

Katarzyna Marita Szreder*

Kontrola w czasach zarazy – wyzwania dla kontroli koncentracji wynikające z pandemii koronawirusa z perspektywy europejskiej

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Wyzwania praktyczne dla urzędów ochrony konkurencji
- III. Wpływ pandemii na debaty dotyczące polityki kontroli koncentracji
- IV. Ocena zgłaszanych koncentracji
 1. Ocena koncentracji w czasie niepewności
 2. Obrona upadającego przedsiębiorstwa (*failing firm defence*)
 3. Obowiązek *standstill* (zawieszający charakter zgłoszenia zamiaru koncentracji)
 4. Środki zaradcze
- V. Podsumowanie

Streszczenie

Niniejszy artykuł stanowi przegląd wyzwań, jakie wyniknęły z pandemii koronawirusa dla kontroli koncentracji, z perspektywy europejskiej, dzieląc je na trzy kategorie: (i) wyzwania praktyczne stojące przed Dyrekcją Generalną do Spraw Konkurencji; (ii) kwestie dotyczące ogólnej polityki kontroli koncentracji i powiązane z tym naciski na przeprowadzenie reform, oraz (iii) wyzwania dla oceny koncentracji w poszczególnych sprawach zgłoszonych Komisji. Artykuł przedstawia argumenty świadczące o konieczności zachowania rygorystycznych standardów kontroli koncentracji, przy jednoczesnym twierdzeniu, że narzędzia, którymi dysponuje Komisja Europejska, są wystarczające do sprostania wyzwaniom, jakie może stawiać pandemia koronawirusa przed różnymi aspektami oceny koncentracji i postępowania antymonopolowego.

Słowa kluczowe: kontrola koncentracji; COVID; koronawirus; obrona upadającego przedsiębiorstwa; narodowi czempioni; zawieszenie koncentracji.

JEL: K21

* PhD, LL.M (EUI), LL.M(e), MA, BA (Cantab). Foundation scholar Queens' College, Cambridge. Funkcjonariusz Dyrekcji Generalnej do Spraw Konkurencji w Komisji Europejskiej, dział merger policy and case support; ORCID: 0000-0003-0718-1345. Opinie wyrażone w artykule są prywatnymi opiniami autorki i niekoniecznie odzwierciedlają oficjalną opinię Komisji Europejskiej.

I. Wprowadzenie

Zakłócenia gospodarcze spowodowane pandemią koronawirusa postawiły nowe wyzwania przed organami ds. ochrony konkurencji na całym świecie. Nie bez przyczyny wiele uwagi w tym kontekście poświęca się środkom pomocy państwa i ich unijnej kontroli zgodnie z Ramami Tymczasowymi ustanowionymi przez Komisję Europejską na czas trwania epidemii COVID-19¹. W wyjątkowych okolicznościach spowodowanych epidemią wszelkiego rodzaju przedsiębiorstwa mogą borykać się z brakiem płynności finansowej lub ponosić poważne straty. W konsekwencji od wybuchu epidemii do końca 2020 roku Komisja Europejska wydała rekordową liczbę 377 decyzji odnośnie pomocy publicznej planowanej przez państwa członkowskie². Jednak okres pandemii to okres wzmożonej pracy nie tylko dla pracowników DG COMP³ zajmujących się pomocą publiczną. Wbrew początkowym przypuszczeniom liczba zgłoszeń zamiaru koncentracji przedsiębiorców na poziomie unijnym spadła jedynie w nieznacznym stopniu w stosunku do poprzedniego roku, a niektóre miesiące przyniosły wręcz rekordową liczbę zgłoszeń.

Niniejszy artykuł omawia wyzwania stojące przed kontrolą koncentracji, jakie wyniknęły z pandemii koronawirusa, z perspektywy europejskiej. Wśród podnoszonych kwestii można wyróżnić trzy kategorie problemów: (i) wyzwania praktyczne stojące przed Dyрекcją Generalną do Spraw Konkurencji (omawiane w sekcji II); (ii) sprawy dotyczące ogólnej polityki kontroli koncentracji i powiązane z tym apele o przeprowadzenie reform (omawiane w sekcji III) oraz (iii) wyzwania dla oceny koncentracji w poszczególnych sprawach zgłoszonych Komisji (sekcja IV).

Temat wyzwań praktycznych stojących przed Komisją Europejską (jak również krajowymi organami do spraw konkurencji) może wydawać się bardziej interesujący dla osób praktykujących prawo konkurencji niż dla akademików. Jednak stanowi on nierozzerwalny element rzeczywistości świata kontroli koncentracji i ma duże znaczenie dla możliwości przeprowadzenia dogłębnego dochodzenia, a także z punktu widzenia respektowania praw proceduralnych uczestników koncentracji.

Chociaż ekonomiczne konsekwencje pandemii nie są jeszcze do końca sprecyzowane, obecny kryzys nie wymaga fundamentalnych zmian dla kontroli koncentracji. Istniejące narzędzia, zawarte w rozporządzeniu Rady Nr 139/2004 w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw, pozwalają zachować elastyczność oceny w zależności od sytuacji panującej na rynkach. Jeśli jednak mielibyśmy się czegoś nauczyć z poprzednich kryzysów finansowych, wyzwanie, jakie stoi przed organami do spraw konkurencji, nie polega tylko na przeprowadzeniu patrzącej w przyszłość oceny koncentracji w niepewnych warunkach ekonomicznych, lecz także na nieuleganiu presji ze strony przedsiębiorców lub rządów, aby rozluźnić standardy kontroli. Być może bardziej niż kiedykolwiek wcześniej, zarówno w bliższej, jak i dalszej perspektywie czasowej, odbudowa ekonomiczna wymaga zachowania rygorystycznej kontroli koncentracji w celu ochrony europejskich konsumentów.

¹ Komunikat Komisji Tymczasowe Ramy środków Pomocy Państwa w Celu Wsparcia Gospodarki w Kontekście Trwającej Epidemii COVID-19. Pozyskano z: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/TF_consolidated_version_amended_3_april_8_may_29_june_and_13_oct_2020_pl.pdf (31.12.2020).

² W tym 321 decyzji, korzystając z wyznaczonych Ram Tymczasowych. Pozyskano z: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/State_aid_decisions_TF_and_107_2b_107_3b_107_3c.pdf. (31.12.2020).

³ Dyrekcja Generalna do Spraw Konkurencji Komisji Europejskiej.

Jeśli zaś chodzi o szerszą potrzebę reformy systemu kontroli koncentracji, sytuacja związana z pandemią COVID-19 nie wykreowała nowych dyskusji, lecz raczej zwiększyła nacisk na potrzebę znalezienia szybkich rozwiązań dla istniejących już debat. Artykuł ogranicza się do oceny wpływu, jaki pandemia miała na te zagadnienia, bez dogłębnej analizy poruszonych zagadnień, które mogłyby być tematem do oddzielnej dyskusji.

II. Wyzwania praktyczne dla urzędów ochrony konkurencji

Kiedy w połowie marca 2020 r. pracownicy Dyrekcji Generalnej do spraw Konkurencji (dalej: DG COMP) zaczęli pracować zdalnie ze swoich domów, nikt nie spodziewał się, że będzie to trwało tak długo. Jeszcze na dwa dni przed zamknięciem biura dla wszystkich, z wyjątkiem pracowników pełniących krytyczne funkcje i na potrzeby niezbędnych spotkań, wydawało się, że *lockdown* potrwa najwyżej kilka tygodni i to na takie utrudnienia należy się przygotować. Czas zweryfikował jednak te założenia.

Już po brukselskich zamachach bombowych w marcu 2016 roku Komisja wzmocniła swoje przygotowanie informatyczne na wypadek konieczności pracy zdalnej pracowników, aby zachować ciągłość pracy Komisji. Takie przygotowanie jest szczególnie ważne z punktu widzenia postępowań w sprawie zamiaru koncentracji, które ograniczone są ścisłymi ramami czasowymi na podjęcie decyzji. Zgodnie z artykułem 10(6) rozporządzenia 139/2004 brak decyzji oznacza automatyczną zgodę na koncentrację. Jednak w swojej trzydziestoletniej praktyce Komisja Europejska jeszcze nigdy nie zaniechała obowiązku wydania decyzji odnośnie do zgłoszenia koncentracji, niezależnie od tego czy zezwalała ona na koncentrację, czy nie. Kryzys wywołany koronawirusem nie zmienił tej sytuacji.

Nikt nie spodziewał się jednak, że gotowość do pracy zdalnej będzie potrzebna nie tylko do krótkotrwałych nagłych wypadków, lecz także do długotrwałej pracy w warunkach „nowej normalności”. Przedłużający się *lockdown* postawił więc przed służbami informatycznymi i przed pracownikami Komisji daleko idące wyzwania związane z pracą zdalną. W pierwszej kolejności dotyczyły one zapewnienia mocy serwerów zdolnej długotrwale obsłużyć ponad 30 000 pracowników Komisji, w warunkach kiedy sieci internetowe w całym kraju były przeciążone ze względu na zamknięcie większości populacji w domach. W ciągu covidowych miesięcy systemy informatyczne i programy dedykowane dla DG Comp uległy znacznym ulepszeniom, aby usprawnić pracę zespołów pracujących nad sprawami dotyczącymi zamiaru koncentracji.

Podobnie jak w innych działach administracji i w sektorze prywatnym, praktycznie wszystkie spotkania zarówno wewnętrzne, jak i zewnętrzne musiały przenieść się do świata wirtualnego. Problem zapewnienia efektywnej i bezpiecznej komunikacji poprzez komunikatory internetowe nie dotyczy jedynie organów do spraw konkurencji. Jednak stanowi szczególne wyzwanie wobec konieczności przeprowadzenia postępowania antymonopolowego, którego badanie rynkowe w dużej mierze polega na informacjach przekazywanych od uczestników rynku. Oczywiście Komisja Europejska ma prawo zwrócić się z wnioskiem o udzielenie informacji (artykuł 11 rozporządzenia 139/2004) w formie pisemnej i ten sposób pozyskiwania informacji był powszechnie używany również przed pandemią. Tak samo wiele rozmów z uczestnikami rynków odbywało się już wcześniej drogą telefoniczną ze względu na odległości jakie dzieliły rozmówców.

Jednak część spotkań musiała zmienić swój charakter, co w pewnej mierze utrudniło proces pozyskiwania informacji.

Tę zmianę w sposobie komunikowania się odczuli również przedsiębiorcy, którzy wyrazili zamiar połączenia swoich przedsiębiorstw. Wiosną 2020 roku Komisja zorganizowała pierwsze w historii wysłuchanie stron w formie wirtualnej, co było wyzwaniem ze względu na konieczność zachowania poufnego charakteru tego wysłuchania oraz zachowania praw stron do obrony (zgodnie z artykułem 18 rozporządzenia 139/2004). Ograniczenia w możliwości swobodnego poruszania się wymusiły także wirtualny charakter spotkań *state of play* ze stronami. Spotkania Komitetu Doradczego państw członkowskich, wymagane w przypadku dogłębnego postępowania tzw. drugiej fazy, również zaczęły odbywać się w całości w formie wirtualnej (już wcześniej państwa członkowskie miały możliwość uczestniczenia w tych spotkaniach w formie elektronicznej, jednak nie wszystkie z tego korzystały).

W związku z trudnościami w poruszaniu się Komisja Europejska zaczęła umożliwiać stronom postępowania składanie zgłoszeń o zamiarze koncentracji w formie elektronicznej, odstępując od wymogu składania dokumentacji w formie papierowej⁴. Ciągłość działania DG COMP nie została przerwana. Jednak ze względu na wyniki w niektórych przypadkach trudności ze zbieraniem informacji od stron zgłaszających i stron trzecich, takich jak ich klienci, konkurenci i dostawcy, jak również inne zakłócenia spowodowane wybuchem epidemii koronawirusa, Komisja zachęcała strony do omawiania terminów składania powiadomień o transakcjach z odpowiednim zespołem zajmującym się sprawą. Jednocześnie DG COMP wykazała gotowość zajęcia się przypadkami, w których przedsiębiorstwa mogą wykazać bardzo ważne powody do niezwłocznego dokonania zgłoszenia połączenia. Trudność w gromadzeniu informacji stanowi utrudnienie nie tylko dla Komisji, lecz także dla stron postępowania, które liczą na szybką ocenę koncentracji i, w odpowiednich przypadkach, rozwianie wątpliwości, jakie może ona rodzić.

Komisja poradziła sobie z wyzwaniami praktycznymi stojącymi przed nią w obliczu pandemii koronawirusa, poprzez wprowadzenie szeregu nowych rozwiązań, zachowując przy tym proceduralne standardy postępowań i nie rozluźniając standardów oceny koncentracji⁵. Wyzwanie to może być jednak dużo trudniejsze dla organów ds. konkurencji państw członkowskich, szczególnie tych mniejszych, które nie mają tak bogatego zaplecza informatycznego.

W kilku wypadkach postępowanie prowadzone przez Komisję zostało zawieszono w wyniku decyzji z art. 11(3), jednak Komisja nie może być obwiniana o opóźnienia, które leżą w gestii stron postępowania. Bez wątpienia, zbieranie dokumentów wewnętrznych przedsiębiorstwa lub innych informacji wymaganych przez Komisję od stron postępowania, mogło być dla nich trudniejsze wtedy, kiedy fizyczny dostęp do dokumentów został ograniczony. Jednak w kilku sprawach wysokiej rangi spowolnienia były raczej związane z faktem, iż strony zmieniły własną ocenę opłacalności transakcji lub zdecydowały się renegocjować jej warunki. Statystyki gromadzone przez DG COMP wykazują jedynie nieznaczny spadek liczby zgłoszeń zamiaru koncentracji w 2020 r. (5,5% w stosunku do poprzedniego roku). Jak podają statystyki zamieszczone na stronie urzędu⁶,

⁴ Jest to rozwiązanie tymczasowe, wprowadzone w odpowiedzi na trudności w poruszaniu się wynikające z pandemii koronawirusa. W dniu 26.03.2021 Komisja otworzyła konsultację publiczną i opublikowała wstępną ocenę skutków, między innymi w odniesieniu do możliwości wprowadzenia takiego rozwiązania na stałe. Pozyskano z: <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12957-Revision-of-certain-procedural-aspects-of-EU-merger-control>.

⁵ Procent interwencji (czyli koncentracji wymagających środków zaradczych, zabronionych, i wycofanych zgłoszeń) utrzymał się na stabilnym poziomie i wynosił 5,1%. Pozyskano z: <https://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf> (4.01.2021).

⁶ <https://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>.

w 2020 r. do Komisji dostarczonych zostało 361 zgłoszeń zamiaru koncentracji, tj. o 21 mniej niż w roku poprzednim, który to jednak był trzecim najwyższym wynikiem w historii kontroli koncentracji na poziomie europejskim⁷. Liczba zgłoszeń w 2020 r. nie odbiega od średniej z ostatnich 6 lat (363). Jak do tej pory nie można mówić o załamaniu liczby zgłoszeń podobnej do tej w okresie poprzedniego kryzysu finansowego, kiedy to między rokiem 2007 a 2009 liczba zgłoszeń spadła o 36% do poziomu 259 zgłoszeń. Biorąc jednak pod uwagę, że początków poprzedniego kryzysu finansowego można szukać już w 2007 r.⁸, być może jest jeszcze za wcześnie, aby zaobserwować znaczne zmiany w liczbie zgłoszeń. Należy jednak pamiętać, iż obecny kryzys nie został wywołany czynnikami ekonomicznymi i jego rozwój może przybrać inny charakter, w zależności od rozwoju sytuacji epidemiologicznej, restrykcji z tym związanych, jak również programu pomocy przewidzianego przez poszczególne państwa.

Liczba zgłoszeń na poziomie europejskim nie spadła we wczesnych tygodniach izolacji, ponieważ wnioski zgłoszeniowe były przygotowane już wcześniej. Wiele osób spodziewało się spowolnienia aktywności inwestycyjnej w okresie przedłużającej się niepewności, jednak statystyki zgłoszeń sugerują, że pandemia nie wywołała takiego skutku wśród największych przedsiębiorstw działających na skalę europejską. Zgłoszenia nadal napływały do Komisji, bez wyraźnych momentów załamania. Jedyne wahania zaobserwowano w okresie letnim, są one jednak typowe dla tego okresu niezależnie od kryzysu pandemicznego. Do Komisji nie dotarła jednak (jeszcze?) fala zgłoszeń dotyczących przejęć przedsiębiorstw w upadłości lub z poważnymi problemami finansowymi, które mogłyby spowodować podniesienie argumentu obrony upadającego przedsiębiorstwa (*failing firm defence*). To potencjalne wyzwanie dla Komisji omówione jest jednak od strony merytorycznej szczegółowo w sekcji III.

III. Wpływ pandemii na debaty dotyczące polityki kontroli koncentracji

Jak wspomniano na wstępie, pandemia i wywołany przez nią kryzys może mieć wpływ na debaty wokół ogólnej polityki dotyczącej kontroli koncentracji. Wybuch kryzysu szybko stał się argumentem dla przedsiębiorstw za rozluźnieniem standardów oceny i zaaprobowaniem „koncentracji kryzysowych” przez organy do spraw konkurencji⁹. Pandemia może stać się również argumentem przemawiającym za „ochroną” krajowych przedsiębiorstw i promowaniem narodowych czempionów. Pomysł ten nie jest nowy, Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD) debatowała na ten temat już w 2009 roku¹⁰. Nie jest to również problem dotyczący jedynie Europy, również w Australii w kontekście pandemii pojawiły się głosy przemawiające za tym, aby chronić krajowe przedsiębiorstwa, szczególnie te w pewnych strategicznych sektorach gospodarki przed importem (Sims, 2020).

⁷ Rekordowa liczba zgłoszeń napłynęła do Komisji Europejskiej w 2018 roku (414).

⁸ Jako moment przełomowy dla poprzedniego kryzysu finansowego i symboliczny moment jego rozpoczęcia uznaje się upadłość Lehman Brothers, jednego z największych banków inwestycyjnych na świecie, 15.09.2008 roku. Jednak już rok wcześniej pojawiły się pierwsze sygnały słabnięcia gospodarki, a upadłość dwóch funduszy inwestycyjnych banku Bear Stearns można uznać za preludium kryzysu, którego szczyt nastąpił w latach 2008–2009.

⁹ Zob. np. OECD, Merger control in the time of COVID-19: „The issue of whether current standards of proof and procedures are appropriate to address urgent mergers involving firms in financial distress is again under scrutiny” (PL [tłum. własne]: Kwestia, czy obecne standardy dowodowe i procedury są odpowiednie w przypadku pilnych połączeń przedsiębiorstw znajdujących się w trudnej sytuacji finansowej, ponownie podlega badaniu). Pozyskano z: <https://www.oecd.org/daf/competition/Merger-control-in-the-time-of-COVID-19.pdf> (28.03.2021); Theophile i Faber, 2020.

¹⁰ OECD, *OECD Policy Roundtables: Competition policy, Industrial Policy and National Champions*, DAF/COMP/GF(2009)9.

Jednak wnioski wyciągnięte z poprzednich kryzysów wyraźnie sugerują, że rozluźnienie standardów i pozwolenie na zwiększoną koncentrację rynków w imię ekonomii skali nie prowadzi do niczego dobrego. Kluczową lekcją, jaka wypłynęła z Wielkiego Kryzysu w latach trzydziestych w Stanach Zjednoczonych była obserwacja, że środki, które sprzyjają koordynacji między przedsiębiorstwami mogą mieć negatywny wpływ na tempo odbudowy ekonomicznej zamiast wspierać budowę warunków konkurencji między nimi¹¹. Tworzenie i utrzymywanie warunków zdrowej konkurencji jest niezbędne dla długoterminowego powodzenia ekonomicznego. Gospodarka socjalistyczna może służyć tu jako ilustracja, że brak konkurencji nie prowadzi do zmniejszenia kosztów lub zwiększenia innowacyjności – potwierdza to również bogata literatura ekonomiczna.

W tym kontekście ważnym staje się, aby nie ulec pokusie poszukiwania szybkich rozwiązań na długotrwałe problemy. Kryzysy mogą wywoływać lub przyczyniać się do wartościowej debaty, jednak mogą też być złym czasem na podejmowanie decyzji mających mieć wpływ na niekryzysową rzeczywistość. Na obecnym etapie rzeczywistość ta jest wielce niepewna, a lekcje jakie możemy wyciągnąć w kryzysu pandemicznego mogą być mniej niż oczywiste, między innymi ze względu na fakt, iż obecny kryzys był wywołany wydarzeniem poza ekonomicznym, a nie wadą naszych systemów ekonomicznych.

W odpowiedzi na sytuację pandemiczną głos organów ds. ochrony konkurencji powinien być głośny i wyraźny, aby przeciwstawić się próbom użycia argumentów powołujących się na szeroko pojęty interes publiczny, które pozwalałyby na szkodliwe, antykonkurencyjne koncentracje. Należy pamiętać, że dobrobyt ekonomiczny sztucznie stworzonych czempionów nie musi być zgodny z dobrobytem konsumentów, podobnie jak interesy poszczególnych państw członkowskich niekoniecznie przedkładają interesy europejskich konsumentów nad zyski łączących się przedsiębiorstw. Nie oznacza to jednak, że prawo konkurencji stoi w sprzeczności z polityką przemysłową państw członkowskich. Polityka ochrony konkurencji nie ma nic przeciwko czempionom, którzy wyrastają w procesie uczciwej konkurencji jako przedsiębiorstwa, które są bardziej efektywne, wydajne i innowacyjne niż ich konkurenci. Ocena konkurencyjna, dokonywana w kontekście poszczególnych postępowań, bierze pod uwagę wszystkie te uwarunkowania czy też powody, dla których czempioni mogą być potrzebni. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że cele polityki przemysłowej mogą być realizowane na wiele sposobów, a dobrze przemyślana polityka przemysłowa nie stoi w sprzeczności z konkurencją¹².

Poza dyskusją toczącą się wokół standardów oceny konkurencji i połączoną z tym kwestią narodowych czempionów obecny kryzys być może w unikalny sposób zwrócił uwagę na kwestie związane z digitalizacją. Kryzys pandemiczny głównie ze względu na ograniczenia w możliwościach poruszania się i kontaktu zmienił nasz sposób komunikacji i zwiększył zależność od usług cyfrowych oferowanych przez wielkie korporacje. Potrzeba ochrony konsumentów korzystających z cyfrowych udogodnień jest teraz widoczna być może bardziej niż kiedykolwiek. W zakresie ochrony konkurencji nie doprowadziło to do powstania nowych dyskusji wokół problemu, a raczej wpisało się w priorytety istniejącej już polityki Komisji. Mogło to jednak wpłynąć na zwiększenie nacisku na znalezienie rozwiązań na problemy pojawiające się w tej sferze.

¹¹ Sims, 2020, s. 3.

¹² Zob. również Levy, Little i Mostyn, 2019 na temat ożywienia dyskusji dotyczącej czempionów, jakie nastąpiło po ogłoszeniu dec. Komisji w sprawie M.8677 *Siemens/Alstom* i szerszego kontekstu tej debaty.

Cieszyć może fakt, iż wysiłki Komisji w tym zakresie nie zostały przerwane przez codzienne wyzwania związane z zachowaniem ciągłości pracy i prowadzeniem postępowań w okresie pandemii. W grudniu Komisja opublikowała projekt Aktów o rynkach cyfrowych i usługach cyfrowych, które mają objąć swoim zakresem tzw. strażników dostępu¹³. Chociaż w swoim założeniu Akty te nie dotyczą bezpośrednio kontroli koncentracji, mają one pozwolić na gromadzenie informacji na temat przejęć prowadzonych przez strażników dostępu, co może ułatwić wykrywanie i analizę szkodliwych koncentracji w tym tzw. *killer acquisitions*. Biorąc pod uwagę wcześniejsze zapowiedzi Komisarz Vestager, co do zamiaru zwiększonego korzystania z możliwości, jakie daje artykuł 22 rozporządzenia 139/2004 (Vestager, 2020)¹⁴ dotyczący odesłań koncentracji do Komisji przez państwa członkowskie, może to być ciekawe rozwiązanie pomagające w skutecznym wykrywaniu szkodliwych koncentracji w sferze cyfrowej.

Wytyczne Komisji dotyczące stosowania mechanizmu odsyłania spraw przewidzianego w art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw zostały opublikowane wcześniej niż pierwotnie zakładano i dotyczą one między innymi przejęć przedsiębiorstw, które są ważnym innowatorami lub prowadzą potencjalnie istotne badania, co może wskazywać, że Komisja zamierza kłaść większy nacisk na ochronę konkurencji w wymiarze wykraczającym poza kwestie cen usług i produktów. Takie szerokie podejście do ochrony konkurencji może mieć kluczowe znaczenie w kontekście odbudowy ekonomicznej po kryzysie. Samo zachęcenie do odsyłania większej liczby spraw i akceptowanie większej liczby takich odesłań – zwłaszcza w przypadkach, gdy transakcja nie osiąga krajowych progów kontroli połączeń – umożliwi rozpoznawanie połączeń, które mogą mieć znaczący wpływ na konkurencję na rynku wewnętrznym, a które mogłyby uniknąć kontroli w przeciwnym wypadku¹⁵.

IV. Ocena zgłaszanych koncentracji

1. Ocena koncentracji w czasie niepewności

Nawet jeżeli okaże się, że koronawirus nie doprowadzi do zwiększonej liczby zgłoszeń koncentracji, obecnie wydaje się, że może on być przyczyną pojawienia się wielu bardzo skomplikowanych spraw wymagających zwiększonego nakładu pracy i uwagi. Chodzi tu nie tylko o możliwość zwiększenia się liczby zgłoszeń dotyczących już skoncentrowanych rynków lub wręcz rynków oligopolistycznych, lecz także zgłoszeń opierających swoją argumentację za zatwierdzeniem koncentracji na załamaniu się rynków i niepewnej przyszłości. Taka argumentacja może powoływać się na obronę upadającego przedsiębiorstwa (*failing firm defence*, omówiona szczegółowo poniżej), ale nie musi. Może ona wnosić jedynie o wzięcie pod uwagę zmienionych warunków konkurencji lub opierać się na twierdzeniu, iż przedsiębiorstwo będące celem przejęcia

¹³ European Commission Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act) COM(2020) 842 final; European Commission Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC COM(2020) 825 final.

¹⁴ Dnia 26.03.2021 Komisja Europejska opublikowała Wytyczne Komisji dotyczące stosowania mechanizmu odsyłania spraw przewidzianego w art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw w odniesieniu do określonych kategorii spraw, które objaśnia, jakie kategorie koncentracji mogą być odpowiednimi kandydatami do odesłania do Komisji w przypadku, kiedy państwa członkowskie same nie mają pierwotnej właściwości w odniesieniu do danej transakcji. Pozyskano z: https://ec.europa.eu/competition/consultations/2021_merger_control/guidance_article_22_referrals.pdf (28.03.2021).

¹⁵ Komisja Europejska, Komunikat Prasowy, Połączenia przedsiębiorstw: Komisja ogłasza wyniki oceny i działania następcze w odniesieniu do proceduralnych i jurysdykcyjnych aspektów kontroli połączeń na poziomie UE, 26.03.2021.

będzie w przyszłości mniej konkurencyjne. Można spodziewać się, że kancelarie prawne okażą się kreatywne w tym zakresie.

Ustalenie czy twierdzenia podnoszone przez strony są wiarygodne i odzwierciedlają prawdopodobny rozwój sytuacji na rynku niewątpliwie stanowi wyzwanie dla organów do spraw konkurencji, nie tylko na poziomie europejskim. Strony mogą argumentować bowiem, że dotychczasowa sytuacja na rynku uległa zmianie, a przyszłość będzie wyglądać zupełnie inaczej, niż mogłoby się wydawać w normalnych warunkach ekonomicznych. Brak wiarygodnych zewnętrznych danych utrudnia ocenę koncentracji i jej wpływu na rynek. Należy jednak nadmienić, że konieczność dokonania oceny dotyczącej przyszłości i kierunków rozwoju rynków nie jest czymś nowym dla urzędników DG Comp zajmujących się kontrolą koncentracji. Dynamicznie rozwijające się rynki, szczególnie te, w których innowacyjność stanowi ważny aspekt konkurencji lub wręcz gdzie innowacja prowadzi do kreowania nowych rynków, w tym rynków gdzie efekty sieciowe mogą mieć istotne znaczenie, wymagają oceny konkurencji w niepewnych warunkach dotyczących przyszłości. Prawo konkurencji jest wystarczająco elastyczne, aby wziąć pod uwagę zmienne warunki na rynkach, również te, które mogą wynikać z ekonomicznego kryzysu wywołanego pandemią koronawirusa.

Koronawirus i kryzys ekonomiczny nim wywołany powinny być jednak brane pod uwagę tylko do tego stopnia, w jakim naruszają fundamenty danego rynku. Krótkotrwałe trudności, których doświadczają niektóre przedsiębiorstwa nie muszą odzwierciedlać długotrwałej struktury rynku, na którą koncentracja może mieć negatywny wpływ. Nie wiadomo jeszcze jak daleko idące i jak długotrwałe mogą być skutki obecnego kryzysu, co może skłaniać ku ocenie opartej na mniej długotrwałej perspektywie czasowej, która jest bardziej przewidywalna. Odpowiednie ramy czasowe dla oceny wpływu koncentracji na rynek będą zależały od sektora czy też gałęzi przemysłu. Nie istnieje tu sztywna reguła, która mogłaby być zastosowana dla wszystkich spraw. Przykładowo, cykle ekonomiczne w przemyśle farmaceutycznym czy aeronautycznym są z reguły zdecydowanie dłuższe niż przy produkcji warzyw czy na wielu rynkach detalicznych.

Należy również pamiętać, że kryzys ekonomiczny wywołany koronawirusem nie miał jednako negatywnego wpływu na wszystkie rynki i sektory. Podczas gdy przemysł hotelarski, restauracyjny czy przewóz osób były być może najbardziej dotknięte obecnym kryzysem, inne gałęzie gospodarki, w tym niektóre usługi i platformy internetowe czy też produkcja rowerów zanotowały rekordowe wzrosty sprzedaży.

Z punktu widzenia przyszłej odnowy ekonomicznej, niezbędnym jest więc zachowanie rygorystycznej oceny przywołanej argumentacji i nieuwzględnianie nieopartych dowodami twierdzeń, które nie mają oparcia w rzeczywistości i próbują jedynie wykorzystać sytuację. Należy sobie zadać również pytanie, czy cel przejęcia lub przedsiębiorstwo dokonujące zakupu jest w jakiś szczególny sposób dotknięte przez obecny kryzys, tak że jego udział w rynku może się zmniejszyć względem innych uczestników rynku i czy jego rzekome problemy finansowe nie są wyolbrzymiane na potrzeby przejęcia. Niepewność przy ustalaniu alternatywy wobec scenariusza połączenia przedsiębiorstw (*counterfactual*) może działać zarówno na korzyść, jak i niekorzyść łączących się przedsiębiorstw. Sytuacja konkurencyjna na rynku mogła się zmienić w wyniku nowych regulacji lub postępu technologicznego ze strony rywali. Jednocześnie część przedsiębiorstw mogła opuścić rynek (*market exit*) lub też prawdopodobieństwo wejścia na rynek (*market entry*) mogło się

zmniejszyć w wyniku zastoju na rynku lub niepewności. Wszystkie te czynniki muszą być wzięte pod uwagę przy ocenie koncentracji.

Warto również zwrócić uwagę na wertykalne połączenia między firmami. Jednym z szeroko zaobserwowanych zjawisk wywołanych kryzysem pandemicznym było przerwanie łańcuchów dostaw produktów. Aby przeciwdziałać tej sytuacji, przedsiębiorstwa mogą rozważać integrację pionową. Takie połączenia mogą prowadzić do pewnych usprawnień (*efficiencies*), jednak nie należy zapominać o długoterminowym wpływie wynikającym z takiej koncentracji i możliwości wystąpienia *input foreclosure*, czyli zamknięcia lub utrudnienia dostępu do czynników produkcji. Nie należy więc rozluźniać standardów oceny w takich sytuacjach, gdyż długofalowe negatywne skutki dla konsumentów mogą przewyższać chwilowe zyski dla łączących się przedsiębiorstw.

W ostateczności, w przypadku niepewności co do przyszłych skutków wywołanych koncentracją, należy rozważyć przełożenie połączenia na później, kiedy sytuacja się ustabilizuje i być może wątpliwości związane z transakcją zostaną rozwiane. Nie jest to jednak możliwe gdy przedsiębiorstwu grozi upadłość. Obrona upadającego przedsiębiorstwa nie jest czynnikiem który mógłby złagodzić obawy o stan konkurencji na rynku, jednak takie połączenie może być lepszą alternatywą dla rynku. Jak zostało to wyjaśnione dogłębniej poniżej, należy zachować jednak szczególną uwagę, aby to rozwiązanie nie było nadużywane jako pretekst dla zatwierdzenia koncentracji.

2. Obrona upadającego przedsiębiorstwa (*failing firm defence*)

Pogarszająca się sytuacja finansowa przedsiębiorstwa będącego celem przejęcia (*target undertaking*) może doprowadzić do użycia argumentu obrony upadającego przedsiębiorstwa dla usprawiedliwienia koncentracji, która w przeciwnym wypadku zostałaby określona jako szkodliwa dla konkurencji. Podniesienie tego argumentu jest jednak poniekąd przyznaniem się, że transakcja wywołuje negatywne skutki na rynku i z tego powodu jest on rzadko używany przez strony postępowania. Jeszcze rzadziej argument ten jest akceptowany przez Komisję jako efektywny dla zatwierdzenia koncentracji. W trzydziestoletniej historii kontroli koncentracji na poziomie europejskim zaledwie kilka transakcji zostało zatwierdzonych w oparciu o ten sposób obrony (patrz M.308 *Kali+Salz/MDK/Treuhand*, M.2314 *BASF/Pantochin/Eurodiol*; M.6976 *Aegan/Olympic (II)*).

Zasady, według których Komisja może zadecydować iż połączenie, które w innym przypadku byłoby problematyczne, jest jednak zgodne z zasadami wspólnego rynku, ponieważ jedną z łączących się stron jest upadające przedsiębiorstwo, są dobrze ugruntowane i podobne do zasad stosowanych w innych jurysdykcjach¹⁶. Zgodnie z wytycznymi w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw¹⁷, podstawowym wymogiem jest, aby pogorszenie struktury konkurencji, które następuje po połączeniu nie wynikało z połączenia. Stałoby się tak, jeżeli struktura konkurencji rynku pogorszyłaby się co najmniej w tym samym stopniu, jak w przypadku braku połączenia. Komisja Europejska stosuje trzy kumulatywne kryteria, które muszą zostać spełnione, aby obrona upadającego przedsiębiorstwa została uznana:

¹⁶ OECD, *OECD Policy Roundtables, The Failing Firm Defense*, DAF/COMP(2009)38. Pozyskano z: <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/45810821.pdf>, s. 13 (31.12.2020); zob. też: Levy, Culley, Pepper, Lazda i Dean, 2020, porównujący europejskie i amerykańskie podejście do konceptu *failing firm defence*.

¹⁷ Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, 2004/C 31/03.

- 1) przedsiębiorstwo, które podobno ma upaść, zostałoby w najbliższej przyszłości wyparte z rynku ze względu na trudności finansowe, jeśli nie zostałoby przejęte przez inne przedsiębiorstwo;
- 2) nie istnieje żadna inna mniej antykonkurencyjna alternatywa zakupu niż owe połączenie;
- 3) gdyby nie doszło do połączenia aktywa upadającego przedsiębiorstwa nieuchronnie opuściłyby rynek¹⁸.

Jest bardzo mało prawdopodobne, aby ta dobrze ugruntowana reguła miała się zmienić w obliczu obecnego kryzysu. Kryteria stosowane przez Komisję Europejską w takich przypadkach mają zapobiec sytuacjom, w których upadłość przedsiębiorstwa stosowana jest jako pretekst. Gdyby Komisja nie wymagała przekonujących dowodów w takich sprawach, taka obrona stałaby się furtką dla szkodliwych dla konkurencji koncentracji. Przedsiębiorstwa mające podlegać przejęciu mają wyraźną motywację finansową, aby sprzedać swoje mienie jednemu z ich głównych konkurentów. Szczególnie rygorystyczna ocena jest niezbędną w przypadku twierdzenia częściowego upadku przedsiębiorstwa. Rygorystyczna ocena ma w takich wypadkach przede wszystkim przeciwdziałać oportunistycznym próbom pozbycia się mniej dochodowych oddziałów przedsiębiorstwa. Z tego powodu ważne jest, aby dokładnie przyrzeć się czy na pewno nie istnieją mniej antykonkurencyjne alternatywy dla sprzedaży.

Mimo że potrzeba rygorystycznej oceny twierdzeń dotyczących rychłego upadku przedsiębiorstwa zdaje się być oczywista, w obliczu pandemii koronawirusa Komisja może znaleźć się pod naciskiem, aby rozluźnić standardy oceny. Chociaż na poziomie europejskim nie istnieje ryzyko, że rządy przeciwstawiają się rygorystycznej ocenie konkurencyjnej poprzez interwencję w imieniu obrony interesów publicznych (wiele krajowych systemów kontroli koncentracji pozwala na taki wyjątek),¹⁹ nie można wykluczyć nieformalnych nacisków pod pretekstem koronawirusa, aby pokazać, że państwa członkowskie i Unia Europejska nie pozostają bezczynne. Takie działanie mogłoby mieć jednak zgubne skutki dla europejskich konsumentów i perspektywy odnowy ekonomicznej.

Podobnie jak w 2008 roku, OECD rekomenduje szczegółową ocenę takich twierdzeń w kontekście obecnego kryzysu²⁰. W następstwie kryzysu finansowego z 2008 roku Komitet branżowy OECD zajmujący się prawem konkurencji urządził dyskusję na temat obrony upadającego przedsiębiorstwa w kontekście kontroli koncentracji²¹. Z dokumentu wynika nie tylko przeświadczenie, że obrona upadającego przedsiębiorstwa może być podnoszona częściej w obliczu finansowych i ekonomicznych kryzysów, lecz także, co ważniejsze, że standardy dotyczące tej obrony nie powinny być rozluźniane w czasie kryzysu, a co najwyżej może pojawić się miejsce na usprawnienie procedury przeglądu takiego twierdzenia²². Delegaci, którzy brali udział w dyskusji byli zgodni, że nie ma usprawiedliwienia dla takiej zmiany. Istnieją inne narzędzia, takie jak na przykład prawo

¹⁸ Wytoczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, 2004/C 31/03, par. 90.

¹⁹ Co ciekawe, w polskim systemie prawnym koncept *failing firm defence* nie funkcjonuje oddzielnie, lecz może być oceniony właśnie w ramach artykułu dotyczącego obrony interesów publicznych. Zob. art. 20 ustawy z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. 2021, poz. 275)), wedle polskiego wkładu do dyskusji organizowanej przez OECD: *OECD Policy Roundtables, The Failing Firm Defence*, DAF/COMP(2009)38, s. 139. Pozyskano z: <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/45810821.pdf> (31.12.2020).

²⁰ OECD, *Merger Review in the Time of Covid-19*, 25 May 2020, s. 14. Pozyskano z: <https://www.oecd.org/daf/competition/Merger-control-in-the-time-of-COVID-19.pdf> (31.12.2020); OECD, *OECD competition policy responses to Covid-19*, 27 April 2020, s. 7–8. Pozyskano z: https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=130_130807-eqxgniyo7u&title=OECD-competition-policy-responses-to-COVID-19 (31.12.2020).

²¹ OECD, *OECD Policy Roundtables, The Failing Firm Defense*, DAF/COMP(2009)38. Pozyskano z: <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/45810821.pdf> (31.12.2020).

²² Ibidem, s. 12.

upadłościowe i pomoc publiczna, które są po to, aby pomóc upadającym przedsiębiorstwom podczas kryzysu²³.

Faktycznie, rozbudowana pomoc publiczna, może mieć wpływ na liczbę zgłoszeń, które polegają na obronie upadającego przedsiębiorstwa. Do dzisiaj Komisja Europejska nie odnotowała zwiększonej liczby takich zgłoszeń, chociaż może być jeszcze za wcześnie na podsumowania. Jeśli natomiast takie zgłoszenia się pojawią, kluczowym jest by ocena była oparta na konkretnej sytuacji danego przedsiębiorstwa na danym rynku, a nie na ogólnym przekonaniu co do stanu ekonomii czy nawet wybranego jej sektora. Należy też odrzucić twierdzenia oparte na przejściowych trudnościach, jakie mogą występować często w kontekście pandemii. Chociaż Komisja Europejska nie wydała w tym zakresie szczegółowych wytycznych na okres pandemii, jak zrobił to brytyjski organ do spraw ochrony konkurencji, CMA,²⁴ można uznać za wysoce prawdopodobne, iż jej podejście nie zmieni się, podobnie jak nie zmieniło się podczas kryzysu finansowego w 2008 roku.

3. Obowiązek *standstill* (zawieszający charakter zgłoszenia zamiaru koncentracji)

Koncentracja o wymiarze wspólnotowym podlegająca obowiązkowi zgłoszenia lub przekazana Komisji zgodnie z art. 4(5) rozporządzenia 139/2004 nie może zostać wprowadzona w życie ani przed jej zgłoszeniem, ani do czasu zatwierdzenia jej przez Komisję jako zgodną z zasadami wspólnego rynku (zgodnie z art. 7(1) rozporządzenia 139/2004). Oznacza to obowiązek zawieszenia koncentracji do czasu otrzymania zgody na jej wprowadzenie w życie (*standstill*).

Na wniosek stron Komisja może jednak udzielić zgody na odstępstwo od obowiązku zawieszenia w uzasadnionych przypadkach (zgodnie z art. 7(3)). Zgoda na odstępstwo może być również obarczona warunkami lub podlegać obowiązkom w celu zapewnienia warunków skutecznej konkurencji. Do tej pory takie odstępstwa pozostawały rzadkością. W okresie od wprowadzenia rozporządzenia 139/2004 Komisja wydała zgodę na odstąpienie od obowiązku *standstill* w 109 przypadkach, podczas gdy w tym samym okresie otrzymała 5612 zgłoszeń i przyjęła 371 przekazanych spraw zgodnie z art. 4(5).

Można by się spodziewać, iż w okresie pandemii koronawirusa i związanych z tym trudności finansowych przedsiębiorstwa mogą być szczególnie zainteresowane możliwością odstąpienia od obowiązku zawieszenia koncentracji, w szczególności kiedy nie mogą spodziewać się szybkiej kontroli zgłoszonej koncentracji. Jest to oczywiste wyzwanie dla Komisji, gdy ocena skutków koncentracji, a co za tym idzie również skutków odstąpienia od obowiązku zawieszenia koncentracji, w odniesieniu do szybko zmieniających się rynków, jest wyjątkowo trudna. Jednak również w okresie poprzedniego kryzysu finansowego, takie wnioski nie nasiliły się w znacznym stopniu. W odpowiednich przypadkach Komisja była jednak gotowa zaakceptować takie wnioski i to w bardzo szybkim tempie. Dobrym przykładem może tu być sprawa M.5363 *Santander/Bradford & Bingley Assets* dotycząca sektora bankowego.

²³ Ibidem, s. 13.

²⁴ Competition and Market Authority, *Guidance: Annex A: Summary of CMA's position on mergers involving 'failing firms'*, 22.04.2020. Pozyskane z: <https://www.gov.uk/government/publications/merger-assessments-during-the-coronavirus-covid-19-pandemic/annex-a-summary-of-cmas-position-on-mergers-involving-failing-firms> (31.12.2020), podkreślając że pandemia koronawirusa nie doprowadziła do jakiegokolwiek relaksacji standardów, wedle których oceniane są koncentracje.

We wniosku złożonym w tej sprawie, Brytyjski bank Abbey National, będący własnością Banco Santander, argumentował, że w wyniku wątpliwości co do stabilności finansowej B&B istniało ryzyko, iż klienci stracą do niego zaufanie i zaczną masowo wybierać swoje depozyty (tj. istniało ryzyko tzw. *run on the bank*), co mogłoby skutkować niewypłacalnością B&B. To z kolei mogłoby mieć poważne negatywne skutki dla stabilności całego sektora finansowego w Wielkiej Brytanii, już nadszarpniętej kryzysem finansowym i upadkiem jednego z banków. W tych naglących okolicznościach, Komisja wydała zgodę na wniosek w ciągu zaledwie jednego dnia (tak się złożyło, że była to niedziela, nie zaś zwykły dzień roboczy).

W swojej decyzji Komisja zaznaczyła, że odstąpienie od obowiązku zawieszenia koncentracji może być dokonane tylko w wyjątkowych sytuacjach, kiedy zawieszenie może wywołać poważną szkodę dla stron postępowania lub dla osób trzecich. Przy tej ocenie Komisja musi wziąć pod uwagę skutki wywołane zatwierdzeniem odstąpienia od reguły na strony postępowania i na strony trzecie, jak również zagrożenie dla konkurencji wywołane transakcją. Biorąc pod uwagę konieczność wykazania, że benefity wynikające z odstąpienia od obowiązku *standstill* będą przewyższać potencjalne negatywne skutki, jakie może ono wywołać, nie wszystkie sprawy mogą być dobrymi kandydatami do złożenia takiego wniosku.

Od wybuchu epidemii koronawirusa, a więc od marca 2020 r., Komisja Europejska wydała zgodę na odstąpienie od obowiązku zawieszenia koncentracji w dwóch przypadkach: w sprawie M. 9887 *Jingye/Ascoval/FRI* i M.9917 *Liberty/Ascoval/Hayange*. Obie decyzje dotyczą zamiaru przejęcia tych samych przedsiębiorstw, które znalazły się w trudnej sytuacji finansowej prowadzącej te przedsiębiorstwa do skraju bankructwa. W drugiej z tych spraw decyzja wyraźnie zaznacza, że COVID-19 przyczynił się do pogorszenia sytuacji Ascoval²⁵. W tym samym okresie Komisja nie wydała żadnych decyzji odmownych w stosunku do wniosków z art. 7(3). Obecnie nie można mówić o zwiększonej liczbie wniosków, a więc wyzwanie dla Komisji z tego tytułu zdaje się być jedynie potencjalne, przynajmniej do tej pory.

Nie można jednak wykluczyć, że przedsiębiorstwa będą miały wyjątkową pokusę, aby złamać ten obowiązek, zamiast podejmować ryzyko otrzymania odmowy na wniosek. Wyzwaniem dla Komisji może więc być raczej potrzeba monitorowania rynku i kontroli czy przedsiębiorstwa przestrzegają obowiązku nałożonego na nie przez rozporządzenie 139/2004. Gdyby tak nie było, Komisja Europejska będzie zmuszona do rozpoczęcia nowych postępowań o naruszenia proceduralne, tzw. *gun jumping*.

4. Środki zaradcze

Pandemia koronawirusa może też mieć wpływ na kwestię środków zaradczych, które mogłyby uratować transakcję przed jej zakazem ze względu na szkodliwy wpływ na konkurencję. Ocena środków zaradczych jest szczególnie trudna w warunkach niepewności na rynkach. W przypadku strukturalnych środków zaradczych i zbywanego przedsiębiorstwa (*divestment business*), trudno jest ocenić jego rentowność w chwili zaoferowania środków zaradczych. Co więcej, zachowanie jego rentowności w okresie przejściowym po wydaniu decyzji, a przed zamknięciem transakcji, może wymagać bardziej proaktywnej postawy ze strony zarządcy odpowiedzialnego za utrzymanie

²⁵ M.9917 *Liberty/Ascoval/Hayange*, par. 23. Liberty nie mogłoby ubiegać się o przejęcie Ascoval i FRIH bez odstąpienia od obowiązku zawieszenia (par. 30).

rozdzielności (*Hold Separate Manager-HSM*) zbywanego przedsiębiorstwa, a także bardziej rygorystycznego monitorowania sytuacji ze strony powiernika monitorującego (*monitoring trustee*). Istnieje bowiem ryzyko, iż wyniki aktywów będą się pogarszały w stopniu, który uniemożliwi skuteczne konkutowanie zbywanego przedsiębiorstwa z łączącym się przedsiębiorstwem, niwelując tym samym skuteczność środków zaradczych.

Jednocześnie wpisanie dodatkowych zabezpieczeń do oferowanych zobowiązań może stać się niezbędne, aby zapewnić rentowność zbywanego majątku. Forma i rodzaj takich dodatkowych zabezpieczeń będą zależne od rodzaju zbywanego przedsiębiorstwa, ale można wyobrazić sobie scenariusz, w którym takie dodatkowe wymagania będą stanowiły barierę dla przedsiębiorców przed zaoferowaniem zobowiązań. Niemniej Komisja musi mieć pewność, że oferowane środki zaradcze są nie tylko proporcjonalne, lecz także efektywne w przeciwdziałaniu negatywnym skutkom transakcji. W skrajnych przypadkach, może to oznaczać odrzucenie środków zaradczych ze względu na niepewność co do ich skuteczności w panujących warunkach ekonomicznych.

Zidentyfikowanie i ocena potencjalnego nabywcy niezbędnego dla realizacji środków zaradczych może być równie dużym wyzwaniem. W trudnych warunkach ekonomicznych, brak odpowiednich nabywców może być problemem zarówno dla Komisji, jak i dla przedsiębiorców.

Szybkie zmiany na rynkach, stanowią trudność tak dla strukturalnych środków zaradczych, jak i dla środków behawioralnych. Do tego generalne ograniczenia tego drugiego rodzaju środków, takie jak problemy w monitorowaniu, zaprojektowaniu czy ograniczone ramy czasowe, pozostają bez zmian. Dlatego trudno się spodziewać, aby środki behawioralne stały się bardziej akceptowalne w obliczu potencjalnych problemów z rentownością strukturalnych środków zaradczych wynikających z pandemii. Należy raczej domniemać, że, jak dotąd, będą one akceptowane przez Komisję raczej jako przejściowe rozwiązanie, wspomagające strukturalne środki zaradcze i nie staną się nagle preferowaną samodzielną formą środków zaradczych.

V. Podsumowanie

Pandemia koronawirusa postawiła szereg wyzwań przed postępowaniami dotyczącymi kontroli koncentracji. Obecnie na poziomie europejskim wyzwania te są jednak bardziej widoczne z praktycznego czy proceduralnego punktu widzenia niż z perspektywy potrzeby zmiany standardów oceny. Na szczęście Komisja Europejska poradziła sobie z tymi wyzwaniami. Przypadające na 2020 rok 30-lecie kontroli koncentracji na poziomie europejskim może być więc powodem do satysfakcji. Nie można jednocześnie wykluczyć pojawienia się nowych skomplikowanych spraw, w których kryzys wywołany pandemią odegra główną rolę przy ich ocenie. Komisja Europejska jest jednak dobrze przygotowana na takie sytuacje, co potwierdza 30 lat praktyki. Narzędzia, jakie ma Komisja do swojej dyspozycji są wystarczająco elastyczne, aby pozwolić na rzetelną ocenę w warunkach niepewności. Niezwykle ważnym jest natomiast, aby Komisja Europejska zachowała rygorystyczny standard kontroli koncentracji – od tego może zależeć zarówno dobrobyt europejskich konsumentów, jak i tempo odbudowy ekonomicznej. Potwierdza to również doświadczenie płynące z poprzednich sytuacji kryzysowych. Nie należy się więc spodziewać,

by praktyka Komisji miała znacząco ulec zmianie pod wpływem pandemii. Niemniej w obliczu szybko zmieniających się warunków na rynku niezwykle ważne pozostaje ich ciągłe monitorowanie. Jest to ważne dla rzetelnej oceny zgłaszanych koncentracji, lecz potrzeba szybkiej reakcji niekoniecznie musi być dobrym doradcą przy ustalaniu ogólnej polityki kontroli koncentracji. W tym zakresie Komisja Europejska i krajowe urzędy do spraw konkurencji mają ważne zadanie do wykonania, dla zachowania warunków konkurencji w Europie w celu ochrony konsumentów i szybkiej odnowy ekonomicznej.

Bibliografia

- Levy, N., Culley, D., Pepper, R., Lazda, A. i Dean, A. (2020). The failing firm defence in the age of Covid-19. *Concurrences*, 4.
- Levy, N., Little, D. i Mostyn, H. (2019). European champions – Why politics should stay out of EU merger control. *Concurrences*, 2.
- Sims, R. (2020). Competition and the pandemic. *Concurrences*, 4.
- Theophile, D. i Faber, A. (2020), Failing firm defence – a tool in crisis? *Concurrences*, 3.
- Vestager, M. (2020). *The future of EU merger control*. Przemówienie wygłoszone na International Bar Association 24th Annual Competition Conference, 11 września 2020. Pozyskano z: https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/future-eu-merger-control_en.