązania Urzędu postanowieniami wytycznych nie była jeszcze przedmiotem rozstrzygnięcia BGH. Natomiast, wytyczne bywały wzmiankowane jako część argumentacji w uzasadnieniach wyroków BGH<sup>73</sup>, co pośrednio potwierdza, że są one uznawane za część dorobku prawnego. Wytyczne nie wiążą natomiast sądów.

Większość wytycznych i innego rodzaju komunikatów *Bundeskartellamt* nie odnosi się w ogóle do kwestii ich mocy prawnej. W tym zakresie nowe Wytyczne są wyjątkiem, albowiem Urząd wprost zastrzega, że Wytyczne nie wiążą niemieckich sądów powszechnych właściwych do rozpatrywania odwołań od decyzji Urzędu, a ponadto sam nie wyklucza zmiany sposobu oceny skutków krajowych koncentracji w związku z rozwojem swojego orzecznictwa<sup>74</sup>.

Pierwsze z przedstawionych zastrzeżeń nie budzi wątpliwości, natomiast w zakresie drugiego można odnieść wrażenie, że Urząd pozostawia możliwość zmiany swojego podejścia bez wcześniejszej modyfikacji Wytycznych. Wydaje się, że celem Wytycznych powinno być zwiększenie pewności prawnej przedsiębiorców, z czym trudno pogodzić możliwość swobodnego odejścia od zasad w nich przedstawionych przez organ, będący ich autorem.

Mimo powyższych zastrzeżeń, Wytyczne nie są z pewnością tylko dokumentem programowym, lecz wywołują określone skutki prawne w stosunku do przedsiębiorców – uczestników postępowania notyfikacyjnego przed Urzędem.

W aktualnych decyzjach Urzędu nie znalazły się jeszcze bezpośrednio nawiązania do Wytycznych. Z reguły, w przypadku koncentracji o charakterze eksterytorialnym, Urząd podaje jednak podstawę uzasadniająca spełnienie przesłanek skutku krajowego w rozumieniu § 130 ust. 2 GWB. W tym zakresie praktyka Urzędu nie uległa znaczącej zmianie w porównaniu ze stanem w okresie obowiązywania wcześniejszych wytycznych z 1999 r. (a także z okresem jeszcze wcześniejszym). Takimi przesłankami już pod rządami nowych Wytycznych były m.in. utrzymanie relacji handlowych z kontrahentami w Niemczech i wynikające z tych relacji przychody uzyskiwane w Niemczech<sup>75</sup>.

<sup>69</sup> F. Rittner, M. Dreher, *Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht, Eine systematische Darstellung*, 3. Wyd. CF Müller, Heidelberg 2008, s. 631.

<sup>70</sup> U. Ehrlicke, „Soft law” – *Aspekte einer neuen Rechtsquelle*, „Neue Juristische Wochenschrift” 1989, z. 31, s. 1907.

<sup>71</sup> M. Knauff, *Der Regelungsverbund: Recht und Soft Law im Mehrebenensystem*, Wyd. Mohr Siebeck 2010, s. 368.

<sup>72</sup> *Ibidem*, s. 368.

<sup>73</sup> Postanowienie BGH z 12.11.2002 r., sygn. KVR 5/02 (*Wal\*Mart*), dostępne na stronie BGH: <http://juris.bundesgerichtshof.de/> (10.04.2015).

<sup>74</sup> *Merkblatt Inlandsauswirkungen...*, pkt 3.

<sup>75</sup> Decyzja Bundeskartellamt z 12.11.2014 r. w sprawie o sygn. B 5 – 138/13, *Tokyo Electron Limited/Applied Materials, Inc./Intel Corporation*.

## VII. Koncentracje o oczywistym charakterze krajowym

Celem Wytycznych jest systematyzacja kryteriów używanych przez Urząd do stwierdzenie istnienia lub braku skutku krajowego koncentracji.

Wytyczne określają kryteria, których spełnienie będzie oznaczać automatycznie, że koncentracja ma oczywisty charakter krajowy. Jeśli zostaną dodatkowo spełnione pozostałe kryteria, o których mowa w punkcie III niniejszego opracowania (tzn. zostaje spełniona definicja koncentracji oraz kryterium obrotów), taka koncentracja zawsze podlega obowiązkowi notyfikacji do niemieckiego urzędu antymonopolowego.

Do koncentracji o oczywistym charakterze krajowym należą zgodnie z Wytycznymi:

- a) koncentracje dokonywane wyłącznie między dwoma uczestnikami (np. między podmiotem przejmującym wyłączną kontrolę oraz podmiotem, nad którym jest przejmowana kontrola), w przypadku, gdy zostają przekroczone progi notyfikacyjne zgodnie z § 35 GWB (tzn. łączny obrót światowy uczestników koncentracji, w tym podmiotów powiązanych, wynosi co najmniej 500 mln euro, natomiast obrót osiągany w kraju wynosi co najmniej 25 mln euro dla jednego uczestnika koncentracji oraz co najmniej 5 mln euro obrotu krajowego dla drugiego uczestnika koncentracji)<sup>76</sup>; zdaniem *Bundeskartellamt* taka koncentracja automatycznie wywołuje skutki na terenie RFN;
- b) koncentracje dokonywane między więcej niż dwoma uczestnikami, polegające na przejściu kontroli nad wspólnym przedsiębiorcą (joint-venture) lub przejściu udziałów we wspólnym przedsiębiorcy<sup>77</sup>, pod warunkiem, że taki wspólny przedsiębiorca jest aktywny co najmniej na niemieckim rynku krajowym, a jego obroty w Niemczech przekraczają 5 mln euro; w przypadku, gdy obroty wspólnego przedsiębiorcy są niższe niż 5 mln euro (co może mieć szczególnie miejsce na etapie rozpoczęcia jego działalności), taka koncentracja będzie oceniana indywidualnie, zgodnie z zasadami określonymi w punkcie IX poniżej.

Założenie, o którym mowa w punkcie a), oznacza *de facto*, że każda koncentracja z udziałem dwóch podmiotów, spełniających odpowiednie kryteria obrotów w Niemczech, automatycznie powinna wywierać też skutek krajowy w rozumieniu § 130 ust. 2 GWB. W ten sposób spełnienie kryterium obrotów zostało potraktowane w Wytycznych jako częściowa konkretyzacja wymogu skutku krajowego<sup>78</sup>, mimo że zgodnie z niemiecką ustawą antymonopolową skutek krajowy koncentracji stanowi niezależne kryterium notyfikacyjne, a przesłanka przekroczenia odpowiednich poziomów obrotów nie jest *lex specialis* wobec § 130 ust. 2 GWB. Urząd podkreśla zresztą wprost w Wytycznych, że traktuje obie przesłanki oddzielnie<sup>79</sup>.

W komentarzach do projektu Wytycznych podkreśla się powyższą niekonsekwencję pojęciową<sup>80</sup> oraz fakt, że samo kryterium obrotów nie jest dobrym wskaźnikiem dla określenia wpływu koncentracji na strukturę konkurencji<sup>81</sup>. Takie zrównanie jest również niezgodne z najlepszymi

<sup>76</sup> *Merkblatt Inlandsauswirkungen...*, pkt 12.

<sup>77</sup> Do utworzenia wspólnego przedsiębiorcy w rozumieniu GWB może dojść albo w przypadku przejęcia kontroli nad (wspólnym) przedsiębiorcą przez więcej niż jednego przedsiębiorcę (stan faktyczny z § 37 ust. 2 GWB) albo przez przejęcie przez każdego z co najmniej dwóch przedsiębiorców co najmniej 25% udziałów (lub 25% głosów) we (wspólnym) przedsiębiorcy (stan faktyczny z § 37 ust. 3 GWB).

<sup>78</sup> Por. *Merkblatt Inlandsauswirkungen...*, pkt 12.

<sup>79</sup> *Ibidem*, pkt 6.

<sup>80</sup> CMS Hasche Sigle, *Stellungnahme des Fachbereichs Kartellrecht & EU*, 30.01.2014. Pobrano z: [http://www.bundeskartellamt.de/DE/Fusionskontrolle/Entwurf%20Konsultation%20Inlandsauswirkungen/Konsultation\\_Inlandsauswirkungen\\_node.html](http://www.bundeskartellamt.de/DE/Fusionskontrolle/Entwurf%20Konsultation%20Inlandsauswirkungen/Konsultation_Inlandsauswirkungen_node.html) (10.04.2015).

<sup>81</sup> International Bar Association, *Submission to the German Federal Cartel Office in Response to its Consultation on Guidance on Domestic Effects in Merger Control*, 17.02.2014. Pobrano z: [http://www.bundeskartellamt.de/DE/Fusionskontrolle/Entwurf%20Konsultation%20Inlandsauswirkungen/Konsultation\\_Inlandsauswirkungen\\_node.html](http://www.bundeskartellamt.de/DE/Fusionskontrolle/Entwurf%20Konsultation%20Inlandsauswirkungen/Konsultation_Inlandsauswirkungen_node.html) (10.04.2015).

praktykami International Competition Network. Jednocześnie podkreśla się wpływ powyższego domniemania na praktyczne stosowanie Wytycznych. Automatyczne jego zastosowanie oznaczałoby bowiem, że np. połączenie dwóch zagranicznych spółek, z których żadna nie jest aktywna na tym samym relevantnym rynku produktowym w Niemczech (oraz nie zachodzą powiązania między rynkami właściwymi uczestników koncentracji), po spełnieniu wymogu obrotów będzie automatycznie podlegać notyfikacji w Niemczech. Taka sytuacja może mieć miejsce w przypadku funduszu inwestycyjnego dokonującego przejęcia spółki działającej w branży, w której nie działa dotychczas żadna spółka z portfolio funduszu. Automatyczne przypisanie skutku krajowego do takiej transakcji bez oddzielnego badania tej przesłanki wydaje się kontrowersyjne, albowiem taka transakcja poza formalną zmianą właścicielską nie wpływa w żaden sposób na krajową strukturę konkurencji. Niezależnie od krytyki tego rozwiązania, należy jednak założyć, że podobne przypadki będą raczej odosobnione.

Należy przy tym podkreślić, że *a contrario* do zasady wyrażonej w punkcie a), koncentracje z udziałem tylko dwóch uczestników, z których co najmniej jeden nie osiąga żadnych obrotów w Niemczech, wobec niespełnienia przesłanki obrotów w Niemczech, nie będą podlegać obowiązkowi notyfikacji. Z uwagi jednak na stosunkowo niski poziom obrotów zgodnie z drugim krajowym progiem notyfikacyjnym na poziomie 5 mln euro (próg ten jest zbliżony np. do progów obowiązujących w polskiej ustawie o ochronie konkurencji i konkurencji, mimo istotnych różnic w wielkości rynków: polskiego i niemieckiego, a znacznie niższy niż w innych krajach europejskich), problem licznych notyfikacji koncentracji o niewielkim znaczeniu dla konkurencji nie zostanie wyeliminowany<sup>82</sup>.

## VIII. Koncentracje bez oczywistego charakteru krajowego (*safe harbour*)

Wytyczne określają również (nieliczne) przykłady koncentracji, które na pewno nie będą wywoływały skutków w Niemczech i wobec tego stosowanie niemieckiej ustawy antymonopolowej będzie w ich przypadku wyłączone<sup>83</sup>. Aby uzyskać taką pewność, powinny zostać spełnione kumulatywnie następujące warunki:

- 1) wspólny przedsiębiorca prowadzi działalność gospodarczą wyłącznie za granicą; oznacza to, że wspólny przedsiębiorca, będący przedmiotem koncentracji<sup>84</sup>, nie może prowadzić działalności na relevantnym rynku geograficznym, obejmującym część lub całość Niemiec (rynek krajowy) oraz nie może być potencjalnym konkurentem na tym rynku; w przypadku nowo utworzonego joint venture o spełnieniu tego kryterium decyduje zakres jego planowanej działalności;
- 2) spółki-matki nie mogą być faktycznymi ani potencjalnymi konkurentami na krajowym rynku produktowym, który odpowiada zagranicznemu rynkowi joint venture ani na krajowym rynku stanowiącym wcześniejsze lub późniejsze ogniwo w stosunku do rynku joint venture; rynek produktowy joint venture w znaczeniu tego punktu to tylko rynek zagraniczny (*vide* wymóg z punktu 1); zważywszy, że spółki-matki nie mogą być faktycznymi ani potencjalnymi

<sup>82</sup> F. Wagner-von Papp, *Die doppelte Inlandsumsatzschwelle und der Entwurf eines Dritten Mittelstandsentlastungsgesetzes (MEG III-E)*, „Wirtschaft und Wettbewerb” 2008, z. 11, s. 1176.

<sup>83</sup> Por. *Merkblatt Inlandsauswirkungen...*, pkt 12.

<sup>84</sup> Odnosnie do pojęcia „wspólnego przedsiębiorcy” por. przypis 77.



konkurentami na rynku krajowym, na rynku krajowym może być aktywna co najwyżej jedna ze spółek-matek.

Idea określenia kryteriów umożliwiającym samodzielny ocenę zgodności z prawem (tzw. *safe harbours*) nie jest nowa w prawie konkurencji i pozwala w wielu przypadkach na uzyskanie przez przedsiębiorców zadowalającej pewności prawnej. Podstawowym zarzutem wobec kryteriów zaproponowanych przez *Bundeskartellamt* w celu oceny czy koncentracja nie ma oczywistego charakteru krajowego, jest bardzo duża trudność w ich stwierdzeniu i udowodnieniu, a w konsekwencji brak zakładanej pewności prawnej po stronie uczestników koncentracji. Szczególnie problematyczna będzie ocena czy wspólny przedsiębiorca bądź jego spółki-matki mogą być potencjalnymi konkurentami na określonych rynkach wskazanych w Wytycznych<sup>85</sup>. W przypadku spółek-matek o zróżnicowanych i szerokich profilach działalności, stanowcze stwierdzenie, że nie występuje żaden rynek, na którym spółki te mogą potencjalnie konkurować, będzie w praktyce bardzo utrudnione lub wręcz niewykonalne. Jeszcze bardziej problematyczna będzie ocena koncentracji z udziałem nowo tworzonego joint venture, którego ostateczny zakres działalności nie może być przecież określony. Oparcie oceny na prognozach przyszłych obrotów joint venture kłóci się także z ogólnymi zasadami kontroli koncentracji – stwierdzenie obowiązku notyfikacji opiera się bowiem na obrotach z ostatniego roku obrotowego, a nie na prognozach obrotów na przyszłe lata.

## IX. Ocena indywidualna (*case by case assessment*)

Jeśli dana koncentracja nie spełnia jednoznacznie kryteriów koncentracji o oczywistym charakterze krajowym lub koncentracji nieposiadającej takiego charakteru, wymagana jest ocena indywidualna w oparciu o konkretny stan faktyczny. Wytyczne zawierają wskazówki, pomocne przy ocenie skutków krajowych koncentracji, w których biorą udział więcej niż dwa podmioty (a zatem transakcja dotyczy z reguły wspólnego przedsiębiorcy, nad którym przejmowana jest kontrola lub który zostaje utworzony jako nowy podmiot).

Jeśli wspólny przedsiębiorca (*joint venture*), będący przedmiotem transakcji, jest tylko w sposób marginalny aktywny na rynkach, które obejmują w całości lub w części terytorium Niemiec, zasadniczo nie jest to wystarczające do stwierdzenia istotnego wpływu koncentracji na rynek krajowy w rozumieniu niemieckiej ustawy antymonopolowej<sup>86</sup>. Dla określenia czy aktywność wspólnego przedsiębiorcy ma charakter marginalny, podstawowe znaczenie mają jego obroty oraz udział rynkowy w Niemczech.

Zgodnie z Wytycznymi, jeśli (1) obroty wspólnego przedsiębiorcy w Niemczech przekraczają 5 mln euro albo (2) jego udział w relewantnym rynku, który obejmuje w całości lub części obszar Niemiec, przekracza 5%, to działalność takiego przedsiębiorcy nie ma już charakteru marginalnego. Koncentracje, których uczestnikiem jest taki wspólny przedsiębiorca, będą miały wpływ na rynek wewnętrzny i przy spełnieniu pozostałych kryteriów notyfikacyjnych podlegają zgłoszeniu w Niemczech. Jeśli dochodzi do utworzenia nowego wspólnego przedsiębiorcy, który nie generuje jeszcze obrotów ani nie posiada udziałów rynkowych, ocena czy jego działalność będzie miała

<sup>85</sup> BDI, *Stellungnahme zum Merkblatt „Inlandsauswirkungen in der Fusionskontrolle“ des Bundeskartellamts*, 30.01.2014, pkt 1. Pobrano z: [http://www.bundeskartellamt.de/DE/Fusionskontrolle/Entwurf%20Konsultation%20Inlandsauswirkungen/Konsultation\\_Inlandsauswirkungen\\_node.html](http://www.bundeskartellamt.de/DE/Fusionskontrolle/Entwurf%20Konsultation%20Inlandsauswirkungen/Konsultation_Inlandsauswirkungen_node.html) (10.04.2015).

<sup>86</sup> *Merkblatt Inlandsauswirkungen...*, pkt 18.



charakter marginalny w Niemczech zależy od prognozowanych obrotów w Niemczech lub prognozowanej pozycji rynkowej joint venture. W tym celu uwzględnia się szacunki zawarte w planach finansowych dotyczących wspólnego przedsiębiorcy<sup>87</sup>, w prognozie czasowej od 3 do 5 lat od momentu utworzenia wspólnego przedsiębiorcy.

Jednakże nie wszystkie koncentracje dotyczące wspólnego przedsiębiorcy osiągającego obroty w Niemczech poniżej 5 mln euro i z udziałem rynkowym w rynku obejmującym w części lub całości terytorium Niemiec mniej niż 5%, będą automatycznie zwolnione z obowiązku notyfikacji. *Bundeskartellamt* sygnalizuje w Wytycznych, że na pozycję rynkową wspólnego przedsiębiorcy i przekroczenie progu marginalności mogą mieć wpływ także inne okoliczności, np. transfer istotnych zasobów do wspólnego przedsiębiorcy. Do takich zasobów należą w szczególności prawa własności przemysłowej lub *know-how*. Zdaniem Urzędu wyposażenie wspólnego przedsiębiorcy we wskazane powyżej istotne zasoby może być bardziej miarodajne dla stwierdzenia jego silnej (a więc niemarginalnej) pozycji rynkowej niż tylko ustalenie jego obrotów lub udziału w rynku.

Nawet jednak brak wysokich obrotów w Niemczech, niskie krajowe udziały rynkowe oraz brak istotnych zasobów w dyspozycji wspólnego przedsiębiorcy, nie wyłączają konieczności dokonania notyfikacji koncentracji w Niemczech. *Bundeskartellamt* przywiązuje bowiem również duże znaczenie do skutków, które utworzenie lub działalność wspólnego przedsiębiorcy może mieć w relacjach między spółkami-matkami takiego przedsiębiorcy. Nawet jeśli więc wspólny przedsiębiorca nie jest faktycznie aktywny na rynku niemieckim ani nie jest potencjalnym konkurentem przedsiębiorców na tym rynku, jego utworzenie może mieć wpływ na rynek niemiecki ze względu na ewentualne skutki uboczne koncentracji (tzw. *spill-over effects*) między spółkami-matkami.

Zgodnie z Wytycznymi *spill-over effects* mogą występować w szczególności wówczas, gdy:

- 1) spółki-matki wspólnego przedsiębiorcy są faktycznymi lub potencjalnymi konkurentami na tym samym rynku (obejmującym częściowo lub w całości terytorium Niemiec), na którym działa wspólny przedsiębiorca, lub
- 2) spółki-matki wspólnego przedsiębiorcy są faktycznymi konkurentami na rynku (obejmującym częściowo lub w całości terytorium Niemiec), który stanowi poprzednie lub następne ogniwo w stosunku do rynku, na którym działa wspólny przedsiębiorca.

Dla ustalenia wewnętrznego skutku krajowego takich koncentracji wymaga się, aby łączny udział spółek-matek w rynku właściwym (o którym mowa w punkcie 1 albo 2) przekraczał 20%.

Powyższe rozwiązanie jest przedmiotem krytyki. Potencjalni lub faktyczni konkurenci będą bowiem *de facto* zmuszeni do wymiany danych na temat rynków, na których są aktywni, a także swoich udziałów rynkowych. Zobligowanie konkurentów do wymiany takich informacji wydaje się działaniem niekonsekwentnym ze strony Urzędu. Ponadto, celem kontroli koncentracji jest przede wszystkim przeciwdziałanie strukturalnym zmianom konkurencji. Ewentualne naruszenia konkurencji powiązane ze skutkami ubocznymi (*spill-over effects*) koncentracji mogłyby mieć przede wszystkim formę koordynacji działań spółek-matek za pośrednictwem joint venture, a więc naruszenia o charakterze behawioralnym, do zwalczania którego bardziej adekwatne są ogólne przepisy o zakazie porozumień antykonkurencyjnych<sup>88</sup>.

<sup>87</sup> *Merklblatt Inlandsauswirkungen...*, pkt 19.

<sup>88</sup> Por. § 1 GWB.

W kontekście tej części Wytycznych, krytyce poddano też pojęcie transferu istotnych zasobów. Zgodnie z zasadami opisanymi powyżej, o tym, że działalność wspólnego przedsiębiorcy nie ma charakteru marginalnego, może decydować fakt jego wyposażenia w „istotne” składniki majątkowe. Poza ogólnym stwierdzeniem, że mogą to być prawa własności przemysłowej lub *know-how*, próżno szukać w Wytycznych bardziej konkretnych wskazówek dla określenia czy takie prawa są istotne. Wydaje się, że ten fragment mógłby zostać doprecyzowany, tym bardziej że w praktyce gospodarczej wniesienie do joint venture praw własności przemysłowej lub *know-how* jest bardzo częste. Ponadto, Urząd powinien określić, co stanowi miarę istotności takich praw, tzn. czy powinny to być prawa istotne z punktu widzenia spółki-matki (np. w porównaniu z całym zasobem praw własności przemysłowej w dyspozycji przedsiębiorcy), czy raczej prawa istotne z punktu widzenia branży, w której działa joint-venture lub spółka-matka<sup>89</sup>.

## X. Kwestie proceduralne

Postępowanie w sprawie kontroli koncentracji przed *Bundeskartellamt* cechuje dość duża swoboda formalna. Nie został wprowadzony szczególny formularz do zgłoszenia koncentracji. Pisemne zgłoszenie powinno jednak zawierać wszelkie elementy niezbędne do oceny merytorycznej koncentracji zgodnie z § 39 ust. 3 GWB. Zgodnie z obecnym stanem prawnym zgłoszenie koncentracji do *Bundeskartellamt* może nastąpić tylko w języku niemieckim. Co ciekawe, wysokość opłaty za rozpoznanie wniosku nie jest określona z góry i jej wysokość ustala się według zaangażowania personalnego i merytorycznego Urzędu, a także przy uwzględnieniu znaczenia gospodarczego planowanej koncentracji. Przepisy przewidują, że wysokość opłaty nie powinna przekroczyć 50.000 euro. W wyjątkowych przypadkach jej wysokość może zostać jednak podwójona<sup>90</sup>, a także wyjątkowo, ze względów słusznościowych, obniżona.

Dla przedsiębiorców zagranicznych rozważających konieczność dokonania notyfikacji w Niemczech, Wytyczne przewidują kilka istotnych ułatwień proceduralnych.

Podstawowym ułatwieniem jest możliwość nieformalnych konsultacji z Urzędem na etapie poprzedzającym faktyczną notyfikację. Możliwość konsultacji kwestii notyfikacyjnych nie jest nowością<sup>91</sup>, lecz bez wątpienia zapisanie jej w treści Wytycznych podkreśla zobligowanie Urzędu do współdziałania z wnioskodawcami w tym zakresie. Wcześniejsze konsultacje mają na celu ustalenie czy planowana koncentracja wywiera skutek krajowy i podlega obowiązkowi notyfikacji w Niemczech. Jednocześnie konsultacje nie są ograniczone czasowo, co oznacza, że w pewnych przypadkach mogą trwać dłużej niż faktyczne postępowanie w przedmiocie wyrażenia zgody na dokonanie koncentracji (dla którego w braku poważnych wątpliwości przewidziany jest 1-miesięczny termin). Zauważył to także *Bundeskartellamt*, wskazując w Wytycznych, że określenie czy planowana koncentracja wywołuje skutek krajowy może być często trudniejsze niż przeprowadzenie pełnej procedury notyfikacyjnej i dokonanie oceny przewidywanego wpływu koncentracji na konkurencję. Dlatego w takich sytuacjach granicznych Urząd zaleca dokonanie notyfikacji ze względów ostrożnościowych, przy czym badanie Urzędu będzie wówczas skoncentrowane na kwestiach wpływu koncentracji na konkurencję, z pominięciem rozstrzygnięcia czy koncentracja

<sup>89</sup> BDI, *Stellungnahme zum Merkblatt...*, pkt 3.

<sup>90</sup> § 80 ust. 2 GWB.

<sup>91</sup> Por. Ch. Burholt, H. Schaper, *Ausgewählte Rechtsprobleme...*, s. 1217.

wywołuje skutek krajowy<sup>92</sup>. W przypadku, gdy zgodność koncentracji z rynkiem nie będzie budziła wątpliwości, Urząd ma zamiar wydawać decyzje zezwalające na dokonanie koncentracji bez przesądzania o kwestiach jurysdykcji eksterytorialnej. Mimo oczywistego ułatwienia przede wszystkim dla Urzędu, ale i dla uczestników koncentracji, takie rozwiązanie może jednak budzić wątpliwości prawne. Pozostawia ono bowiem kwestię stwierdzenia podstaw jurysdykcyjnych uznaniu administracyjnemu. Dodatkowo teoretycznie możliwe są sytuacje, w których Urząd wyda decyzję w sprawie koncentracji, działając *ultra vires*, bez faktycznego spełnienia przesłanek jurysdykcyjnych z § 130 ust. 2 GWB. Należy przy tym podkreślić, że ciężar udowodnienia przesłanek jurysdykcyjnych należy do Urzędu.

Należy oczekiwać na rozwój praktyki Urzędu, aby stwierdzić, czy Urząd będzie skłonny do pełnego wykorzystania nieformalnych konsultacji i czy w ich ramach będzie zajmował kategoryczne stanowisko odnośnie do istnienia lub braku istnienia skutku krajowego koncentracji, czy też raczej będzie rekomendował przedsiębiorcom, aby z ostrożności dokonali notyfikacji. Należy przy tym zauważyć, że GWB nie przyznaje Urzędowi uprawnienia do wydania decyzji o braku podstaw jurysdykcyjnych z § 130 ust. 2 GWB. W takim przypadku Urząd powinien umorzyć postępowanie.

Dokonywanie notyfikacji o charakterze ostrożnościowym ma niebagatelne znaczenie dla procesu przejęć i połączeń. Wiąże się z dodatkowymi kosztami w postaci opłaty administracyjnej oraz wynagrodzenia doradców i tłumaczy, koniecznością zawarcia umów o charakterze warunkowym, wreszcie podaniem do publicznej wiadomości informacji o zamiarze koncentracji (co nie zawsze jest pożądane przez uczestników koncentracji). Ponadto, przedsiębiorcy dokonujący zgłoszenia koncentracji, którzy nie posiadają siedziby w Niemczech, mają obowiązek ustanowienia pełnomocnika do doręczeń w Niemczech<sup>93</sup>.

W tym kontekście dużym ułatwieniem proceduralnym dla przedsiębiorców zagranicznych w postępowaniu notyfikacyjnym przed Urzędem jest możliwość ograniczenia zakresu informacji przekazywanych przez zgłaszającego lub zgłaszających w ramach notyfikacji. Taka opcja przewidziana jest w sytuacji, gdy zgłaszający przedstawia wiarygodne dowody, że dokonanie przez nich pełnej notyfikacji przed przeprowadzeniem koncentracji jest utrudnione ze względu na obowiązujące zagraniczne przepisy prawne lub inne okoliczności. Jednocześnie z dokumentów przedłożonych Urzędowi lub z innych znanych mu materiałów musi wynikać, że wydanie zakazu dokonania koncentracji w sposób wyraźny nie wchodzi w grę<sup>94</sup>.

Zaproponowane ułatwienia proceduralne świadczą o tym, że Urząd przedkłada treść nad formę zgłoszenia i stara się ograniczyć dodatkowe wymogi formalne w sytuacjach, gdy nie jest to niezbędne. Nawet jednak najdalej idące ułatwienia proceduralne nie zmieniają faktu, że konieczność zgłoszenia koncentracji (często w połączeniu ze zgłoszeniami w innych jurysdykcjach) oraz zakaz jej przeprowadzenia do czasu zgody (także domniemanej) Urzędu istotnie komplikuje proces koncentracji. Dlatego należałoby postulować dalsze doprecyzowanie kryteriów, umożliwiających przedsiębiorcom samodzielną ocenę czy planowana koncentracja wywołuje skutek na terytorium Niemiec.

<sup>92</sup> *Merksblatt Inlandsauswirkungen...*, pkt 22.

<sup>93</sup> *Ibidem*, pkt 23.

<sup>94</sup> *Ibidem*, pkt 24.

## XI. Podsumowanie

Niewątpliwie zamysł wyjaśnienia wątpliwości związanych z koncentracjami, które mogą dotyczyć pośrednio lub bezpośrednio rynku niemieckiego, należy ocenić pozytywnie. Szczególnie przydatny jest przedstawiony w Wytycznych schemat blokowy, systematyzujący informacje zawarte w Wytycznych i umożliwiający samodzielną ocenę kolejnych kroków w procedurze badania skutków krajowych koncentracji<sup>95</sup>. Także opublikowanie Wytycznych w angielskiej wersji językowej powinno przyczynić się do lepszego rozpropagowania zasad określonych w Wytycznych wśród przedsiębiorców spoza niemieckiego obszaru językowego<sup>96</sup>. Możliwość nieformalnych konsultacji na etapie poprzedzającym notyfikację stanowi duże ułatwienie dla przedsiębiorców planujących koncentrację i ich doradców. W ogólnej ocenie Wytyczne są istotnym krokiem do ułatwienia postępowania, także z perspektywy polskich przedsiębiorców.

Wydaje się jednak, że *Bundeskartellamt* sformułował Wytyczne w bardzo zachowawczy i ostrożny sposób. Szczególnie widoczne jest wahanie Urzędu do stanowczego określenia, jakie koncentracje nie będą wywoływać skutków w Niemczech<sup>97</sup>, a także jakie kryteria stanowią o tym, że działanie wspólnego przedsiębiorcy będącego przedmiotem transakcji ma charakter marginalny w Niemczech<sup>98</sup>. Część z wyjaśnień ma charakter bardzo ogólnikowy, do czego przyczynia się stosowanie pojęć o charakterze wartościującym, takich jak „istotny”, „marginalny” itp.

Duże znaczenie w Wytycznych przypisuje się udziałom w rynku oraz wysokości obrotów. Szczególnie w przypadku tego pierwszego kryterium, prawidłowe określenie rynku właściwego oraz udziałów już na etapie prenotyfikacyjnym może być trudne i skutkować niejednoznacznymi wynikami, a co za tym idzie, pozbawiać uczestników koncentracji pewności prawnej. Także konieczność oparcia oceny na szacunkowych danych (np. w przypadku nowo utworzonego joint venture konieczne są dane szacunkowe na kolejne 3 do 5 lat od momentu jego utworzenia) oraz przyjęcia w określonych przypadkach założeń o braku nawet potencjalnej konkurencji między uczestnikami koncentracji utrudnia uzyskanie niezbędnej pewności prawnej przez uczestników koncentracji.

Urząd nie wykorzystał okazji do odniesienia się do kwestii, które budziły wątpliwości w doktrynie (np. teorii „punktu ciężkości” oraz teorii „wyważenia interesów”<sup>99</sup>). Dodatkowo, zgodnie z treścią Wytycznych dotyczą one tylko koncentracji zagranicznych, tzn. takich, które są podejmowane przez podmioty z siedzibą za granicą<sup>100</sup>. Przy takim założeniu Wytyczne nie będą dotyczyć sytuacji, w której spółką przejmowaną jest spółka z siedzibą w Niemczech, ale z przeważającym przedmiotem działalności za granicą, bez istotnych powiązań z rynkiem krajowym. Wydaje się, że w takim przypadku koncentracja nie będzie miała skutku krajowego, a mimo to przedsiębiorcy nie będą mogli odwołać się do Wytycznych<sup>101</sup>.

W kontekście powyższych zastrzeżeń i dość ogólnych kryteriów oceny można przypuszczać, że w razie wątpliwości co do skutków krajowych koncentracji, przedsiębiorcy i ich doradcy będą

<sup>95</sup> Ibidem, s. 12.

<sup>96</sup> Bundeskartellamt, *Guidance on domestic effects in merger control*, 30.09.2014. Pobrano z: <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Merkblaetter/Leaflet%20-%20Guidance%20document%20domestic%20effects%202014.html?nn=3590380> (10.04.2015).

<sup>97</sup> Zob. pkt VII niniejszego opracowania.

<sup>98</sup> Zob. pkt IX niniejszego opracowania.

<sup>99</sup> Por. pkt V niniejszego opracowania.

<sup>100</sup> *Merkblatt Inlandsauswirkungen...*, pkt 1.

<sup>101</sup> Linklaters LLP, *Stellungnahme von Linklaters zum Entwurf des Merkblatts Inlandsauswirkungen in der Fusionskontrolle des Bundeskartellamtes vom 5. Dezember 2013*, 30.01.2014. Pobrano z: [http://www.bundeskartellamt.de/DE/Fusionskontrolle/Entwurf%20Konsultation%20Inlandsauswirkungen/Konsultation\\_Inlandsauswirkungen\\_node.html](http://www.bundeskartellamt.de/DE/Fusionskontrolle/Entwurf%20Konsultation%20Inlandsauswirkungen/Konsultation_Inlandsauswirkungen_node.html) (10.04.2015).

z ostrożności decydować się na dokonanie notyfikacji (i ewentualne jej ograniczenie do podstawowych danych, korzystając z możliwości, o której wspomniano powyżej w punkcie X niniejszego opracowania). Jak się wydaje, taki skutek rozmija się z intencjami Wytycznych, które miały ograniczyć liczbę mało istotnych notyfikacji. Stąd postuluje się odważniejszą reformę zasad notyfikacji w Niemczech, a także na poziomie międzynarodowym, która mogłaby objąć np.:

- zastąpienie obowiązku notyfikacji obowiązkiem uproszczonego zawiadomienia o zamiarze koncentracji oraz możliwością jej przeprowadzenia w przypadku braku reakcji organu;
- ściślejszą współpracę Urzędu z innymi krajowymi organami ochrony konkurencji, włącznie z możliwością rezygnacji z jurysdykcji na rzecz organu krajowego o najbliższym związku z daną koncentracją;
- wprowadzenie zharmonizowanych reguł notyfikacji koncentracji na poziomie ponadnarodowym<sup>102</sup>,
- wprowadzenie różnych poziomów obrotów uczestników koncentracji (uzasadniających obowiązek zgłoszenia koncentracji), adekwatnych do branży, w której następuje koncentracja<sup>103</sup>.

Szczególnie rozwój międzynarodowej współpracy jest postulowany już od dawna jako alternatywa dla tendencji do rozszerzania eksterytorialnego stosowania krajowego prawa konkurencji wobec podmiotów zagranicznych, przy jednoczesnym tolerowaniu działań podmiotów krajowych ograniczających konkurencję na rynkach zagranicznych<sup>104</sup>.

Na koniec warto także podkreślić, że Wytyczne powinny przyczynić się do zwiększenia świadomości prawnej polskich przedsiębiorców działających na terenie Niemiec lub pragnących rozszerzyć działalność na ich terytorium, np. w drodze przejęć. Zważywszy na stosunkowo niskie progi notyfikacyjne (w szczególności tzw. II krajowy próg notyfikacyjny w wysokości 5 mln euro) w przyszłości może dochodzić do częstszych postępowań notyfikacyjnych z udziałem polskich podmiotów.

<sup>102</sup> R. Podszun, B. Franz, L. Marx, *Stellungnahme zum Merkblatt „Inlandsauswirkungen in der Fusionskontrolle des Bundeskartellamts“* vom 5. Dezember 2013, s. 4. Pobrano z: <http://www.zivilrecht8.uni-bayreuth.de/de/download/LS-Podszun-StN-BKartA-Konsultation-Inlandsauswirkungen.pdf> (10.04.2015).

<sup>103</sup> R. Podszun, *Aufgreifkriterien der Fusionskontrolle...*, s. 1141.

<sup>104</sup> J. Basedow, *Entwicklungslinien...*, s. 636.