

Doktryna upadającej firmy

Niekorzystna sytuacja finansowa jednego z przedsiębiorstw będącego przedmiotem koncentracji może wpłynąć na zmianę analizy dokonywanej przez organ antymonopolowy. Uznawana za wpływającą niekorzystnie na konkurencję (antykonkurencyjna) koncentracja może więc pod pewnymi warunkami, związanymi z sytuacją ekonomiczną jednego z przedsiębiorstw, wyjątkowo nie zostać zablokowana przez organ antymonopolowy. Niniejszy artykuł ma na celu przybliżenie ekonomicznych oraz prawnych aspektów doktryny dotyczącej wspomnianego wyjątku – tzw. doktryny upadającej firmy (*failing firm doctrine*)¹. W pierwszej kolejności zostaną opisane ekonomiczne przesłanki zastosowania tej doktryny, z uwzględnieniem jej pochodzenia. Następnie ukazane zostanie wdrożenie jej aspektów ekonomicznych do przepisów prawa konkurencji. Końcowy fragment poświęcony będzie ocenie doktryny upadającej firmy z perspektywy polskiego prawa konkurencji.

1. *Ekonomiczne przesłanki zastosowania doktryny upadającej firmy*. Koncepcja doktryny upadającej firmy ma rodowód amerykański, gdyż po raz pierwszy została sformułowana w ramach stosowania przez sądy amerykańskiego prawa konkurencji (antytrustowego). To sądy amerykańskie² przedstawiły *sui generis* kryteria (przesłanki), których spełnienie usprawiedliwia dopuszczalność koncentracji; przesłanki te pozwalają na uniknięcie decyzji zakazującej jej przeprowadzenia³. Przesłanki zastosowania doktryny upadającej firmy mają podłoże ściśle ekonomiczne. Warto przybliżyć konkretną sytuację ekonomiczną, na bazie której został wydany wyrok w sprawie *International Shoe* – tworzący fundamenty doktryny upadającej firmy.

W latach 20. XX w. w USA nastąpił znaczący spadek cen oraz sprzedaży obuwia. Zmniejszony popyt właśnie na obuwie nie był wyjątkiem w tych czasach

¹ Koncepcja ta znana jest również jako obrona upadającej firmy (*failing firm defense*) i termin ten także będzie używany w niniejszym artykule. Należy mieć na uwadze, że w istocie nie chodzi tu o firmę w rozumieniu prawa polskiego, lecz o przedsiębiorstwo; nazwa „upadająca firma” będzie stosowana jedynie ze względu na zakorzenienie tej konwencji terminologicznej (zarówno na gruncie prawa amerykańskiego, jak i europejskiego).

² Doktryna została po raz pierwszy uznana w wyroku Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *International Shoe Co. v. FTC* (280 U.S. 291) (1930).

³ Wskazuje się, że decyzja zakazująca koncentracji prawdopodobnie zostałaby wydana w braku spełnienia przesłanek, por. K. Kohutek, M. Sieradzka: *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 532–533.

– podobne problemy ekonomiczne dotyczyły także innych towarów – niemniej w rezultacie malejącego popytu spadły dochody przedsiębiorstw sprzedających obuwie. Prowadziły one działalność gospodarczą ze świadomością zbyt dużych możliwości produkcyjnych w stosunku do popytu na rynku. Spółka *McElwain Company*, zajmująca się sprzedażą obuwia, nie była w stanie sprostać warunkom rynkowym – miała w 1921 r. zobowiązania wobec ok. 60 banków, sięgające 15 mln USD, a na rachunku bieżącym jedynie 2 mln USD. Równie niekorzystnie wyglądały możliwości produkcyjne spółki w zestawieniu z produkcją⁴. Zarząd spółki w obliczu fatalnej sytuacji finansowej uznał, że jedyną alternatywą wobec likwidacji spółki jest jej sprzedaż na rzecz innego przedsiębiorstwa. Inna spółka, bezpośredni konkurent *McElwain Company* na rynku produkcji i sprzedaży obuwia, *International Shoe Company*, mimo niekorzystnej sytuacji gospodarczej sprostała warunkom rynkowym. Zamiast spadku zanotowała wzrost produkcji oraz sprzedaży obuwia o 25% w ciągu jednego roku. Co więcej, w pierwszej połowie 1921 r. na skutek zamówień przekraczających możliwości produkcyjne spółka ta została zmuszona do rezygnacji z blisko 1/3 zamówień. W tych warunkach zarządzający spółką *McElwain Company* podjęli decyzję o sprzedaży jej akcji spółce *International Shoe Company*.

Federalna Komisja ds. Handlu⁵ zakazała przejęcia spółki z uwagi na fakt, że transakcja spowodowałaby znaczące zmniejszenie konkurencji na rynku produkcji i sprzedaży obuwia i tym samym naruszała art. 7 ustawy Claytona⁶. Pierwszy Sąd Okręgowy podtrzymał decyzję Federalnej Komisji ds. Handlu. Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych zdecydował się zmienić decyzję Pierwszego Sądu Okręgowego, sięgając po doktrynę upadającej firmy. Sędzia Sutherland (który wydał wyrok wraz z uzasadnieniem) sformułował dwie przesłanki, których spełnienie gwarantuje powołanie się na doktrynę przez strony koncentracji. Pierwsza dotyczy wymogu, aby w przypadku braku koncentracji przejmowana spółka stanęła przed koniecznością ogłoszenia upadłości, zaś druga stawia warunek, aby przejmująca spółka była jedynym możliwym kupującym⁷. Sąd Najwyższy USA w uzasadnieniu stwierdził, że dowody w sprawie wskazywały, iż powrót spółki *McElwain Company* do prowadzenia normalnej działalności gospodarczej był wątpliwy z czysto biznesowego punktu widzenia, a jej sprzedaż spółce *International Shoe* stanowiła jedyne możliwe rozwiązanie, poza niewątpliwym ogłoszeniem upadłości.

Sąd Najwyższy USA ponownie poruszył kwestię doktryny upadającej firmy pod koniec lat 60. XX w. w sprawie *Citizen Publishing Co. v. United States*⁸. Ze względu na to, że sprawa wiąże się z odmienną formą transakcji (koncentracji) oraz dotyczy innego rynku właściwego niż sprawa *International Shoe*, war-

⁴ Możliwości produkcyjne *McElwain Company* sięgały od 38 do 40 tys. par obuwia dziennie, zaś realna produkcja – od 6 do 7 tys. par obuwia.

⁵ Więcej na temat działalności Federalnej Komisji ds. Handlu – <http://www.ftc.gov>.

⁶ *Clayton Antitrust Act* z 1914 r. (Pub. L. 63-212, 38 Stat. 730, ustawa uchwalona 15 X 1914; 15 U.S.C. § 12–27, 29 U.S.C. § 52–53).

⁷ Podają za: E. Elhauge, D. Geradin: *Global Antitrust Law and Economics*, Foundation Press 2007, s. 1003.

⁸ 394 U.S. 131 (1969).

to przybliżyć jej podłoże gospodarcze. Dotyczyła ona dwóch dzienników wydawanych w mieście Tucson w stanie Arizona: „*The Star*” oraz „*The Citizen*”. Do 1940 r. oba dzienniki silnie konkurowały ze sobą. Podczas gdy ich sprzedaż była na porównywalnym poziomie, różnice występowały w zakresie sprzedaży powierzchni reklamowej. „*The Star*” sprzedawał o 50% więcej powierzchni reklamowej niż „*The Citizen*” i jego działalność generowała zysk, natomiast działalność „*The Citizen*” przynosiła straty⁹.

W 1940 r. dzienniki zawarły umowę *joint venture*, na mocy której miały zachować swoje departamenty i tożsamość korporacyjną. Umowa *joint venture* powołała nową spółkę *Tucson Newspapers Inc.*, która miała w równych udziałach należeć do obu dzienników oraz zarządzać produkcją i dystrybucją każdego z nich. *Tucson Newspapers Inc.* miała być zarządzana przez pięciu dyrektorów: dwóch powoływanych przez „*The Star*”, dwóch – przez „*The Citizen*”, a jeden miał być wybierany przez „*The Citizen*” spośród trzech kandydatów przedstawionych przez „*The Star*”. Celem *joint venture* było zakończenie konkurencji między dziennikami, a w związku z tym zostały nałożone trzy podstawowe ograniczenia. Pierwsze polegało na porozumieniu cenowym, w ramach którego *Tucson Newspapers Inc.* zarządzała sprzedażą i dystrybucją dzienników, ustalała ceny za sprzedaż oraz powierzchnię reklamową wspólnie dla dwóch dzienników; drugie polegało na ustaleniu dystrybucji zysków między „*The Star*” oraz „*The Citizen*” według z góry ustalonej proporcji, zaś trzecie dotyczyło podziału rynku na terenie metropolii Tucson.

Departament Sprawiedliwości wystąpił do sądu, zarzucając obu tytułom, jak również podmiotowi powstałemu na mocy umowy *joint venture*, naruszenie art. 1 i 2 ustawy Shermana¹⁰ oraz art. 7 ustawy Claytona. Sąd Okręgowy zgodził się z argumentami Departamentu Sprawiedliwości, a sprawa ostatecznie trafiła do Sądu Najwyższego USA, który rozwinął doktrynę upadającej firmy, nie znalazł jednak przesłanek do zastosowania jej w badanej sprawie¹¹. Sędzia Douglas sformułował trzy (nie dwie, jak w sprawie *International Shoe*) przesłanki, które muszą spełnić strony koncentracji, jeśli chcą skorzystać z dobrodziejstwa *failing firm defense*. Pierwsza dotyczy wymogu, aby jedna ze spółek znajdowała się na skraju upadłości, druga stawia warunek, aby nie istniał żaden inny potencjalny kupujący, zaś trzecia wskazuje, że upadłość jednej ze spółek niewątpliwie doprowadziłaby do likwidacji aktywów, ponieważ możliwości reorganizacji są mgliste i niemożliwe do spełnienia¹².

Jak podkreśla się w doktrynie¹³, zastosowanie *failing firm defense* nie jest odstępstwem od kryterium istotnego ograniczenia konkurencji na rynku właści-

⁹ Roczny zysk dziennika „*The Star*” sięgał ok. 25 825 USD, zaś dziennik „*The Citizen*” generował stratę w wysokości 23 550 USD – dane za: *Citizen Publishing Co. v. United States* (394 U.S. 131) (1969).

¹⁰ *Sherman Act* (ustawa uchwalona 2 VII 1890, ch. 647, 26 Stat. 209, 15 U.S.C. § 1–7).

¹¹ Ze względu na to, że dziennik „*Citizen Publishing*” nie był na skraju upadłości, nie istniała poważna obawa zakończenia przez niego działalności oraz likwidacji aktywów, co powodowałoby konieczność zawarcia umowy *joint venture*, por. uzasadnienie *Citizen Publishing Co. v. United States* (394 U.S. 131) (1969).

¹² Podają za: E. Elhauge, D. Geradin, jw., s. 1003.

¹³ Por. K. Kohutek, M. Sieradzka, jw., s. 533.

wym w wyniku danej transakcji. Gdyby bowiem nie doszło do przejęcia spółki będącej na skraju upadłości, jej aktywa w razie upadłości zniknęłyby z rynku właściwego. W takich okolicznościach konkurencja na rynku właściwym w przypadku wydania zgody na koncentrację nie może być słabsza niż konkurencja w sytuacji zakazu koncentracji i opuszczenia rynku właściwego przez analizowane aktywa.

2. *Doktryna upadającej firmy w prawie konkurencji.* Mimo przeszło 80-letniej historii *failing firm defense*, doktryna i praktyka stoją na stanowisku, że z uwagi na rygoryzm przesłanek jej zastosowanie jest znacznie ograniczone. W konsekwencji jest ona niezwykle rzadko podnoszona w postępowaniach przed urzędami antymonopolowymi, a gdy już się to zdarzy, jest przez większość urzędów odrzucana¹⁴. Z pewnością nie jedynym, ale najbardziej znaczącym powodem takiego stanu rzeczy jest pochodzenie doktryny. Wywodzi się ona z orzecznictwa i ma podłoże w konkretnej sytuacji gospodarczej na danym rynku właściwym. Niemniej obecnie można znaleźć omówienie doktryny upadającej firmy w przepisach miękkiego prawa konkurencji (tzw. *soft law*).

Obecne jej sformułowanie zostało zawarte w „Wytycznych dotyczących fuzji horyzontalnych” wydanych wspólnie przez Departament Sprawiedliwości oraz Federalną Komisję ds. Handlu w sierpniu 2010 r., w rozdziale 11 (*Failure and Exiting Assets*)¹⁵. Zgodnie z nimi, koncentracja nie spowoduje wzrostu siły rynkowej, jeśli rychła upadłość jednej ze stron koncentracji spowodowałaby, że aktywa takiej strony opuściłyby rynek właściwy. Ponadto Departament Sprawiedliwości oraz Federalna Komisja ds. Handlu nie będą przekonane co do „wyjścia” aktywów danej firmy z danego rynku właściwego, chyba że zostaną spełnione trzy przesłanki: po pierwsze – upadające przedsiębiorstwo nie będzie w stanie wykonywać swoich zobowiązań finansowych w najbliższej przyszłości; po drugie – przedsiębiorstwo nie będzie w stanie zastosować się do wymogów postępowania naprawczego zgodnie z rozdziałem 11 ustawy – Prawo upadłościowe (*Bankruptcy Act*)¹⁶; po trzecie – przedsiębiorstwo poczyniło działania w dobrej wierze, aby uzyskać alternatywne oferty, które pozwoliłyby na zatrzymanie aktywów trwałych oraz nietrwałych na rynku właściwym i stanowiłyby mniejsze niebezpieczeństwo dla konkurencji niż proponowana koncentracja, ale działania te zakończyły się niepowodzeniem. Zasługuje na podkreślenie, że wskazana doktryna i jej przesłanki mają odniesienie *stricte* do koncentracji na poziomie horyzontalnym (relacja: bezpośredni konkurent – bezpośredni konkurent).

¹⁴ Por. T. Fina, V. Mehta: *The Failing Firm Defense: Alive and Well*, „*The Antitrust Source*” z sierpnia 2011 r., http://www.bakerbotts.com/file_upload/documents/Aug11_Fina.pdf, zob. też cyt. tam lit.; przykładowo, D.A. Valentine (*Horizontal Issues: What's Happening and What's on the Horizon*, <http://www.ftc.gov/speeches/other/dvhorizontallissues.shtm>) stwierdziła, że obrona upadającej firmy jest „rygorystyczna (...) i rzadko spełniana, a w rezultacie obrona jest rzadko podnoszona. Faktycznie, Sąd Najwyższy USA nie poparł jej zastosowania od czasu wyroku z 1930 r. w sprawie *International Shoe*”.

¹⁵ U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, § 11 (2010), dostępne na stronie: <http://www.ftc.gov/os/2010/08/100819hmg.pdf>.

¹⁶ Pub. L. No. 95-598, 92 Stat. 2549 (6 XI 1978).

Wydane przez Departament Sprawiedliwości „Wytyczne dotyczące fuzji niehoryzontalnych”¹⁷ (wertykalnych oraz konglomeratowych) zawierają podobne, ale nie tożsame przesłanki. Wyrażane są głosy, że w razie zaistnienia konieczności zastosowania doktryny do fuzji niehoryzontalnych urzędy antymonopolowe w USA zastosowałyby wymagania z „Wytycznych dotyczących fuzji horyzontalnych”¹⁸. Należy zgodzić się z tą opinią, nie ma bowiem racjonalnych uzasadnień, aby stosować odmienne przesłanki doktryny i różnicować koncentracje na poziomie horyzontalnym, wertykalnym i konglomeratowym. Ponadto dwa ostatnie z wymienionych typów koncentracji wywołują mniejsze zagrożenia w zakresie ograniczenia konkurencji, toteż prawdopodobieństwo wykorzystania obrony upadającej firmy w stosunku do takich koncentracji należy uznać za minimalne (ale nie można go absolutnie wykluczyć).

Koncepcja doktryny upadającej firmy została implementowana do europejskiego prawa konkurencji. Na wzór amerykański została ona uznana przez urząd antymonopolowy – Komisję Europejską oraz Europejski Trybunał Sprawiedliwości¹⁹. Podobnie jak w USA, jej formuła znalazła zastosowanie w akcie o charakterze *soft law*: „Wytycznych w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw”²⁰. Zgodnie z „Wytycznymi” (rozdział VII – „Upadające przedsiębiorstwo”), Komisja może zdecydować, że koncentracja jest zgodna ze wspólnym rynkiem, jeśli jedną z łączących się stron jest upadające przedsiębiorstwo²¹. Warunkiem jest spełnienie trzech kryteriów, które w ocenie Komisji są najważniejsze do zastosowania „obrony upadającego przedsiębiorstwa”. Po pierwsze, przedsiębiorstwo, które podobno ma upaść, zostałoby w najbliższej przyszłości wyparte z rynku ze względu na trudności finansowe, jeśli nie zostałoby przejęte przez inne przedsiębiorstwo²². Po drugie, nie istnieje żadna inna mniej antykonkurencyjna alternatywa zakupu niż owo przejęcie²³. Po trzecie, gdyby nie doszło

¹⁷ Zob. <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/2614.htm>.

¹⁸ Podaję za: E. Elhauge, D. Geradin, jw., s. 1007.

¹⁹ Por. wyrok ETS z 31 III 1998 w sprawach połączonych *Kali i Salz v. Komisja*, C-68/94 i C-30/95.

²⁰ O.J. 2004, C 31, s. 5.

²¹ „Podstawowym wymogiem jest, aby pogorszenie struktury konkurencji, które następuje po połączeniu, nie zostało uznane za wynik połączenia. Stałoby się tak, jeżeli struktura konkurencji rynku pogorszyłaby się co najmniej w tym samym stopniu co w braku połączenia”.

²² W literaturze wyrażono pogląd, że przesłanka ta nie jest jednoznaczna z uwagi na szerokie rozumienie trudności finansowych, por. K. Kohutek, M. Sieradzka, jw., s. 534. Co do zasady, należy zgodzić się z argumentacją autorów i dopuścić szerokie rozumienie przesłanki oraz uznać, że dotyczy ona zarówno przedsiębiorstwa niewypłacalnego, jak i przedsiębiorstwa, które znajduje się na skraju niewypłacalności, ale w danym momencie nie zachodzą przesłanki ogłoszenia jego upadłości.

²³ Wątpliwości co do spełnienia tej przesłanki zaszłyby w sytuacji, gdyby obok przejmującego istniał inny podmiot zdolny lub też wyrażający zainteresowanie przejęciem podmiotu będącego na skraju upadłości. Można tu przywołać sprawę koncentracji *Scott & White Healthcare* i *King's Daughters Hospital*. Organ antymonopolowy uznał, że obok *Scott & White Healthcare* istniał drugi podmiot (*Seton Family of Hospitals*) zainteresowany przejęciem *King's Daughters Hospital*. Podmiot ten jednak został zablokowany

do koncentracji, aktywa upadającego przedsiębiorstwa nieuchronnie opuściłyby rynek. Według „Wytucznych” Komisji, to na stronach koncentracji spoczywa ciężar dowodu i obowiązek dostarczenia wszystkich informacji koniecznych do wykazania, że pogorszenie struktury konkurencji, które następuje po skonsumowaniu koncentracji, nie jest spowodowane tą koncentracją.

3. *Zastosowanie doktryny upadającej firmy w najnowszym orzecznictwie antymonopolowym w Polsce.* W przedstawionej perspektywie (amerykańsko-europejskiej) polskie przepisy prawne oraz ich interpretacje, a w szczególności mające charakter *soft law* „Wyjaśnienia w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów” z 2010 r.²⁴, wykazują się pewnym brakiem. Nie ma w nich bowiem postanowień o możliwości zastosowania *failing firm defense* w trakcie kontroli koncentracji dokonywanej przez Prezesa UOKiK. W pkt 3.5 (rozdział I) „Wyjaśnień” omówiono jedynie wyłączenie dotyczące zgłoszenia zamiaru koncentracji następującej w toku postępowania upadłościowego. Należy to jednak odróżnić od koncepcji doktryny upadającej firmy. Brakuje sformułowania o możliwości korzystania z dobrodziejstw doktryny również w przepisach prawa²⁵.

Nie oznacza to jednak, że możliwość taka nie istnieje. Wręcz przeciwnie, przedsiębiorstwo, które chce skorzystać z obrony wynikającej z doktryny upadającej firmy, znajduje wskazówki w decyzjach Prezesa UOKiK, a w szczególności w ostatnich decyzjach zakazujących koncentracji²⁶. Zgodnie z nimi, polski organ antymonopolowy jest wyjątkowo skłonny dopuścić dokonanie koncentracji w sytuacji, w której w normalnym toku postępowania zakazałby jej dokonania, jeśli przesłanki wynikające z doktryny upadającej firmy zostaną spełnione. Polski organ antymonopolowy nie wypracował samodzielnie takich przesłanek, ale polega na trzech szczególnych warunkach sformułowanych przez orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w orzeczeniu w sprawie *Kali i Salz v. Komisja Europejska*. Są to następujące warunki: 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 mniej antykonkurencyjna alternatywa zakupu niż dana koncentracja; 3) gdyby nie doszło do koncentracji, aktywa upadającego przedsiębiorstwa nieuchronnie opuściłyby rynek. Są one więc identyczne jak przesłanki zawarte w „Wytucznych” Komisji.

ny w dalszych negocjacjach transakcyjnych ze względu na podpisanie umowy ze *Scott & White Healthcare* przez *King's Hospital*. Urząd antymonopolowy nakazał sprzedaż podmiotu na skraju upadłości *Seton* przez *Scott & White Healthcare*, a *Seton* uznał, że szpital nie przedstawia już żadnej wartości, i odrzucił ofertę. W efekcie urząd antymonopolowy zamknął sprawę i zastosował doktrynę upadającej firmy, gdyż pozostałe jej przesłanki zostały wcześniej spełnione (podają za: T. Fina, V. Mehta, jw.).

²⁴ Zob. <http://www.uokik.gov.pl/download.php?plik=9147>.

²⁵ Por. ustawę z 16 II 2007 o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. nr 50, poz. 331 ze zm.).

²⁶ W decyzji nr DKK – 1/2011 (Polska Grupa Energetyczna S.A./Energia S.A.) oraz decyzji nr DKK – 12/11 (NFI Empik/Merlin.pl) znajdujemy fragmenty analizujące badane koncentracje pod kątem możliwości zastosowania *failing firm defense*.

Tym samym polski organ antymonopolowy przyjmuje, przy spełnieniu tych trzech warunków, możliwość podnoszenia *failing firm defense* przez strony koncentracji. Interesująca wydaje się praktyka uwzględniania *ex officio* konstrukcji doktryny upadającej firmy przez Prezesa UOKiK w przypadku kontroli koncentracji. Może to stanowić ewenement, gdyż zarówno w USA, jak i w Europie zastosowanie tej konstrukcji wymaga inicjatywy samych stron postępowania w sprawie koncentracji, a nie inicjatywy organu antymonopolowego.

Trzeba stwierdzić, że podejście polskiego organu ochrony konkurencji w mniejszym stopniu współgra z istotą doktryny: ma ona służyć do obrony stronom koncentracji, a nie umożliwiać organowi powoływanie się na tę doktrynę w każdym przypadku badania wpływu koncentracji na rynek²⁷. W praktyce jednak doktryna upadającej firmy w ramach polskiego prawa konkurencji, mimo jej uznania przez urząd antymonopolowy, nie została przez strony koncentracji nigdy dotychczas wykorzystana.

Failing firm doctrine

It is not possible nowadays to apply competition law without taking into consideration the achievements of economic science. Economics of competition law has been significantly recognized in the scientific research made by the so-called 'Chicago School' of antitrust law. Also, under European competition law, since late 1990s we have seen an increased use of economic analysis methods, resulting in a 'more economic approach' or 'more economics-based approach'. A manifestation of 'economization' of competition law can be seen in the application of economic tools in the framework of decisions delivered by the European Commission or acts of soft law prepared by the EC. The essential element of the article focuses on the so-called economic analysis of failing company doctrine (also known as failing company defense), including the following: the history of development of the doctrine under U.S. antitrust law, the application of the doctrine in the European competition law and the implementation of the doctrine in recent case law in Poland.

The research method used in the article is mainly based on the analysis of the texts of acts and antitrust law in the United States, European competition law, as well as decisions of the President of the Office of Competition and Consumers in Poland and the achievements of competition law scholars.

²⁷ O uwagach krytycznych w kontekście ostatnich decyzji zakazujących koncentracji por. S. Syp: *O doktrynie upadającej firmy w polskim prawie konkurencji*, „Gazeta Finansowa” z 15 VII 2011.