

Koniec „zabójczych przejęć” czy pewności prawa? Reinterpretacja art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Problematyka „zabójczych przejęć” w gospodarce cyfrowej
 1. Zjawisko „zabójczych przejęć”
 2. Cechy rynków, które sprzyjają przeprowadzaniu „zabójczych przejęć”
 3. Kryteria kontroli koncentracji w stosunku do „zabójczych przejęć”
 4. Wyznaczanie rynku właściwego przy potencjalnych „zabójczych przejęciach”
 5. „Zabójcze przejęcia” na rynkach cyfrowych
- III. Unijny system kontroli koncentracji a „zabójcze przejęcia” na rynkach cyfrowych
 1. Obecny system kontroli koncentracji przedsiębiorstw w Unii Europejskiej – uwagi wprowadzające
 2. Wątpliwości co do kryterium obrotu
 3. Propozycja wprowadzenia nowego kryterium –: wartość transakcji w Niemczech i Austrii
 4. Mechanizm art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw
 5. Ocena zmiany interpretacji art. 22 przez Komisję Europejską
 6. Relacja między art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw i Aktem o rynkach cyfrowych
- IV. Wnioski

Streszczenie

Artykuł podejmuje próbę oceny nowej polityki Komisji Europejskiej wobec potencjalnie antykonkurencyjnych transakcji zawieranych przez platformy cyfrowe o znaczącej sile rynkowej, która znalazła wyraz w Komunikacie KE z marca 2021 r. i może funkcjonować szczególnie skutecznie w połączeniu z Aktem o rynkach cyfrowych przyjętym przez Parlament Europejski 5 lipca 2022 roku. W artykule po pierwsze postawiono pytanie, czym są tzw. zabójcze przejęcia na rynkach cyfrowych, którym przeciwdziałać ma nowa polityka KE. Po drugie, odniesiono się do innych rozwiązań mających umożliwić analizę potencjalnie antykonkurencyjnych transakcji zawieranych przez duże platformy cyfrowe, które zostały przyjęte przez niektóre państwa członkowskie (wprowadzenie kryterium wartości transakcji). Opierając się na wykładni historycznej i teleologicznej w artykule przeanalizowano dotychczasowe funkcjonowanie art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli

* Doktorantka w Szkole Doktorskiej Nauk Społecznych UW, związana z Katedrą Prawa Europejskiego Wydziału Prawa i Administracji UW i Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych Wydziału Zarządzania UW. Specjalizuje się w prawie Unii Europejskiej, w szczególności prawie ochrony konkurencji. Prawniczka w kancelarii prawnej Clifford Chance; e-mail: mj.wozniak7@uw.edu.pl; ORCID <https://orcid.org/0000-0001-7000-1365>.

koncentracji przedsiębiorstw, którego reinterpretacji dokonała KE w Komunikacie, wskazując, że obecna interpretacja tego przepisu odbiega od jego pierwotnego *ratio legis*. Wreszcie, odniesiono się do relacji między nową polityką KE a Aktem o rynkach cyfrowych, który może wzmocnić znaczenie Komunikatu KE. W artykule wskazano, że reinterpretacja art. 22 zaproponowana przez KE wydaje się naruszać fundamentalne zasady prawa unijnego, takie jak zasada pewności prawa. O ile należy ocenić pozytywnie wzmożone zainteresowanie KE kontrolą koncentracji na rynkach cyfrowych, o tyle nowa polityka nie powinna być sprzeczna z podstawowymi gwarancjami zapewnianymi przedsiębiorcom.

Słowa kluczowe: DMA; kontrola koncentracji; platformy cyfrowe; prawo konkurencji; rynki cyfrowe; strażnicy dostępu; „zabójcze przejęcia”.

JEL: K20, K21, K24, K41, K42

I. Wprowadzenie

W ostatnich latach w prawie ochrony konkurencji szczególną uwagę poświęcono kontroli koncentracji i sposobom przeciwdziałania tak zwanym zabójczym przejęciom na rynkach cyfrowych (*killer acquisitions*) (m.in. Cunningham, Ederer i Ma, 2020; Smejkal, 2020; Madl, 2020–2021; Turgot, 2021). „Zabójcze przejęcia” to przejęcia małych, innowacyjnych spółek (start-upów) przez przedsiębiorstwa o znaczącej sile rynkowej (Pike, 2020, s. 5), które prowadzą do „zabicia” innowacyjnych produktów i usług spółki przejmowanej. Tego typu przejęcie niweluje nie tylko presję konkurencyjną, lecz także produkt, technologię lub pomysł, które mogłyby zwiększyć dobrobyt konsumentów (*consumer welfare*) (Smejkal, 2020, s. 3; zob. też Woźniak-Cichuta, 2022, s. 149–164). Takie przejęcia są elementem strategii biznesowej niektórych platform cyfrowych o znaczącej sile rynkowej – przykładowo, od 2001 r. Google nabył ok. 250 przedsiębiorstw (Wikipedia, 2022).

Z jednej strony, przejęcia start-upów odgrywają ważną rolę w ułatwianiu przedsiębiorczości i innowacji. Są kluczowym źródłem nowych pomysłów i produktów, przełomowych innowacji i indywidualnych modeli biznesowych (Pike, 2020, s. 5). Połączenie zasobów przedsiębiorstwa typu start-up (np. określonego zestawu danych), usług lub produktów z zasobami platformy cyfrowej może zapewnić powstałemu w wyniku połączenia podmiotowi znaczną przewagę konkurencyjną nad jego konkurentami. Z drugiej zaś – takie przejęcia mogą mieć negatywny wpływ na strukturę rynku, konkurencję i rozpowszechnianie innowacji, jeśli bowiem innowacja spółki przejmowanej jest substytutem produktów lub usług spółki przejmującej, ta ma niewielką motywację do rozwoju przejmowanych innowacji – przychód z innowacyjnych produktów lub usług byłby niewielki z powodu efektu kanibalizacji (Bourreau i de Streeck, 2020, s. 11).

W przypadku niektórych transakcji na rynkach cyfrowych, bardziej adekwatnym jest pojęcie „mieszanych przejęć konglomeratowych” niż „zabójczych przejęć”. Przejęcia konglomeratowe (mieszane) to fuzje między przedsiębiorcami, które nie konkurują ze sobą, tj. działają na różnych rynkach (Kenton, 2021, s. 1; Witt, 2022, s. 209). Jednakże, dla uproszczenia, artykuł posługuje się pojęciem „zabójczych przejęć”, które powszechnie występuje już w literaturze przedmiotu (m.in. Cunningham, Ederer i Ma, 2020; Smejkal, 2020; Madl, 2020–2021; Turgot, 2021), dla

określenia wszystkich potencjalnie antykonkurencyjnych transakcji zawieranych przez platformy cyfrowe o znaczącej sile rynkowej z przedsiębiorstwami typu start-up.

Mimo (a może ze względu na) niejednoznaczności w ocenie skutków „zabójczych przejęć” na rynkach cyfrowych, KE zdecydowała się podjąć działania mające na celu umożliwienie organom ochrony konkurencji analizę tego typu transakcji. Punktem zwrotnym w zakresie przeciwdziałania „zabójczym przejęciom” był wrzesień 2020 r., w którym Margrethe Vestager, Europejska Komisarz ds. Konkurencji, zapowiedziała reinterpretację art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw¹ (Vestager, 2020). Nowa polityka, wyrażona ostatecznie w Komunikacie KE z marca 2021 r.² oznacza, że KE akceptuje wnioski krajowych organów ochrony konkurencji w celu zbadania transakcji, które nie spełniają krajowych lub unijnych progów powodujących obowiązek zgłoszenia. Celem było zapewnienie, aby transakcje, które mogłyby zakłócić konkurencję, nie zostały pominięte przez organy ochrony konkurencji.

Chociaż *ratio legis* art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw miało na celu zwiększenie pewności prawa, jego obecna interpretacja ogłoszona przez KE wydaje się daleka od pierwotnego, historycznego celu. Jedną z kluczowych zalet unijnego systemu kontroli koncentracji przedsiębiorstw jest przewidywalność czy transakcja będzie analizowana przez właściwe krajowe organy konkurencji lub KE. Wszelkie wyjątki powinny być wąskie, dobrze ugruntowane i nie opierać się na subiektywnym i arbitralnym sceptycyzmie wobec transakcji na rynkach cyfrowych. Jednakże nowa polityka KE w zakresie „zabójczych przejęć” wydaje się przeczyć tym dyrektywom.

Szczególną uwagę w tym kontekście należy zwrócić na relację między nową polityką KE związaną z art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw a Aktem o rynkach cyfrowych³. W Akcie o rynkach cyfrowych, mimo dyskusji w tym zakresie, ostatecznie nie zdecydowano się wprowadzić dodatkowych narzędzi prawnych dla KE, które umożliwiłyby jej analizę i zablokowanie „zabójczych przejęć” (Jebelli, 2021). Sam obowiązek notyfikacji wynikający z art. 14 ust. 1 Aktu o rynkach cyfrowych, w połączeniu z nową polityką KE, spowoduje jednak, że KE będzie wyposażona w narzędzia pozwalające jej przeanalizować transakcję spoza „standardowej” jurysdykcji opartej na kryterium obrotu prawa.

Rozważania są oparte na założeniu, że obecny system kontroli koncentracji przedsiębiorstw w Unii Europejskiej, bazujący na kryterium obrotu, nie odpowiada na problem „zabójczych przejęć”. Artykuł dokonuje analizy zjawiska „zabójczych przejęć” oraz prób im przeciwdziałania. Jedną z takich prób jest reinterpretacja art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw. Artykuł weryfikuje hipotezę badawczą mówiącą, że dotychczasowe zastosowanie i założenia art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw są niezgodne z jego nowo proponowaną interpretacją, która wzbudza wątpliwości z perspektywy fundamentalnych zasad prawa, takich jak zasada pewności prawa. Punkt I wprowadza do tematyki artykułu. W punkcie II przeanalizowano zjawisko „zabójczych przejęć”, cechy rynków, które sprzyjają przeprowadzaniu „zabójczych przejęć”, kryteria kontroli koncentracji w stosunku do „zabójczych przejęć”, sposób

¹ Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z 20.01.2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. WE 2004 L 24/1) (dalej: rozporządzenie w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw).

² Komunikat Komisji. Wytyczne dotyczące stosowania mechanizmu odsyłania spraw przewidzianego w art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw w odniesieniu do określonych kategorii spraw (Dz. Urz. UE 2021 C 113/01) (dalej: Komunikat KE).

³ Rezolucja ustawodawcza Parlamentu Europejskiego z 5.07.2022 r. w sprawie wniosku dotyczącego rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym (COM(2020)0842 – C9-0419/2020 – 2020/0374(COD)) (dalej: Akt o rynkach cyfrowych).

wyznaczania rynku właściwego przy tego typu przejęciach, a także transpozycję pojęcia „zabójczych przejęć” do sektora cyfrowego. W punkcie III zaprezentowano obecny unijny system kontroli koncentracji przedsiębiorstw i krytycznie odniesiono się do kryterium obrotu w kontekście „zabójczych przejęć” na rynkach cyfrowych, a także poddano analizie zmiany legislacyjne wprowadzone w niektórych państwach członkowskich, mające przeciwdziałać „zabójczym przejęciom”. Opierając się na analizie dotychczasowego zastosowania art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw i jego wykładni historycznej i teleologicznej, podjęto krytykę aktualnej interpretacji tego przepisu, dodając również kontekst Aktu o rynkach cyfrowych. Prezentowane badania opierają się na metodzie formalno-dogmatycznej, metodzie historycznej – analizie przepisów prawnych, decyzji KE oraz orzeczeń Sądu i Trybunału Sprawiedliwości.

II. Problematyka „zabójczych przejęć” w gospodarce cyfrowej

1. Zjawisko „zabójczych przejęć”

Pojęcie „zabójczych przejęć” po raz pierwszy pojawiło się w 2018 r. w literaturze dotyczącej sektora farmaceutycznego (Cunningham, Ederer i Ma, 2020, s. 649–702⁴). „Zabójcze przejęcia” odnoszą się do zjawiska, w którym spółka przejmująca, po finalizacji transakcji, zaprzestaje opracowywania projektów przyszłej lub potencjalnej konkurencji i tym samym „zabija” innowacje. Koncept „zabójczych przejęć” nie jest więc charakterystyką rodzaju transakcji, lecz raczej teorią szkody (Pike, 2020, s. 6).

Start-upy to spółki cechujące się innowacyjnością, wysokim ryzykiem oraz potencjałem wzrostu, wprowadzające nowe technologie lub je wykorzystujące, z krótkim stażem działalności biznesowej (Białek i Nowak, 2018, s. 65). Tego typu spółki, ze względu na przedmiot swojej działalności skupiony wokół wytwarzania innowacyjnych produktów i usług, są niezwykle istotnym komponentem cyfrowego systemu ekonomicznego. Jednocześnie jako młode, niewielkie przedsiębiorstwa (Krysztofiak-Szopa, 2017, s. 2) są szczególnie narażone na antykonkurencyjne praktyki głównie ze strony podmiotów o znaczącej pozycji rynkowej.

Start-upy, w przeciwieństwie do dużych platform cyfrowych, takich jak Facebook lub Google, nie korzystają z efektów marki (*brand effects*) i korzyści skali (*economies of scale*), a ich działalność, ze względu na wysoką innowacyjność produktów i usług, cechuje się dużą niepewnością i ryzykiem (Ries, 2012, s. 10). Przejmowanie start-upów na wczesnym etapie ich działalności jest elementem strategii niektórych platform cyfrowych (Lemley i McCreary, 2021, s. 61 i n.), co jest jednak trudne do udowodnienia (Hemphill i Wu, 2020, s. 1902 i n.). W środowisku, w którym udziały w rynku są określane przez względne poziomy jakości produktów i usług, pozycja platformy cyfrowej umacnia się wraz ze wzrostem przewagi technologicznej (Bryan i Hovenkamp, 2020, s. 616).

Niektóre transakcje na rynkach cyfrowych mogą być klasyfikowane jako mieszane przejęcia konglomeratowe. Przejęcia takie nie wzbudzają zazwyczaj wątpliwości pod względem ich zgodności z prawem ochrony konkurencji (Bundeskartellamt, 2006). Przejęcia konglomeratowe są uważane, co do zasady, za prokonkurencyjne (KE, 2008, pkt 11 i n.). Tego typu koncentracje „w najmniejszym stopniu mogą rodzić problemy rynkowe, gdyż dotyczą przedsiębiorców, których nie łączą żadne wspólne więzy” (Błachucki, 2012, s. 36). Po pierwsze, w przeciwieństwie

⁴ Pierwotnie, art. Cunningham, Ederer i Ma ukazał się w 2018 r., jednakże niniejsze badania są oparte na jego zaktualizowanej wersji z 2020 roku.

do połączeń horyzontalnych, przejęcia konglomeratowe nie pociągają za sobą eliminacji bezpośredniego konkurenta, po drugie, gdy produkty oferowane przez łączące się strony wzajemnie się uzupełniają, transakcja może przynieść znaczne korzyści konsumentom (Lécuyer, 2020, s. 46). Korzyści zakresu (*economies of scope*), efekty synergii konsumpcyjnej (*consumption synergies*) oraz komplementarność w zakresie zdolności (*complementary capabilities*) występują również na rynkach cyfrowych (Bourreau i de Streel, 2019, s. 8 i n.).

Jednakże, przejęcia konglomeratowe mogą wywoływać tzw. efekty konglomeratowe, które powstają, gdy co prawda produkty łączących się przedsiębiorstw nie znajdują się na tym samym rynku produktowym, ale transakcja ma wpływ na konkurencję (Mancini i Lapenta, 2020, s. 2). W unijnym prawie kontroli koncentracji, ze względu na postępujący rozwój cyfryzacji i związane z nim wyzwania, w ostatnim czasie szczególną wagę przykładana się do analizy tych efektów (Witt, 2022, s. 236). Takie efekty mogą być wywołane poprzez: (i) skutki jednostronne, w szczególności ryzyko, że spółka po połączeniu będzie w stanie wykluczyć konkurencję poprzez stosowanie strategii wiązanych lub pakietowych; (ii) efekty skoordynowane, w szczególności fakt, że połączenie ułatwi osiągnięcie zмовy; oraz (iii) wydajności, które mogą się urzeczywistnić dopiero w wyniku połączenia (Mancini i Lapenta, 2020, s. 8).

Możliwość wystąpienia efektów konglomeratowych jest wyższa w przypadku transakcji przeprowadzanych na rynkach cyfrowych (OECD, 2022, s. 51–52). Sprzyjają im rozwój platform cyfrowych, opierających swój model biznesowy na ekosystemach połączonych usług (Witt, 2022, s. 236 i n.). Jest prawdopodobne, że start-up wszedłby na rynek produktowy, gdyby nie przejęcie go przez platformę cyfrową o znaczącej sile rynkowej, lecz w praktyce, w oparciu o obecne narzędzia kontroli koncentracji przedsiębiorstw, rzadko jest to możliwe do udowodnienia (Bryan i Hovenkamp, 2020, s. 616).

Ponadto, w odniesieniu do transakcji horyzontalnych na rynkach cyfrowych, pojawiają się nowe teorie szkody⁵. Przykładowo, w decyzji *Apple/Shazam*⁶, KE powołała się na teorię szkody związaną z danymi, która miała na celu ocenę czy Apple, poprzez nabycie aplikacji do rozpoznawania muzyki Shazam, może uzyskać dostęp do krytycznych danych na temat preferencji klientów strumieniowego przesyłania muzyki, które mógłby wykorzystać do podważenia zdolności konkurencyjnych platform do strumieniowego przesyłania muzyki. Jak wskazują zresztą badania OECD, liczba przejęć przeprowadzanych ze względu na dane (*data-driven mergers*) wzrosła w ciągu zaledwie czterech lat (2008–2012) z 55 do 164 (OECD, 2015, s. 94).

2. Cechy rynków, które sprzyjają przeprowadzaniu „zabójczych przejęć”

Z uwagi na czynniki, takie jak efekty sieciowe (*network effects*) i korzyści skali (*economies of scale*), a także znaczącą przewagę „pierwszego gracza” (*first-mover advantages*) nad innymi przedsiębiorcami, istnieje duże ryzyko monopolizacji rynków cyfrowych (Kwoka i Valletti, 2021, s. 46). Tego rodzaju spółki mają tak duży wpływ na działalność start-upów i ich pozycję rynkową, że przypisuje się im szczególną odpowiedzialność w kontekście utrzymania prawidłowej konkurencji.

W istotnym stopniu to dzięki podmiotom zajmującym pozycję dominującą na rynkach cyfrowych start-upy pozyskują informacje na temat uwarunkowań, cech i preferencji konsumentów. Takie

⁵ Szczegółowa analiza teorii szkody w odniesieniu do przejęć konglomeratowych pozostaje jednak poza zakresem tego artykułu.

⁶ Dec. KE z 6.09.2018 r., *Apple/Shazam*, M.8788.

spółki stanowią często jedyną drogę dostępu start-upów do strony popytowej, zwłaszcza jeżeli dane przedsiębiorstwo dopiero wkracza na rynek i jego firma nie jest rozpoznawalna (nie występują wówczas efekty marki), co ma szczególnie doniosłe znaczenie w przypadku start-upów, które z istoty prowadzą działalność gospodarczą od niedawna.

W gospodarce cyfrowej ważnym zasobem jest duża baza użytkowników (*large user basis*), dzięki której spółka może łatwo rozszerzyć swoją przestrzeń produktową i konkurować z siecią zasiedziałą (Gautier i Lamesh, 2020, s. 4).

3. Kryteria kontroli koncentracji w stosunku do „zabójczych przejęć”

Niezwykle trudno dokonać wyczerpującej oceny przyszłej koncentracji, jeżeli obejmuje ona dynamicznie rozwijający się nowy podmiot. Kryterium obrotu jest niedostosowane do specyfiki transakcji cyfrowych, w których obroty nie zawsze są indykatywnym komponentem siły rynkowej (Bunworth, 2022, s. 4). Inne czynniki, takie jak innowacyjność, mają szczególne znaczenie na rynkach cyfrowych.

W praktyce obecne ramy kontroli koncentracji uniemożliwiają organom ochrony konkurencji analizę nawet transakcji, które mogą w istotny sposób zakłócić konkurencję.

4. Wyznaczanie rynku właściwego przy potencjalnych „zabójczych przejęciach”

Start-upy często działają również na niszowych rynkach, które niekoniecznie są tożsame z rynkiem podmiotu przejmującego. Obecne przepisy dotyczące kontroli koncentracji uniemożliwiają uwzględnienie, że ten niszowy rynek zaspokoi wkrótce te same potrzeby konsumentów, co rynek dominanta, a w efekcie podmiot przejmowany i podmiot przejmujący staną się potencjalnymi konkurentami.

Przykładowo, w decyzji brytyjskiego organu ochrony konkurencji (*Office of Fair Trading*) w sprawie *Facebook/Instagram*⁷ wzięto pod uwagę, że Instagram rozpoczął działalność biznesową na rynku, na którym był aktywny Facebook (serwisy społecznościowe), lecz pominął, iż Instagram będzie w stanie monetyzować swoje usługi (Pike, 2020, s. 25). Nie uwzględniono bowiem, że Facebook i Instagram, jako platformy cyfrowe, konkurują o uwagę (*competition for attention*), która jest następnie odsprzedawana reklamodawcom po drugiej stronie rynku (Wu, 2019, s. 777).

Dlatego też organy ochrony konkurencji powinny w szczególnym stopniu zwrócić uwagę na zagrożenie koncentrowania się tylko na jednej stronie rynku, na przykład substytucyjności z perspektywy konsumenta (Caro de Sousa, 2016, s. 6).

5. „Zabójcze przejęcia” na rynkach cyfrowych

Transpozycja konceptu „zabójczych przejęć” do sektora cyfrowego nie jest oceniana jednoznacznie. Analiza takich transakcji przeprowadzona w odniesieniu do sektora farmaceutycznego wydaje się nie być adekwatna w odniesieniu do rynków cyfrowych (Lécuyer, 2020, s. 45). Po pierwsze, o ile fuzje GAFAM na rynkach cyfrowych mogą być związane zarówno z potencjalną, jak i z przyszłą konkurencją, o tyle „zabójcze przejęcia” w sektorze farmaceutycznym dotyczą potencjalnych, a nie przyszłych konkurentów. Oznacza to, że nabywany konkurent jest już, choćby potencjalnie, aktywny na rynku nabywcy.

⁷ Dec. Office of Fair Trading z 14.08.2012 r., *Facebook/Instagram*, ME/5525/12.

Po drugie, „zabójcze przejęcia” w sektorze farmaceutycznym rzeczywiście skutkują „zabijaniem” konkurenta i nabytej technologii. Przykładowo, w przypadku transakcji *Questcor/Synacthen*, Questcor nabył i wyeliminował konkurencję przewencyjnie (Cunningham i in., 2020, s. 1 i n.; Federal Trade Commission, 2017). Synacthen był wschodzącym konkurentem (*nascent competitor*) Questcor, pracującym nad rozwojem i wprowadzeniem na rynek produktu, który nakładałby się na produkt Questcor (*overlapping product*).

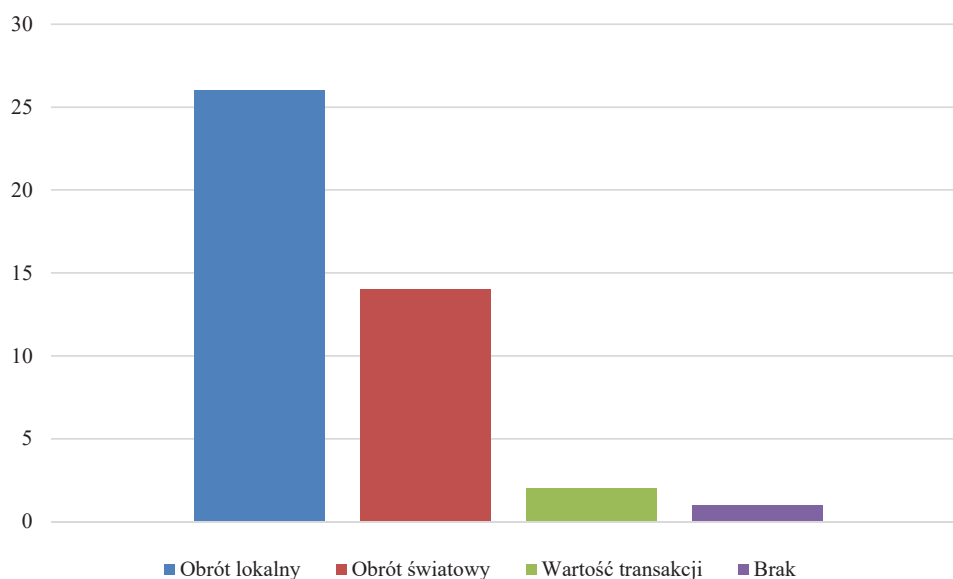
Mechanizm ten funkcjonuje inaczej na rynkach cyfrowych, na których fuzja niekoniecznie „zabija” technologię przejętego (potencjalnego lub przyszłego) konkurenta. Raczej, jeśli wartość produktu opiera się na użytkowniku, zachodzi zjawisko przeciwne (Gautier i Lamesh, 2020, s. 4). Przykładem może być fuzja Facebook/Instagram (nie podlegająca analizie KE). Gdy Facebook kupił Instagram w 2012 r., przejmowane przedsiębiorstwo miało 30 milionów aktywnych użytkowników miesięcznie. Facebook rozwinął jednak produkty i usługi Instagrama, doprowadzając do sytuacji, w której Instagram w 2021 r. przekroczył 1 miliard użytkowników.

III. Unijny system kontroli koncentracji a „zabójcze przejęcia” na rynkach cyfrowych

1. Obecny system kontroli koncentracji przedsiębiorstw w Unii Europejskiej – uwagi wprowadzające

Spośród 53 jurysdykcji analizowanych w badaniach OECD w 2016 r. (Caro de Sousa, 2016), ponad 85% przyjmuje progi zgłoszeniowe oparte na obrotach, prawie 20% opiera się na aktywach, około 7% na wartości transakcji i 9% na udziałach w rynku (Carugati, 2019, s. 2). Unijny system kontroli koncentracji przedsiębiorstw, podobnie jak systemy większości państw członkowskich, jest oparty na kryterium obrotu (zob. rys. 1).

Rysunek 1. Kryterium kontroli koncentracji przedsiębiorstw w państwach członkowskich



Źródło: opracowanie własne na podstawie: Caro de Sousa, 2016; ICLG, 2021.

„Obrót” w ujęciu rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw jest definiowany jako kwoty uzyskane przez przedsiębiorstwo w poprzednim roku finansowym ze sprzedaży produktów i świadczenia usług (po odliczeniu podatków bezpośrednio związanych z obrotem)⁸. Termin „obrotów” jest powszechnie używany w odniesieniu do zarówno testów prawnych stosowanych do ustalenia czy transakcja podlega obowiązkowi zgłoszenia, jak i kryteriów stosowanych w tych testach (Caro de Sousa, 2016, s. 8).

Celem kryterium obrotu jest uchwycenie całkowitej wielkości zasobów gospodarczych, które są łączone w ramach transakcji, zamiast skupiania się wyłącznie na podmiotach prawnych, które formalnie zawarły transakcję (Caro de Sousa, 2016, s. 10). Z tego względu obroty są zazwyczaj liczone w odniesieniu do grup kapitałowych łączących się przedsiębiorstw. Obrót grup kapitałowych jest stosunkowo łatwy do ustalenia dla łączących się przedsiębiorstw, np. poprzez analizę dokumentów finansowych z ostatniego roku obrotowego.

Kryterium obrotu ma wiele zalet. Gwarantuje ono, że KE nie otrzyma notyfikacji transakcji, która nie ma wymiaru wspólnotowego, a także nie nakłada ono nadmiernych obciążeń administracyjnych na łączące się strony (Bunworth, 2022, s. 4). Kryterium obrotu jest również zgodne z zasadą pewności prawa. Samo rozporządzenie w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw jest oparte na założeniu, że „[w] interesie pewności prawa ważność transakcji musi być (...) chroniona w niezbędnym zakresie”⁹.

2. Wątpliwości co do kryterium obrotu

Kryterium obrotu ma jednak mankamenty, w szczególności w odniesieniu do transakcji zawieranych na rynkach cyfrowych. Przede wszystkim jest ono niedostosowane do specyfiki platform cyfrowych, które często zaczynają swoją działalność jako małe, niewielkie przedsiębiorstwa z wysokim potencjałem szybkiego wzrostu (Sharma, Schroeck, Kwan i Sessaadri, 2020, s. 2; Aalst, Hinz i Weinhardt, 2019). Jak wskazuje brytyjski organ ochrony konkurencji (*Competition and Markets Authority*), „aplikacje społecznościowe i strony internetowe nie zawsze oferują możliwości zarabiania od samego początku, ale raczej zwiększają swoją bazę użytkowników, a następnie rozwijają możliwości zarabiania, gdy mają wystarczająco dużą bazę użytkowników, aby być atrakcyjnymi dla reklamodawców”¹⁰.

Wobec powyższego, jeżeli przejęcie start-upu nastąpi na odpowiednio wczesnym etapie, w systemie kontroli koncentracji opartym na kryterium obrotu organ ochrony konkurencji nie ma narzędzi prawnych, aby uniemożliwić finalizację transakcji, która za niedługi okres może znacząco wzmocnić pozycję podmiotu dominującego i zakłócić konkurencję na danym rynku. Jak wskazała KE, „rozwój sytuacji na rynku doprowadził do stopniowego wzrostu koncentracji przedsiębiorstw, które odgrywają lub mogą przekształcić się w odgrywanie znaczącej roli konkurencyjnej na danym rynku (rynkach), mimo że generują niewielki obrót lub nie generują go wcale w momencie koncentracji”¹¹.

⁸ Art. 5 ust. 1 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw.

⁹ Motyw 34 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw.

¹⁰ Dec. Office of Fair Trading z 14.08.2012 r., *Facebook/Instagram*, ME/5525/12, pkt 19.

¹¹ Pkt 9 Komunikatu KE.

Z tego powodu KE postanowiła dać „drugie życie” art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw i zachęcić krajowe organy ochrony konkurencji, aby korzystały z tego mechanizmu w celu analizy transakcji, które mogą zakłócić konkurencję.

3. Propozycja wprowadzenia nowego kryterium – wartość transakcji w Niemczech i Austrii

Dodatkowym kryterium kontroli koncentracji przedsiębiorstw stosowanym przez niektóre państwa członkowskie jest wartość transakcji. Niemcy i Austria wprowadziły je w 2017 r., chcąc m.in. odpowiedzieć na problem przejęć konglomeratowych na rynkach cyfrowych (Bunworth, 2021, s. 5). W październiku 2016 r. sama KE przeprowadziła konsultacje społeczne w celu ustalenia czy progi oparte na obrotach obejmowały wszystkie transakcje, które potencjalnie mogłyby mieć wpływ na konkurencję na rynku wewnętrznym¹². KE doszła jednak do wniosku, że zmiany nie są konieczne, ponieważ większość respondentów była zdania, że istnieją niewystarczające dowody empiryczne na istnienie luki w przepisach z zakresu kontroli koncentracji, a także, iż KE powinna poczekać i przeanalizować, jak funkcjonują progi wartości transakcji w systemach państw członkowskich, przed zmianą przepisów unijnych¹³.

Nowelizacja niemieckiej¹⁴ oraz austriackiej¹⁵ ustawy o konkurencji z 2017 r. (zmieniona nowelizacją z 2021 r.) wprowadziła test wartości transakcji. Zgodnie z nim, transakcja podlega analizie organu ochrony konkurencji, gdy: (i) w ostatnim roku obrotowym łączny światowy obrót wszystkich przedsiębiorstw wyniósł ponad EUR 500 milionów w Niemczech lub EUR 300 milionów w Austrii; (ii) w ostatnim roku obrotowym obrót lokalny jednego z przedsiębiorstw wyniósł ponad EUR 50 milionów w Niemczech lub EUR 15 milionów w Austrii; (iii) w ostatnim roku obrotowym drugie z przedsiębiorstw związanych z transakcją nie osiągnęło obrotu lokalnego przekraczającego EUR 17,5 milionów w Niemczech oraz EUR 1 milion w Austrii; (iv) wartość wynagrodzenia za nabycie przekracza EUR 400 milionów w Niemczech lub EUR 200 milionów w Austrii; (v) przedsiębiorstwo docelowe posiada znaczną działalność (*substantial operations*) w Niemczech lub Austrii¹⁶.

Podobnie jak w „tradycyjnym” teście opartym na obrocie¹⁷, warunkiem wstępnym wymogu zgłoszenia jest wygenerowanie określonego światowego obrotu przez łączące się przedsiębiorstwa. Dodatkowe kryterium dotyczy lokalnego wymiaru transakcji. Jedno z łączących się przedsiębiorstw musi wygenerować w Niemczech obrót w wysokości co najmniej EUR 50 milionów lub EUR 15 milionów w Austrii. Ponadto jest wymagane, aby żadna inna strona, w szczególności spółka docelowa, nie osiągnęła w Niemczech lub Austrii obrotów powyżej odpowiednio EUR 17,5 milionów lub EUR 1 milion. W przeciwnym razie, zastosowanie znajdzie „tradycyjny” test oparty na obrocie. Co ciekawe, istotna jest wartość wynagrodzenia za nabycie przedsiębiorstwa, która musi wynosić ponad EUR 400 milionów. Ma to szczególne znaczenie w przypadku „zabójczych przejęć”, w których wynagrodzenie za nabycie start-upu często przekracza jego aktualną

¹² KE. (2016). *Consultation Strategy, Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU Merger Control*. Pozyskano z: https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2016-merger-control_en (2.08.2022).

¹³ KE. (2017). *Summary of replies to the public consultation on evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control*. Pozyskano z: https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-04/summary_of_replies_en.pdf (2.08.2022).

¹⁴ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (dalej: GWB).

¹⁵ Kartellgesetz (dalej: KartG).

¹⁶ Sekcja 35 (1a) GWB oraz Sekcja 9 (4) KartG.

¹⁷ Sekcja 35 (1) GWB oraz Sekcja 9 (1)–(3) KartG.

wartość rynkową. Bieżące obroty i cena nabycia przedsiębiorstwa często różnią się w nieproporcjonalnym stopniu w tego typu transakcjach, gdyż cena odzwierciedla innowacyjność pomysłów biznesowych o dużym potencjale konkurencyjnym na rynku. Przykładowo, w 2012 r. Facebook nabył Instagram za cenę USD 1 miliarda, co było zaskakujące, zważając iż Instagram liczył wówczas 13 pracowników i nie generował znaczących dochodów (Business-Standard, 2020). Ostatnim kryterium jest wymóg prowadzenia przez przedsiębiorcę znaczącej działalności w Niemczech.

Nowelizacja miała na celu „zlikwidować lukę w systemie kontroli koncentracji, tak aby mógł on w jak najpełniejszym stopniu pełnić swoją funkcję w coraz bardziej dynamicznym otoczeniu gospodarczym”¹⁸. W szczególności, miała ona dostosować obowiązujące przepisy do postępującej cyfryzacji gospodarki i społeczeństwa.

Dotychczas do niemieckiego organu ochrony konkurencji (Bundeskartellamt) zgłoszono 14 transakcji na podstawie Sekcji 35 (1a) GWB. Kryterium wartości transakcji zostało wykorzystane do uzasadnienia wymogu zgłoszenia w czterech transakcjach (dwie z 2019 r. oraz dwie z 2020 r.), z których niektóre zostały opisane jako „zapobiegawcze”. W jednym z tych przypadków zgłoszenie zostało wycofane po tym, gdy okazało się, że w sprawie nie występuje obowiązek notyfikacji. W pozostałych trzech sprawach transakcje zostały przeanalizowane i zaakceptowane w pierwszej fazie (choć w niektórych przypadkach kwestia wymogu zgłoszenia nie została ostatecznie rozwiązana). Dotychczas żadna transakcja zgłoszona na podstawie progu wartości transakcji określonego w ust. 35 ust. 1a GWB nie została zbadana w fazie drugiej. Bundeskartellamt udzielał także odpowiedzi na podobną liczbę nieformalnych zapytań wstępnych dotyczących możliwości zastosowania progu wartości transakcji do konkretnych transakcji. Brak obowiązku zgłoszenia wynikał najczęściej z faktu, że nie można było wykazać znaczącego zakresu działalności krajowej przedsiębiorstwa docelowego w rozumieniu Sekcji 35 (1a) pkt 4 GWB (Bundeskartellamt, 2021, s. 36)¹⁹.

Co ciekawe, wyjaśnienia kryteriów kontroli koncentracji wprowadzonych w Sekcji 35 (1a) GWB dokona niemiecki sąd. W dniu 9 grudnia 2021 r. Bundeskartellamt uznał bowiem nabycie Kustomer przez Meta (Facebook) za podlegające obowiązkowi zgłoszenia zgodnie z Sekcją 35 ust. 1a GWB, co zostało zaskarżone przez Meta²⁰.

Z przytoczonych danych wynika, że, po pierwsze, mimo kontroli transakcji potencjalnie znajdujących się w zakresie pojęcia „zabójczych przejęć”, Bundeskartellamt nie stwierdził, aby finalizacja tych transakcji mogła wyrzucić negatywne skutki dla konkurencji. Może to oznaczać, że należałoby rozważyć przyjęcie alternatywnych dla obecnych teorii szkody. Po drugie, należałoby przyjrzeć się czy warunek z Sekcji 35 (1a) GWB nie jest zbyt restrykcyjny i z tego względu nie powoduje, że transakcje, które mogą zagrozić konkurencji, nadal nie są analizowane. Kryterium wartości transakcji może więc nie rozwiązać problemu „zabójczych przejęć” na rynkach cyfrowych, na przykład ze względu na skomplikowane schematy płatności, które umożliwiają „obchodzenie” obowiązku notyfikacji przez przedsiębiorstwa (Carugati, 2019, s. 4). Ustalanie wartości transakcji

¹⁸ Bundeskartellamt, Bundeswettbewerbsbehörde. (2022). Leitfaden Transaktionswert-Schwellen für die Anmeldepflicht von Zusammenschlussvorhaben (§ 35 Abs. 1a GWB und § 9 Abs. 4 KartG). Pozyskano z: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Leitfaden/Leitfaden_Transaktionsschwelle.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (2.08.2022).

¹⁹ Decyzje Bundeskartellamt z zakresu kontroli koncentracji są, co do zasady, publikowane tylko wtedy, gdy zostały ocenione w drugiej fazie. Z tego względu, decyzje wydane dotychczas na podstawie Sekcji 35 (1a) pkt 4 GWB nie są dostępne publicznie.

²⁰ Zob. dec. Bundeskartellamt z 9.12.2021 r., *Meta/Kustomer*, B6-37/21; informacja o zaskarżeniu decyzji uzyskana w formie pisemnej w ramach badań naukowych autorki bezpośrednio od Bundeskartellamt.

jest dokonywane przez same strony połączenia i z tego względu istnieje ryzyko arbitralności co do tego kryterium (Bunworth, 2022, s. 5). Na marginesie, inne państwa członkowskie, takie jak Włochy, ostatnio również zaczęły wprowadzać reformy swoich systemów kontroli koncentracji, aby dostosować je do tzw. zabójczych przejęć (Beretta i Tremolada, 2022).

4. Mechanizm art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw

Problem ten został dostrzeżony przez KE, która, próbując wykorzystać istniejące ramy prawne, w marcu 2021 r. dokonała reinterpretacji art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw. Art. 22 zezwala państwu członkowskiemu na zwrócenie się do KE z wnioskiem o ocenę potencjalnie problematycznej transakcji, nawet jeśli znajduje się ona poniżej krajowych progów obrotu. Każde inne państwo członkowskie ma prawo przyłączyć się do pierwotnego wniosku innego państwa. W przeciwieństwie do art. 4 ustępu 5 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, nie istnieje minimalna liczba jurysdykcji niezbędnych do przekazania sprawy. Aby wniosek państwa członkowskiego o odesłanie sprawy był dopuszczalny, muszą być spełnione dwa warunki wstępne – koncentracja musi: (i) wpływać na handel między państwami członkowskimi oraz (ii) grozić znaczącym zakłóceniem konkurencji na terytorium państwa członkowskiego (państw członkowskich) składającego wniosek.

W latach 80. XX wieku reżimy krajowe odeszły od zorientowanej na państwo (*dirigiste*) i uznaniowej interwencji przemysłowej w kierunku ekonomii deregulacyjnej i bardziej konkurencyjnej polityki (Schwartz, 1993, s. 626). Kształtowanie się WE w obecnych ramach, w tym przyjęcie rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw w 1989 r., można zatem częściowo przypisać konwergencji polityk gospodarczych między dwunastoma państwami członkowskimi (Sandholtz i Zysman, 1992, s. 111–112).

Warto zauważyć, że podstawowym mechanizmem utrzymania niezakłóconej konkurencji na rynku unijnym był mechanizm zapobiegania nadużywaniu pozycji dominującej. System kontroli koncentracji został dodany do porządku prawnego UE w celu uzupełnienia unijnego prawodawstwa antymonopolowego (i kartelowego). KE uznała rozporządzenie w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw za „istotny dodatkowy instrument udostępniony [jej] przez Radę w celu zapewnienia systemu niezakłóconej konkurencji we Wspólnocie” (KE, 1991, pkt 20). TSUE przyznała zresztą, że dokonanie transakcji może być nadużyciem pozycji dominującej, gdy przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą wzmacnia swoją pozycję poprzez koncentrację w taki sposób, że rzeczywista lub potencjalna konkurencja w zakresie danych towarów jest w praktyce eliminowana na znacznej części wspólnego rynku²¹. Podstawą prawną przyjęcia rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw były art. 87²² i 235²³ traktatu rzymskiego. W związku z tym, rozporządzenie w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw było jedynie instrumentem prawnym powstałym na mocy traktatu rzymskiego – nie miało mocy zmiany tego traktatu. Biorąc to pod uwagę, można zastanawiać się, czy art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji

²¹ Wyr. TSUE z 21.02.1973 r., C-6/72, *Continental Can* (ECLI:EU:C:1973:22), pkt 28; zob. też opinia Rzecznik Generalnej J. Kokott z 13.10.2022 r., C-449/21, *Towercast* (ECLI:EU:C:2022:777).

²² Art. 87 ustęp 1 zdanie 1 traktatu rzymskiego: „[w] ciągu trzech lat od wejścia w życie niniejszego Traktatu, Rada, stanowiąc jednomyślnie na wniosek Komisji i po konsultacji ze Zgromadzeniem, wydaje rozporządzenia lub dyrektywy w celu zastosowania zasad ustanowionych w art.ach 85 i 86”.

²³ Art. 235 traktatu rzymskiego: „[j]eżeli działanie Wspólnoty okaże się niezbędne do osiągnięcia, w ramach funkcjonowania wspólnego rynku, jednego z celów Wspólnoty, a niniejszy Traktat nie przewidział kompetencji do działania wymaganego w tym celu, Rada, stanowiąc jednomyślnie na wniosek Komisji i po konsultacji ze Zgromadzeniem, podejmuje właściwe działania”.

przedsiębiorstw ma moc, aby zmienić (rozszerzyć) uprawnienia KE w stosunku do tych, które przyznawały jej art. 85 (zakaz antykonkurencyjnych porozumień) i 86 (zakaz nadużycia pozycji dominującej) traktatu rzymskiego.

Historycznie, art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw miał na celu umożliwienie państwom członkowskim nieposiadającym przepisów dotyczących kontroli koncentracji skierowania sprawy do KE. Pierwotnym celem art. 22 było zapewnienie skuteczności mechanizmu kontroli koncentracji w całej Unii Europejskiej, nawet w państwach, które nie przyjęły jeszcze odpowiedniego systemu kontroli koncentracji (były to Belgia, Dania, Finlandia i Królestwo Niderlandów). Art. 22 został wprowadzony z inicjatywy Królestwa Niderlandów i dlatego określano go jako „klauzulę niderlandzką” (*Dutch clause*) (Bunworth, 2022, s. 7).

Celem art. 22 było także uniknięcie sytuacji, w której ta sama transakcja byłaby poddawana analizie przez różne krajowe organy ochrony konkurencji. Jego celem było zwiększenie pewności prawa i wzmocnienie ideału kompleksowej obsługi w zakresie kontroli połączeń (*One Stop Shop principle*). Wniosek wystosowany przez państwo członkowskie na mocy art. 22 wszczyna mechanizm, który zatrzymuje równoległą ocenę dokonywaną przez inne krajowe organy ochrony konkurencji i daje im możliwość przyłączenia się do wniosku. Jednakże, w przeciwieństwie do wniosków przewidzianych w art. 4 ust. 5 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, krajowe organy ochrony konkurencji nie są zobowiązane do przyłączenia się do odesłania na mocy art. 22, a zatem połączenie może być oceniane przez KE i przez co najmniej jeden krajowy organ ochrony konkurencji.

KE nie weryfikuje właściwości organu państwa członkowskiego składającego wniosek. W sprawie *Kesko/Tuko*²⁴ (drugie zastosowanie art. 22 w historii) KE podkreśliła, że „do Komisji nie należało określenie na etapie postępowania administracyjnego kompetencji OFC na mocy prawa fińskiego do złożenia wniosku na podstawie art. 22 ust. 3 rozporządzenia nr 4064/89; wymagano jedynie sprawdzenia, czy wniosek, z którym się do niego zwrócono, był *prima facie* wnioskiem złożonym przez Państwo Członkowskie w rozumieniu art. 22”²⁵. Warto jednak zauważyć, że sprawa *Kesko/Tuko* opierała się na najstarszej wersji art. 22. Wówczas miał on na celu zapewnienie skuteczności unijnego systemu kontroli koncentracji przedsiębiorstw w państwach członkowskich, które nie miały swoich przepisów w tym zakresie. Krajowe organy ochrony konkurencji tych państw nie miały możliwości analizowania transakcji. W związku z tym KE nie miała wyjścia – musiała stwierdzić, że nie weryfikuje kompetencji krajowych organów ochrony konkurencji do dokonania odesłania na podstawie art. 22. W przeciwnym razie, stosowanie art. 22 mogłoby być znacznie ograniczone.

Ponadto, pierwotne rozporządzenie w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw z 1989 r.²⁶ nie odnosiło się do zasady *One Stop Shop*. Dopiero rozporządzenie w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw z 1997 r.²⁷ wprowadziło mechanizm wspólnego przekazywania spraw przez więcej niż jedno państwo członkowskie: „[j]eżeli Komisja stwierdzi, na wniosek państwa członkowskiego lub na wspólny wniosek dwóch lub więcej państw członkowskich, że koncentracja określona w art. 3, która nie ma wymiaru wspólnotowego w rozumieniu art. 1, tworzy lub wzmocnia pozycję

²⁴ Dec. KE z 26.06.1996 r., *Kesko/Tuko*, M.784.

²⁵ Wyr. Sądu z 15.12.1999 r., T-22/97, *Kesko przeciwko KE* (ECLI:EU:T:1999:327), pkt 82.

²⁶ Rozporządzenie Rady (EWG) nr 4064/89 z 21.12.1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. EWG 1989 L 395/1).

²⁷ Rozporządzenie Rady (WE) nr 1310/97 z 30.06.1997 r. zmieniające rozporządzenie (EWG) nr 4064/89 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. WE 1997 L 180/1).

dominującą, w wyniku czego skuteczna konkurencja zostałaby znacznie utrudniona na terytorium państwa członkowskiego lub państw członkowskich składających wspólny wniosek, może, w zakresie, w jakim koncentracja ta wpływa na handel między państwami członkowskimi, przyjmując decyzje przewidziane w art. 8 ust. 2 akapit drugi ust. 3 i 4”²⁸.

Aktualne rozporządzenie w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw z 2004 r. wprowadziło kolejną modyfikację brzmienia i znaczenia art. 22. Aby zwiększyć pewność prawa i wzmocnić ideał kompleksowej obsługi w zakresie kontroli koncentracji, przyjęto obecną wersję art. 22. Po pierwsze – aby krajowy organ ochrony konkurencji mógł wystosować wniosek na podstawie art. 22, transakcja musi zostać zakwalifikowana jako koncentracja w rozumieniu art. 3 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw: „[j]edno lub więcej Państw Członkowskich może złożyć do Komisji wniosek o zbadanie wszelkiej koncentracji, jak określono w art. 3 (...)”²⁹. W Komunikacie KE wyjaśniono, że czynniki, które mogłyby być istotne w tym zakresie, mogą obejmować lokalizację (potencjalnych) klientów, dostępność i ofertę przedmiotowych produktów bądź usług, gromadzenie danych w kilku państwach członkowskich lub opracowywanie i realizację projektów badawczo-rozwojowych, których wyniki, w tym prawa własności intelektualnej, w przypadku powodzenia mogą być komercjalizowane w więcej niż jednym państwie członkowskim³⁰. Po drugie – koncentracja nie może mieć wymiaru europejskiego: „... który nie ma wymiaru wspólnotowego w rozumieniu art. 1...”. Po trzecie – koncentracja musi wpływać na handel między państwami członkowskimi: „ale wpływa na handel między Państwami Członkowskimi”. Po czwarte – koncentracja musi grozić znaczącym zakłóceniem konkurencji na terytorium państwa członkowskiego lub państw członkowskich składających wniosek: „i grozi znaczącym wpływem na konkurencję na terytorium Państwa Członkowskiego lub Państw Członkowskich składających wniosek”³¹.

Do tej pory popularność art. 22 była stosunkowo niska. Od 21 września 1990 r. do 31 lipca 2022 r. krajowe organy ochrony konkurencji wystosowały 44 wniosków o zbadanie transakcji na podstawie art. 22, co oznacza średnio mniej niż jedno odesłanie rocznie (KE, 2022).

Art. 22 nie był stosowany jednowymiarowo, na przykład wyłącznie do oceny transakcji z sektora farmaceutycznego lub cyfrowego. W latach 2019–2020 KE oceniła cztery połączenia, które zostały zgłoszone krajowym organom ochrony konkurencji: Johnson & Johnson/Tachosil, Mastercard/Nets, Fincantieri/Chantiers de l’Atlantique i Iconex/Hansol Denmark/R + S Group. Ponadto art. 22 umożliwił KE ocenę transakcji potencjalnie znajdującej się w zakresie pojęcia „zabójczych przejęć”, czyli Apple/Shazam³². Niektóre inne tego typu przejęcia, na przykład Facebook/Whatsapp³³, również podlegały jurysdykcji KE, choć nie na podstawie odesłania z art. 22, lecz art. 4 ust. 5 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw. Inne transakcje potencjalnie będące „zabójczymi przejęciami”, takie jak Facebook/Giphy, Google/Waze i Facebook/Instagram, uniknęły jednak oceny KE, choć były analizowane przez niektóre krajowe organy ochrony konkurencji.

²⁸ Pkt 12 ust. b) rozporządzenia Rady (WE) nr 1310/97 z 30.06.1997 r. zmieniającego rozporządzenie (EWG) nr 4064/89 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. WE 1997 L 180/1).

²⁹ Art. 22 ust. 1 zd. 1 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw.

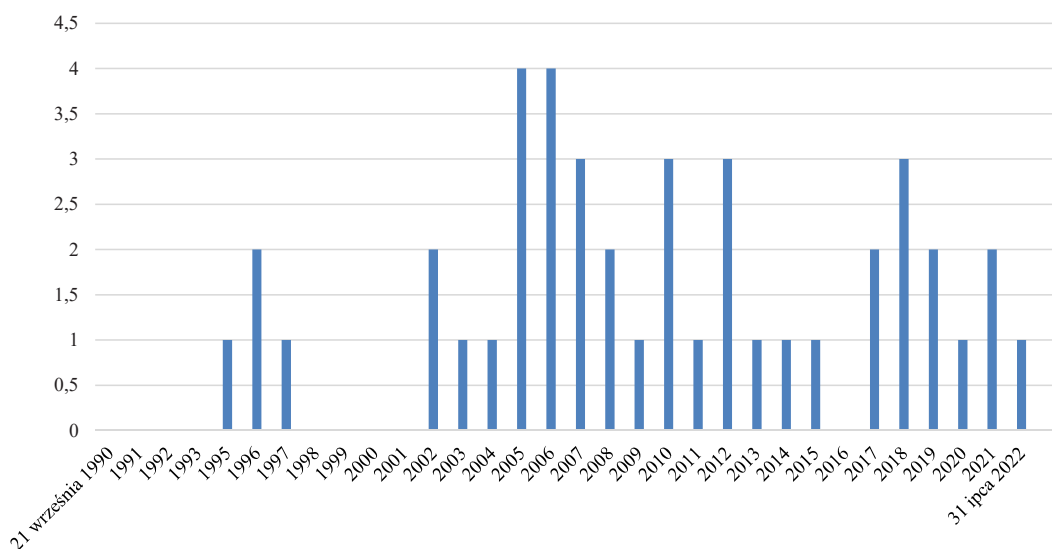
³⁰ Pkt 14 Komunikatu KE.

³¹ Art. 22 ust. 1 zd. 1 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw.

³² Dec. KE z 6.09.2018 r., *Apple/Shazam*, M.8788.

³³ Dec. KE z 3.10.2014 r., *Facebook/Whatsapp*, M.7217.

Rysunek 2. Wnioski o zbadanie transakcji przez KE wystosowywane przez krajowe organy ochrony konkurencji na podstawie art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw w latach 1990–2022



Źródło: opracowanie własne na podstawie: KE, 2022.

Żadna z transakcji, która została przekazana KE na podstawie art. 22, nie została uznana za mogącą zakłócić konkurencję. Zdarzyło się, że KE odmówiła przyjęcia odesłania na podstawie art. 22 ze względu na to, iż: (i) KE nie była najlepiej umiejscowionym organem do rozpatrzenia sprawy; (ii) odesłanie nie zostało uzgodnione przez wszystkie organy, które były uprawnione do dokonania przeglądu koncentracji; (iii) odesłanie naruszałoby zasadę pewności prawa, gdyż analiza została już rozpoczęta przez niektóre krajowe organy ochrony konkurencji.

5. Ocena zmiany interpretacji art. 22 przez Komisję Europejską

Wraz z rozwojem przepisów dotyczących kontroli koncentracji w państwach członkowskich, art. 22 nabrał nowego znaczenia. Jego celem było zapewnienie zharmonizowanego stosowania unijnych przepisów dotyczących kontroli łączenia przedsiębiorstw oraz rozwiązanie problemu wielokrotnych zgłoszeń.

Główny cel art. 22 – zapewnienie skutecznej kontroli koncentracji w państwach członkowskich, w których nie ma wewnętrznego prawodawstwa w tym zakresie, stał się nieaktualny. W 2004 r. wszystkie „problematyczne” państwa miały już własne przepisy dotyczące kontroli połączeń: Belgia od 1993 r. (OECD, 1997, s. 3); Finlandia od 1998 r. (Carletti, Hartmann i Ongena, 2012, s. 7); Królestwo Niderlandów od 1998 r. (Oosterhuis i Buruma, 2017, s. 11) i Dania od 2000 r. (Carletti, Hartmann i Ongena, 2012, s. 6). Obecnie, jedynym państwem, w którym brakuje takich przepisów jest Luksemburg.

W momencie sporządzania projektu KE nie brała jednak pod uwagę, że pięć dużych firm technologicznych Google, Microsoft, Facebook, Amazon i Apple przyjmie tak agresywną politykę przejęć, która jest obecnie wykorzystywana do nabywania konkurencyjnych pomysłów i technologii w ich względnym dzieciństwie (Kwoka, 2020, s. 199).

W marcu 2021 r. KE opublikowała Komunikat KE, w którym dokonała reinterpretacji art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw. KE przypomniała, że na podstawie art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, przyjmuje zgłoszenia z państw członkowskich dotyczące koncentracji, które nie przekraczają krajowych progów. Choć formalnie nowa polityka obejmuje transakcje na wszystkich rynkach, KE podkreśliła, że dotyczy ona „w szczególności transakcje w sektorze cyfrowym i farmaceutycznym” (Komunikat KE, 2021, pkt 10). Oznacza to, że reinterpretacja art. 22 ma na celu przeciwdziałanie „zabójczym przejęciom”, które, jak wskazano powyżej, są dokonywane właśnie w tych sektorach.

Jak wskazano w samym Komunikacie KE, „państwa członkowskie i Komisja zachowują znaczny margines swobody przy podejmowaniu decyzji, czy skierować sprawę [do KE] lub przyjąć odesłanie” (Komunikat KE, 2021, pkt 3). Ponadto, wątpliwości wzbudza interpretacja KE co do treści art. 22 ustępu 4 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw. Według KE, fakt, że transakcja została już zamknięta nie wyklucza możliwości złożenia przez państwo członkowskie wniosku o jej zbadanie (Komunikat KE, 2021, pkt 21). Taki margines swobodnego uznania przyznany organom administracji publicznej może wzbudzać wątpliwości pod względem zgodności z prawem unijnym (na przykład zasadą państwa prawa i zasadą pewności prawa), a ponadto, być bardzo kosztowny dla sektora prywatnego.

Obecna interpretacja art. 22, pozornie zgodna z jego literalną treścią, jest bardzo odważna, gdyż odbiega od jego pierwotnych założeń i celów. Żadne przedsiębiorstwo zawierające transakcję na terytorium UE nie stoi w obliczu próżni prawnej, tak jak spółki Kesko i Tuko w 1997 r., a opiera się na wielomiesięcznej analizie przeprowadzanej na podstawie obowiązujących ram prawnych.

Mimo powyższych wątpliwości, w dniu 13 czerwca 2022 r., Sąd orzekł o zgodności art. 22 z prawem unijnym w postępowaniu z odwołania od decyzji KE *Illumina/Grail*³⁴. Sąd zastosował m.in. wykładnię teleologiczną rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, która wskazuje, że celem tego rozporządzenia jest umożliwienie skutecznej kontroli wszystkich koncentracji mających znaczący wpływ na strukturę konkurencji w Unii³⁵. Sąd wprost powołał się na zasadę pewności prawa i stwierdził, że reinterpretacja art. 22 jest z nią zgodna. Sąd podkreślił, że „jedynie wykładnia przyjęta w spornych decyzjach zapewnia niezbędną pewność prawa i jednolite stosowanie art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw w Unii Europejskiej”³⁶. Postępowanie nie jest jednak zakończone³⁷, co oznacza, że TSUE również wypowie się na temat powyższej problematyki.

Możliwe, że pod wpływem Komunikatu KE i wzmożonego zainteresowania sektorem cyfrowym, krajowe organy ochrony konkurencji będą wносиły więcej wniosków o zbadanie potencjalnych przejęć konglomeratowych. Po ukazaniu się Komunikatu KE, krajowe organy ochrony konkurencji przekazały KE już trzy transakcje niepodlegające ich jurysdykcji. Wzrost liczby odesłań jest jednak niepewny. Nie wszystkie krajowe organy ochrony konkurencji podzielają bowiem pogląd KE co do zgodności reinterpretacji art. 22 z prawem unijnym, co było widoczne w postępowaniu w sprawie *Illumina/Grail*. W dniu 9 marca 2021 r. francuski organ ochrony konkurencji wystosował

³⁴ Wyr. Sądu z 13.06.2022 r., T-227/21, *Illumina przeciwko KE* (ECLI:EU:T:2022:447).

³⁵ Wyr. Sądu z 13.06.2022 r., T-227/21, *Illumina przeciwko KE* (ECLI:EU:T:2022:447), pkt 140.

³⁶ Wyr. Sądu z 13.06.2022 r., T-227/21, *Illumina przeciwko KE* (ECLI:EU:T:2022:447), pkt 179.

³⁷ Zob. postępowania przed TSUE, C-611/22 P oraz C-625/22 P, *Illumina przeciwko KE* oraz *Grail przeciwko KE i Illumina*.

na podstawie art. 22 wniosek do KE o analizę transakcji. Grecki, belgijski, norweski, islandzki oraz niderlandzki organ ochrony konkurencji przyłączyły się do wniosku. Kilka krajowych organów ochrony konkurencji – z Hiszpanii, Austrii, Słowenii, Irlandii, Litwy i Łotwy – uznało jednak, że nie może skierować transakcji do Komisji z powodu braku podstaw (Elkerbout, Reuder i Heurkens, 2021).

W świetle wątpliwości co do zgodności z prawem reinterpretacji art. 22, pojawia się pytanie, dlaczego KE nie zdecydowała się na legalną zmianę kryterium ustanowionego w rozporządzeniu w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw. Takich zmian dokonały już przecież niektóre państwa członkowskie.

Oczywiście, zmiana rozporządzenia byłaby znacznie bardziej wymagająca dla europejskich instytucji niż wydanie Komunikatu KE. Podstawą prawną dla takiej zmiany musiałyby być art. 103 TFUE³⁸ w związku z art. 352 TFUE³⁹, który wymaga jednomyślności w Radzie (Komninos, 2021). Jednakże, w dyskusjach pojawiają się także pomysły, art. 103 TFUE w związku z art. 114 TFUE⁴⁰ powinny być rozważone jako potencjalna podstawa zmiany rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Franck, Monti i de Streel, 2021, s. 52).

6. Relacja między art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw i Aktem o rynkach cyfrowych

Poza trudnościami legislacyjnymi związanymi ze zmianą rozporządzenia, przyczyną porażki na samym Komunikacie KE może być przyjęcie w dniu 18 lipca 2022 r. Aktu o rynkach cyfrowych (RUE, 2022). Prawdopodobnie wejdzie on w życie wiosną 2023 r. (Vestager, 2022), natomiast przedsiębiorcy-adresaci będą musieli dostosować się do większości jego postanowień sześć miesięcy później⁴¹.

Mimo dyskusji w tym zakresie, w Akcie o rynkach cyfrowych ostatecznie nie zawarto postanowień pozwalających skutecznie przeciwdziałać „zabójczym przejęciom” (PE, 2021). Zgodnie z art. 14 ust. 1 Aktu o rynkach cyfrowych⁴², tzw. strażnicy dostępu muszą poinformować KE o każdej zawieranej transakcji, niezależnie od tego, czy podlega ona obowiązkowi zgłoszenia. Takie powiadomienie nie opóźnia finalizacji transakcji i wymaga podania mniejszej liczby szczegółów niż w przypadku zgłoszenia transakcji w standardowej procedurze kontroli koncentracji.

W związku z mechanizmem z art. 14 ust. 1 Aktu o rynkach cyfrowych, istnieje możliwość, że KE poinformuje państwa członkowskie o powiadomieniach o transakcjach, które otrzymuje od strażników dostępu. Krajowe organy ochrony konkurencji mogą następnie zdecydować o skierowaniu

³⁸ Art. 103 ust. 1 TFUE: „Rada, na wniosek Komisji i po konsultacji z Parlamentem Europejskim, wydaje rozporządzenia lub dyrektywy w celu zastosowania zasad ustanowionych w art.ach 101 i 102”.

³⁹ Art. 352 ust. 1 TFUE: „[j]eżeli działanie Unii okaże się niezbędne do osiągnięcia, w ramach polityk określonych w Traktatach, jednego z celów, o których mowa w Traktatach, a Traktaty nie przewidziały uprawnień do działania wymaganego w tym celu, Rada, stanowiąc jednomyślnie na wniosek Komisji i po uzyskaniu zgody Parlamentu Europejskiego, przyjmuje stosowne przepisy. Jeżeli przepisy te są przyjmowane przez Radę zgodnie ze specjalną procedurą ustawodawczą, stanowi ona również jednomyślnie na wniosek Komisji i po uzyskaniu zgody Parlamentu Europejskiego”.

⁴⁰ Art. 114 ust. 1 TFUE: „[z] zastrzeżeniem, że Traktaty nie stanowią inaczej, do urzeczywistnienia celów określonych w artykule 26 stosuje się następujące postanowienia. Parlament Europejski i Rada, stanowiąc zgodnie ze zwykłą procedurą ustawodawczą i po konsultacji z Komitetem Ekonomiczno-Społecznym, przyjmują środki dotyczące zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych Państw Członkowskich, które mają na celu ustanowienie i funkcjonowanie rynku wewnętrznego”.

⁴¹ Art. 54 Aktu o rynkach cyfrowych: „Niniejsze rozporządzenie stosuje się od dnia ... [sześć miesięcy po jego wejściu w życie]. Jednakże art. 3 ust. 6i 7 oraz art. 40, 46, 47, 48, 49 i 50 stosuje się od dnia ... [data wejścia w życie niniejszego rozporządzenia], a art. 42 i 43 stosuje się od dnia 25 czerwca 2023 r.”.

⁴² Art. 14 ust. 1 Aktu o rynkach cyfrowych: „Strażnik dostępu informuje Komisję o każdej zamierzonej koncentracji w rozumieniu art. 3 rozporządzenia (WE) nr 139/2004 w przypadku gdy łączące się podmioty lub podmiot docelowy koncentracji świadczą podstawowe usługi platformowe lub inne usługi w sektorze cyfrowym lub umożliwiają zbieranie danych, niezależnie od tego, czy taka koncentracja podlega zgłoszeniu Komisji zgodnie z tym rozporządzeniem lub właściwemu krajowemu organowi ochrony konkurencji zgodnie z krajowymi przepisami dotyczącymi łączenia przedsiębiorstw. Strażnik dostępu informuje Komisję o takiej koncentracji przed jej przeprowadzeniem i po zawarciu umowy, ogłoszeniu publicznej oferty przejęcia lub nabyciu kontrolnego pakietu akcji”.

transakcji do KE na mocy art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw. Wprost zresztą zachęca je do tego sam art. 14 ust. 5 Aktu o rynkach cyfrowych⁴³. W rezultacie większa liczba transakcji na rynkach cyfrowych stanie się widoczna dla KE, która może zdecydować o wszczęciu postępowania w celu analizy danej transakcji.

IV. Wnioski

Postępująca digitalizacja gospodarki sprawiła, że dotychczasowe rozwiązania obecne w prawie kontroli koncentracji okazują się być niewystarczające dla skutecznej ochrony konkurencji. Sektor cyfrowy jest zdominowany przez platformy o znaczącej sile rynkowej, takie jak Google, Amazon, Facebook, Apple, Microsoft. Jednym z problemów występujących w sektorze cyfrowym są „zabójcze przejęcia”, które przyczyniają się do powstania tzw. konglomeratów cyfrowych. Z tego względu KE poszukuje nowych narzędzi, aby przeciwdziałać tego typu przejęciom. Dotychczas kryterium oceny transakcji przez KE był obrót. KE nie zdecydowała się na formalną zmianę przepisów unijnych, mimo że niektóre państwa członkowskie wprowadziły dodatkowe kryteria analizy transakcji do swoich ustaw krajowych. KE wydała jedynie Komunikat, w którym wprowadziła reinterpretację art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw. Przepis ten pozwala analizować KE transakcje, które nie znajdują się w zakresie jurysdykcji jej ani krajowych organów ochrony konkurencji. Wzbudza to wątpliwości z perspektywy podstawowych zasad prawa, takich jak zasada pewności prawa, w szczególności, że KE zezwala państwom członkowskim na notyfikowanie nawet tych transakcji, które zostały sfinalizowane. Nowa polityka KE wobec „zabójczych przejęć” może funkcjonować szczególnie skutecznie w połączeniu z art. 14 ust. 1 Aktu o rynkach cyfrowych, na mocy którego tzw. strażnicy dostępu muszą poinformować KE o każdej zawieranej transakcji, niezależnie od tego, czy podlega ona obowiązkowi zgłoszenia. Reinterpretacja art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw została oceniona przez Sąd jako zgodna z prawem unijnym, choć wyrok ten nie jest prawomocny. Należy mieć nadzieję, że dalszy rozwój sprawy *Illumina/Grail* umożliwi TS wypowiedzenie się w tym zakresie. Ponadto nowa polityka KE wzbudza wątpliwości niektórych krajowych organów ochrony konkurencji, co prowadzi do pytania o przyszłą praktykę stosowania art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw. Przeciwdziałanie dominacji platform cyfrowych o znaczącej sile rynkowej powinno być priorytetem KE, jednak nie kosztem fundamentalnych zasad prawa unijnego.

Bibliografia

- Aalst, W., Hinz, O. i Weinhardt, Ch. (2019). Big Digital Platforms: Growth, Impact and Challenges. *Business & Information System Engineering*, 61.
- Białek, R. i Nowak, R. (2018). Uwarunkowania rozwoju startupów w Polsce. *Ekonomia*, 15(1), 63–79.
- Beretta, M. i Tremolada, R. (2022). *The Italian Parliament Approves Competition Law Reform*. Pozyskano z: <https://www.clearantitrustwatch.com/2022/08/the-italian-parliament-approves-competition-law-reform/> (2.08.2022).

⁴³ Art. 14 ust. 5 Aktu o rynkach cyfrowych: „Właściwe organy państw członkowskich mogą wykorzystać informacje otrzymane na podstawie ust. 1 niniejszego artykułu, aby zwrócić się do Komisji o zbadanie koncentracji na podstawie art. 22 rozporządzenia (WE) nr 139/2004”.

- Błachucki, M. (2012). *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców*. Warszawa: UOKiK.
- Bourreau, M. i de Streel, A. (2019). *Digital Conglomerates and EU Competition Policy*. Pozyskano z: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3350512> (2.08.2022).
- Bourreau, M. i de Streel, A. (2020). Big Tech Acquisitions. Competition & Innovation Effects and EU Merger Control. *Centre on Regulation in Europe*. Pozyskano z: https://cerre.eu/wp-content/uploads/2020/03/cerre_big_tech_acquisitions_merger_control_EU_2020.pdf (2.08.2022).
- Bryan, K., Hovenkamp, E. (2020). Antitrust Limits on Startup Acquisitions. *Review of Industrial Organization*, 56(4), 615–636.
- Bundeskartellamt, Bundeswettbewerbsbehörde. (2022). *Leitfaden Transaktionswert-Schwellen für die Anmeldepflicht von Zusammenschlussvorhaben (§ 35 Abs. 1a GWB und § 9 Abs. 4 KartG)*. Pozyskano z: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Leitfaden/Leitfaden_Transaktionsschwelle.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (2.08.2022).
- Bundeskartellamt. (2021). *Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2019/2020*. Drucksache 19/30775. Pozyskano z: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Taetigkeitsberichte/Bundeskartellamt%20-%20T%C3%A4tigkeitsbericht%202019_2020.pdf?__blob=publicationFile&v=5 (2.08.2022).
- Bundeskartellamt. (2006). *Conglomerate Mergers in Merger Control. Review and Prospects*. Pozyskano z: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Fachartikel/Conglomerate%20Mergers.pdf?__blob=publicationFile (2.08.2022).
- Bunworth, R. (2022). Pre-emptive acquisitions in the technology sector: is it time to reconsider the turnover thresholds?. *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 52(6), 734–751.
- Business-Standard. (2020). *Mark Zuckerberg bought Instagram as it was a 'threat' to Facebook*. Pozyskano z: https://www.business-standard.com/article/international/mark-zuckerberg-bought-instagram-as-it-was-a-threat-to-facebook-120073000324_1.html (2.08.2022).
- Caffarra, C., Crawford, G. i Valletti, T. (2020). *“How Tech Rolls”: Potential Competition and “Reverse” Killer Acquisitions*. Pozyskano z: <https://voxeu.org/content/how-tech-rolls-potential-competition-and-reverse-killer-acquisitions> (2.08.2022).
- Carletti, E., Hartmann, P. i Ongena, S. (2012). *The Economic Impact on Merger Control Legislation*. Pozyskano z: http://apps.eui.eu/Personal/Carletti/CHO_26March2012.pdf (2.08.2022).
- Caro de Sousa, P. (2016). *Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement. Local Nexus and Jurisdictional Thresholds in Merger Control*. OECD, DAF/COMP/WP3(2016)4/REV1. Pozyskano z: [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3\(2016\)4&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2016)4&docLanguage=En) (2.08.2022).
- Carugati, Ch. (2019). Reforming merger control notification thresholds. *Concurrences*, 2, 1–9.
- Cunningham, C., Ederer, F. i Ma, S. (2020). Killer Acquisitions. *Journal of Political Economy* 129(3), 649–702.
- Elkerbout, R., Reuder, B. i Heurkens, T. (2021). New guidance on Article 22 of the European Union’s merger regulation: the end of legal certainty in merger control?. *Stek*. Pozyskano z: https://stek.com/en/new-guidance-on-article-22-of-the-european-unions-merger-regulation-the-end-of-legal-certainty-in-merger-control/?utm_source=Mondaq&utm_medium=syndication&utm_campaign=LinkedIn-integration (2.08.2022).
- Federal Trade Commission. (2017). *Complaint for Injunctive and Other Equitable Relief*. Matter/File Number: 1310172. Pozyskano z: https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/170118mallinckrodt_complaint_public.pdf (2.08.2022).

- Franck, J.-U., Monti, G. i de Stree, A. (2021). Article 114 TFEU as a Legal Basis for Strengthened Control of Acquisitions by Digital Gatekeepers. *The Federal Ministry for Economic Affairs and Energy*. Pozyskano z: https://www.bmwk.de/Redaktion/EN/Publikationen/Wirtschaft/article-114-tfeu-as-a-legal-basis-for-strengthened-control-of-acquisitions-by-digital-gatekeepers.pdf?__blob=publicationFile&v=5 (2.08.2022).
- Gerber, D. J. (1998). *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*. Oxford.
- Hemphill, S. C., Wu, T. (2020). Nascent Competitors. *University of Pennsylvania Law Review*, 168(1879).
- ICLG. (2021). *Merger Control Laws and Regulation. Croatia Chapter*. Pozyskano z: <https://iclg.com/practice-areas/merger-control-laws-and-regulations/croatia> (2.08.2022).
- ICLG. (2021). *Merger Control Laws and Regulation. Cyprus Chapter*. Pozyskano z: <https://iclg.com/practice-areas/merger-control-laws-and-regulations/cyprus> (2.08.2022).
- Jebelli, K. (2021). Banning “big tech” acquisitions: a cure worse than the disease? *Project-Disco*. Pozyskano z: <https://www.project-disco.org/european-union/120721-banning-big-tech-acquisitions-a-cure-worse-than-the-disease/> (2.08.2022).
- Kartellgesetz. (2005).
- KE. (2022). *Statistics on Merger cases*. Pozyskano z: https://competition-policy.ec.europa.eu/mergers/statistics_en (2.08.2022).
- KE. (2021). Wytyczne dotyczące stosowania mechanizmu odsyłania spraw przewidzianego w art. 22 rozporządzenia w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw w odniesieniu do określonych kategorii spraw (Dz. Urz. UE 2021 C 113/01).
- KE. (2017). *Summary of replies to the public consultation on evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control*. Pozyskano z: https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-04/summary_of_replies_en.pdf (2.08.2022).
- KE. (2016). *Consultation Strategy, Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU Merger Control*. Pozyskano z: https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2016-merger-control_en (2.08.2022).
- KE. (2008). Wytyczne w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. UE 2008 C 265).
- KE. (2006). *Ex-Post Review of Merger Control Decisions*. Pozyskano z: https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2021-04/ex-post_review_merger_decisions_2006_study.pdf (2.08.2022).
- KE. (1991). *XXth report on Competition Policy*. Pozyskano z: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d15a0d3f-4d8d-4ca2-9ccc-c1e5854b73a9/language-en> (2.08.2022).
- Komninos, A. (2021). Enter the DMA bis! The new Article 22 Guidance and how it accompanies the DMA. *Kluwer Competition Law Blog*. Pozyskano z: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2021/04/13/enter-the-dma-bis-the-new-article-22-guidance-and-how-it-accompanies-the-dma/> (2.08.2022).
- Kryzstofiak-Szopa, J. (2017). *Startup Poland. Budujemy Silny Ekosystem Startupów w Polsce*. Pozyskano z: https://www.senat.gov.pl/gfx/senat/userfiles/_public/k9/komisje/2017/kgni/materialy/startup_poland_-_posiedzenie_senackiej_komisji_gospodarki_narodowej.pdf (3.08.2022).
- Kenton, W. (2021). Conglomerate Merger. Guide to mergers and acquisitions. *Investopedia*. Pozyskano z: <https://www.investopedia.com/terms/c/conglomeratemerger.asp> (2.08.2022).
- Kwoka, J. i Valletti, T. (2021). Unscrambling the eggs: Merger control in the new administration, The new US antitrust administration. *Concurrences*, 1.
- Kwoka, J. (2020). Controlling Mergers and Market Power: A Program for Reviving Antitrust in America, *Competition Policy International*.

- Lemley, M. A. i McCreary, A. (2021). Exit strategy. *Boston University Law Review*, 101(1), 1–102.
- Lécuyer, T. (2020). Digital conglomerates and killer acquisitions – A discussion of the competitive effects of start-up acquisitions by digital platforms. *Concurrences*, 1, 42–50.
- Lundqvist, B. (2021). Killer Acquisitions and Other Forms of Anticompetitive Collaborations (Part I): A Case Study on the Pharmaceutical Industry, *European Regulation & Competition Law Review*, 5, 186–189.
- Mancini, J., Lapenta, G. (2020). *Roundtable on Conglomerate Effects of Mergers – Background Note*. OECD, DAF/COMP(2020)2. Pozyskano z: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)2/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)2/en/pdf) (2.08.2022).
- Madl, A. C. (2020–2021). Killing Innovation?: Antitrust Implications of Killer Acquisitions. *Yale Journal on Regulation*, 38(28).
- OECD. (2022). *OECD Handbook on Competition Policy in the Digital Age*. Pozyskano z: <https://www.oecd.org/daf/competition-policy-in-the-digital-age/> (2.08.2022).
- OECD. (2015). *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being*. Pozyskano z: https://read.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/data-driven-innovation_9789264229358-en (2.08.2022).
- OECD. (1997). *Belgium. Summary*. Pozyskano z: <https://www.oecd.org/belgium/1822389.pdf> (2.08.2022).
- Oosterhuis, G., Buruma, H. (2017). *The Netherlands. Merger Control. International Series*. Pozyskano z: https://www.houthoff.com/-/media/Houthoff/Publications/goosterhuis/Merger_Control_-_International_Series_The_Netherlands_-_3rd_Edition__2017_v2.pdf?la=en&hash=13BE9944FC16ED1573BDB33A1C79132CC98FB95B (2.08.2022).
- PE. (2021). *Digital Markets Act: ending unfair practices of big online platforms*. Pozyskano z: <https://www.europarl.europa.eu/news/de/press-room/20211118IPR17636/digital-markets-act-ending-unfair-practices-of-big-online-platforms> (2.08.2022).
- Pike, Ch. (2020). *Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control – Background Note*. OECD DAF/COMP(2020)5. Pozyskano z: <https://www.oecd.org/daf/competition/start-ups-killer-acquisitions-and-merger-control-2020.pdf> (2.08.2022).
- Rasmusen, E. (1988). Entry for buyout. *Journal of Industrial Economics*, 36(3), 281–299.
- Ries, E. (2012). *Metoda Lean Startup*. Gliwice.
- RUE. (2022). *Akt o rynkach cyfrowych: Rada zatwierdza nowe zasady uczciwej konkurencji w internecie*. Pozyskano z: <https://www.consilium.europa.eu/pl/press/press-releases/2022/07/18/dma-council-gives-final-approval-to-new-rules-for-fair-competition-online/> (2.08.2022).
- Richter, F. (2020). Facebook’s Acquisitions: How It Started, How It’s Going. *Statista*. Pozyskano z: <https://www.statista.com/chart/23742/monthly-active-users-of-instagram-and-whatsapp/> (2.08.2022).
- Reilly, D., Sokol, D. i Toniatti, D. (2020). *Why Exit via Acquisition Is Essential to Entrepreneurial Investment*. Pozyskano z: <https://clsbluesky.law.columbia.edu/2021/12/22/why-exit-via-acquisition-is-essential-to-entrepreneurial-investment/> (2.08.2022).
- Sandholtz, W., Zysman, J. (1992). Recasting the European Bargain. *World Politics*, 42(95), 95–128.
- Schwartz, E. (1993). Politics as Usual: The History of European Community Merger Control. *Yale Journal of International Law*, 18(607), 608–661.
- Sharma, D., Schroeck, M., Kwan, A. i Seshadri, V. (2020). *Digital platform as a growth lever*. Deloitte. Pozyskano z: https://www2.deloitte.com/content/dam/insights/us/articles/6735_TMT-Digital-transformation-series-No--11--Digital-platform-as-growth-lever/DI_TMT-Digital-transformation-series-No-11-Digital%20platform-as-growth-lever.pdf (2.08.2022).
- Smejkal, V. (2020). Concentrations in Digital Sector – A New EU Antitrust Standard for “Killer Acquisitions” Needed?. *Journal for International and European Law, Economics and Market Integrations*, 7(2), 1–16.

- Turgot, C. (2021). Killer Acquisitions in Digital Markets: Evaluating the Effectiveness of the EU Merger Control Regime. *European Competition & Regulation Law Review*, 112 (5).
- Wikipedia. List of mergers and acquisitions by Alphabet. Pozyskano z: https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_mergers_and_acquisitions_by_Alphabet (2.08.2022).
- Witt, A. C. (2022). Who's Afraid of Conglomerate Mergers?. *Antitrust Bulletin*, 67(2), 208–236.
- Woźniak-Cichuta, M. (2022). Teleological Perspective of EU Merger Control and its Interplay with Killer Acquisitions on Digital Markets. *EU Antitrust: Hot Topics & Next Steps. Praga*, 149–164.
- Wu, T. (2019). Blind Spot: the Attention Economy and the Law. *Antitrust Law Journal*, 82(3).
- Vestager, M. (2022). *Speech of Executive Vice-President Vestager at the ICN Annual Conference, Berlin, 5 May: "A new age of international cooperation in competition policy"*. Pozyskano z: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_22_2822 (2.08.2022).
- Vestager, M. (2020). *The future of EU merger control*, 11 September. Pozyskano z: https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/future-eu-merger-control_en (2.08.2022).
- Yun, J. M. (2020). Potential Competition, Nascent Competitors, and Killer Acquisitions. *The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy*, 18, 652–678.