

Anna Laszczyk*

W martwym punkcie, czyli o przedwczesnym wykonaniu koncentracji

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Zawieszający charakter zgłoszenia zamiaru koncentracji w prawie unijnym
- III. Treść obowiązku *standstill* według TSUE
- IV. Częściowe przyczynienie się do zmiany kontroli jako naruszenie obowiązku *standstill*
 1. Sprawa *Altice*
 2. Sprawa *Canon/Toshiba*
 3. (Nadal) w martwym punkcie
- V. *Gun jumping* a polski system kontroli koncentracji
 1. Podstawowe zasady polskiego systemu kontroli koncentracji
 2. Prawnokonkurencyjny falstart przy nabyciu mienia
 3. W martwym punkcie czy *gun jumping* i JV po polsku
- VI. Podsumowanie

Streszczenie

Martwy punkt to ta przestrzeń, której nie widać w lusterku samochodowym. Artykuł stawia tezę, że pomimo rozwoju praktyki decyzyjnej KE i orzecznictwa TSUE, *gun jumping* w postaci częściowego przyczynienia się do przejścia kontroli stanowi martwy punkt unijnego prawa kontroli koncentracji. Jakkolwiek TSUE wyjaśnił, że kluczowa dla oceny naruszenia obowiązku *standstill* jest trwała zmiana kontroli, to wskazanie, że obejmuje również częściowe przyczynienie się do jej przejścia pozostawia pole do interpretacji i przyczynia się do zwiększenia niepewności prawnej. Jednocześnie, dotychczasowa praktyka KE nie pozwala jednoznacznie przewidzieć zachowań, które zostaną uznane za *gun jumping*. Artykuł omawia również doświadczenia Prezesa UOKiK w zakresie *gun jumping*, uznając za martwy punkt *gun jumping* w odniesieniu do utworzenia wspólnego przedsiębiorcy.

Słowa kluczowe: *gun jumping*; kontrola koncentracji; trwała zmiana kontroli.

JEL: K21

* Doktor nauk prawnych; prawnik w departamencie prawa konkurencji w Linklaters C. Wiśniewski i Wspólnicy sp. k. Opinie wyrażone w artykule są prywatnymi opiniami autorki, <https://orcid.org/0000-0003-4958-7773>.

I. Wprowadzenie

KE przyznała w 2017 r., że znajduje się w martwym punkcie, jeżeli chodzi o *gun jumping* z uwagi na niepewność co do katalogu tego typu zachowań¹. Od 2017 r. wydano kilka istotnych rozstrzygnięć, które potencjalnie mogły przyczynić się do zmniejszenia niepewności w tym zakresie.

Artykuł dotyczy przede wszystkim zachowań mogących częściowo przyczynić się do trwałej zmiany kontroli przed uzyskaniem wymaganej zgody organu, które w mojej ocenie nadal są martwym punktem w obszarze *gun jumping*. Zgodnie z niedawnym wyrokiem TSUE takie zachowania stanowią naruszenie obowiązku powstrzymania się od dokonania koncentracji (*standstill obligation*), a tym samym odpowiada materialnoprawnemu *gun jumpingowi*². *Gun jumping* lub inaczej prawnokonkurencyjny falstart może także oznaczać brak zgłoszenia zamiaru dokonania koncentracji (tzw. *gun jumping* proceduralny).

W przeszłości KE wykazywała raczej umiarkowane zainteresowanie prowadzeniem postępowań w sprawach *gun jumping*. Niemniej w ciągu ostatnich kilku lat działalność KE w tym zakresie wzrosła, w tym również w aspekcie nakładanych kar, co wpisuje się w obserwowany trend ekspansji KE w obszarze stosowania przepisów dotyczących kontroli koncentracji (Werner, Clerckx i de la Barre, 2018). Jednocześnie w jednym z ostatnich wyroków TSUE podkreślił, że zasadne jest nakładanie dwóch odrębnych kar za działanie, które stanowi *gun jumping* proceduralny i materialnoprawny, co przyczynia się do istotnej dolegliwości dla przedsiębiorców³.

Ponadto, ostatnio KE i TSUE wydały kilka interesujących *gun jumpingowych* rozstrzygnięć, których walor polega przede wszystkim na tym, że dotyczą one bardziej skomplikowanych stanów faktycznych aniżeli „prosty” brak zgłoszenia zamiaru dokonania koncentracji⁴. Analiza tych rozstrzygnięć skłania do rozpatrywania jako potencjalnych źródeł ryzyka m.in. zobowiązań w okresie przejściowym (tzw. *preclosing covenants*), działań przygotowujących do integracji, czy też tzw. struktury *warehousing*.

Trwająca – mimo znacznego rozwoju praktyki decyzyjnej i orzecznictwa – niepewność (tytułowy martwy punkt) co do zakresu *gun jumping*, jak również zwiększona aktywność organów oraz wysokie kary nakładane za to naruszenie czynią dyskusowany temat z perspektywy zarówno akademickiej, jak i praktycznej godnym przeanalizowania.

Celem niniejszego artykułu jest podjęcie próby wyjaśnienia, czym jest częściowe przyczynienie się do przejęcia kontroli jako forma *gun jumping* na gruncie prawa unijnego. Ponadto, analizie zostaną poddane polskie przepisy dotyczące kontroli koncentracji w celu ustalenia, jakie są ramy *gun jumping* na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów⁵ oraz czy i w jakim zakresie również można mówić o istnieniu martwego punktu.

Poza zakresem niniejszej analizy pozostanie popełnienie prawnokonkurencyjnego falstartu, np. przez niezgłoszenie zamiaru dokonania koncentracji z uwagi na niewłaściwą kalkulację obrotów lub niewłaściwie ustalenie, że w efekcie nabycia mniejszościowego pakietu udziałów/akcji

¹ <https://globalcompetitionreview.com/article/1147180/dg-comp-official-acknowledges-gun-jumping-uncertainty> (3.06.2020).

² Wyr. TSUE z 31.05.2018 r. w sprawie C-633/16 *Ernst & Young P/S przeciwko Konkurrenserådet*, ECLI:EU:C:2018:371.

³ Wyr. TSUE z 4.03.2020 r. w sprawie C-10/18 P *Mowi ASA przeciwko Komisji Europejskiej*, ECLI:EU:C:2020:149.

⁴ Dec. KE z 24.04.2018 w sprawie M.7993 – *Altice/PT Portugal*; dec. z 27.06.2019 w sprawie M.8179 – *Canon/Toshiba Medical Systems Corporations*.

⁵ Ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. 2019, poz. 1667, ze zm.); dalej: uokik.

doszło do przejścia kontroli. Zagadnienia te, jakkolwiek istotne i mogące nastrożać trudności z perspektywy praktycznej, obecnie nie wydają się być równie znaczącym wyzwaniem z perspektywy akademickiej.

II. Zawieszający charakter zgłoszenia zamiaru koncentracji w prawie unijnym

Prawo unijne nakłada na przedsiębiorców obowiązek zgłoszenia koncentracji przed jej wykonaniem, a jednocześnie zakazuje wprowadzenia jej w życie przed zgłoszeniem i do czasu uznania jej za zgodną ze wspólnym rynkiem⁶. W konsekwencji, na przedsiębiorcach spoczywa obowiązek pozytywny – dokonania zgłoszenia oraz obowiązek negatywny – niewprowadzania koncentracji w życie. Naruszenie tego pierwszego jest jednorazowe, a naruszenie obowiązku *standstill* jest ciągłe. EUMR przewiduje możliwość nałożenia odrębnych kar za naruszenie obu obowiązków⁷.

Naruszenie obowiązku dokonania zgłoszenia automatycznie pociąga za sobą naruszenie obowiązku *standstill*. Jednocześnie, zależność ta nie zawsze działa w drugą stronę, tj. przedsiębiorca może dokonać zgłoszenia zamiaru koncentracji, ale w okresie między zgłoszeniem a otrzymaniem zgody naruszyć obowiązek *standstill* (Baches Opi i Boitos, 2019).

Z perspektywy *gun jumping*, kluczowe w odniesieniu do obu obowiązków jest ustalenie na czym polega wykonanie/wprowadzenie w życie koncentracji. Angielska wersja EUMR zarówno w art. 4, jak i w art. 7 posługuje się pojęciem *implementation*, identyczna terminologia jest wykorzystana w wersji francuskiej i hiszpańskiej. Sugeruje to zatem, że rozróżnienie zawarte w wersji polskiej nie jest merytorycznie relewantne i należy postrzegać wykonanie koncentracji jako równoważne jej wprowadzeniu w życie.

Jako że EUMR nie definiuje pojęcia „wprowadzenia w życie”, zasadnym wydaje się odwołać się do pojęcia „koncentracji”. Zgodnie z prawem unijnym, występuje ona w przypadku trwałej zmiany kontroli, tj. pozyskania uprawnień, które umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę. W konsekwencji zakaz *gun jumping* obliuguje przedsiębiorców do powstrzymania się od działań umożliwiających wywieranie decydującego wpływu na podmiot przejmowany do czasu uzyskania zgody organu. Taka interpretacja pozostaje również w zgodzie z aksjologią prewencyjnej kontroli koncentracji polegającej na „identyfikacji oraz zapobieganiu lub uprzednim zaradzaniu skutkom antykonkurencyjnym” (Aziewicz, 2017, s. 50).

Przyjmując trwałą zmianę kontroli przed uzyskaniem zgody jako istotę *gun jumping*, należy uznać, że zgodnie z CJN⁸ m.in. nabycie uprawnień do powoływania członków zarządu albo uzyskanie prawa o decydowaniu o budżecie lub biznesplanie przed uzyskaniem wymaganej zgody organu ochrony konkurencji będzie wyczerpywać znamiona dyskutowanego zachowania⁹. Słusznym wydaje się pogląd, że obowiązek powstrzymania się od dokonania koncentracji powinien być interpretowany wąsko. Tym samym czynności podejmowane w toku procesu fuzji i przejęć (dalej: M&A), które nie prowadzą bezpośrednio do zmiany kontroli tym samym nie powinny być uznane za naruszenie obowiązku *standstill*.

⁶ Art. 4(1) i 7(1) rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 z 20.01.2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. WE 2004 L 24/1); dalej: EUMR.

⁷ Art. 14 (2a) i (2b) EUMR.

⁸ Skonsolidowane obwieszczenie Komisji dotyczące kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. 2008 C 95); dalej: CJN.

⁹ CJN, pkt 69–70.

III. Treść obowiązku *standstill* według TSUE

Treść obowiązku *standstill* była niedawno przedmiotem wyroku prejudycjalnego wydanego przez TSUE. Sprawa dotyczyła duńskiej fuzji *KPMG i Ernst & Young*. W umowie dotyczącej koncentracji, jednym z warunków zawieszających było zobowiązanie KPMG do wypowiedzenia umowy o członkostwo w międzynarodowej sieci KPMG. KPMG spełniła ten warunek, rozwiązując umowę. Duński organ ochrony konkurencji uznał, że takie działanie KPMG stanowiło naruszenie obowiązku *standstill*¹⁰, jako że było związane z koncentracją, nieodwracalne i miało skutki rynkowe. Sąd rozpatrujący sprawę w odwołaniu od decyzji skierował do TSUE pytania prejudycjalne, których istota sprowadzała się do ustalenia, jak należy rozumieć obowiązek *standstill* i czy istnienie skutków rynkowych określonego działania ma znaczenie dla uznania go za naruszenie.

Zarówno duński organ, jak i KE opowiedziały się za szerokim rozumieniem obowiązku *standstill*. KE wskazała, że jego zakresem powinny być objęte czynności przygotowawcze podejmowane w toku procesu prowadzącego do zmiany kontroli, czynności pozwalające na uzyskanie wpływu na strukturę lub zachowanie rynkowe przejmowanego przedsiębiorstwa, a także inne, które wyprzedzają skutki koncentracji lub w istotny sposób wpływają na panujące warunki konkurencji. Przesłanki tych czynności zostały wskazane na tyle ogólnie, że katalog może potencjalnie obejmować jakiegokolwiek czynności podejmowane przez strony procesu M&A.

Rzecznik generalny, jak również TSUE opowiedzieli się przeciwko tak szerokiemu rozumieniu obowiązku *standstill*. TSUE wskazał, że art. 7 EUMR zakazuje czynności, które w całości lub w części przyczyniałyby się do trwałej zmiany kontroli. Jednocześnie nie obejmuje czynności pomocniczych lub przygotowawczych, które nie posiadają bezpośredniego powiązania funkcjonalnego z wprowadzeniem koncentracji w życie. TSUE zwrócił w tym kontekście uwagę, że przyjęcie przeciwnego wniosku prowadziłyby do nieuzasadnionego rozszerzenia przepisów dotyczących koncentracji na działania, które koncentracjami nie są i tym samym zawężenia zakresu stosowania przepisów zakazujących porozumień ograniczających konkurencję.

Jednocześnie TSUE odrzucił kryterium skutków rynkowych jako istotne dla oceny naruszenia obowiązku *standstill*, mogą bowiem istnieć działania prowadzące do trwałej zmiany kontroli, lecz niewywołujące skutków rynkowych.

Tym samym TSUE wyznaczył ramy dozwolonych działań w procesach M&A, tj. takich, które choć powiązane z koncentracją, nie przyczyniają, choćby częściowo, do trwałej zmiany kontroli. Jakkolwiek koncepcyjnie jest to bardzo eleganckie rozwiązanie i nie ulega wątpliwości, że enumeratywne wymienienie transakcji, które mogłyby naruszać art. 7 EUMR jest niepożądane, to pojęcie „przyczynienia się do zmiany kontroli”, a zwłaszcza częściowego przyczynienia, pozostawia duże pole do interpretacji (Caspary i Flandrin, 2018). Nie ma bowiem wątpliwości, że okoliczność, iż w sprawie *Ernst & Young* zobowiązanie do rozwiązania umowy nie stanowiło *gun jumping* nie oznacza automatycznie, że stanowi to regułę.

¹⁰ W prawie duńskim obowiązek ten był zasadniczo analogiczny do obowiązku na gruncie prawa unijnego.

IV. Częściowe przyczynienie się do zmiany kontroli jako naruszenie obowiązku *standstill*

Koncepcję wyrażoną przez TSUE w sprawie *Ernst & Young* warto skonfrontować z ostatnimi decyzjami KE dotyczącymi *gun jumping*, tj. w sprawach *Altice* i *Canon/Toshiba* z co najmniej dwóch powodów, tj. aby poszukać przykładów działań, które mogą stanowić częściowe przyczynienie się do przejścia kontroli, a także zweryfikować czy praktyka KE zgodna jest ze stanowiskiem TSUE.

1. Sprawa *Altice*

Chronologicznie pierwsza decyzja w sprawie *Altice* stanowiła chyba jeden z najbardziej dyskutowanych przykładów *gun jumping* z uwagi na rekordową wysokość kary – 124 miliony euro, a także precedensowe rozstrzygnięcie w zakresie zachowań uznanych za prawnokonkurencyjny falstart. Decyzja ta została wydana po wydaniu opinii przez rzecznika generalnego, ale przed wydaniem wyroku w sprawie *Ernst & Young*.

KE uznała, że *Altice* naruszyła art. 4 i 7 EUMR przez: 1) zawarcie w umowie dot. koncentracji postanowień okresu przejściowego, które dawały *Altice* prawo do wywierania decydującego wpływu na nabywaną spółkę; 2) wywieranie faktycznego wpływu na decyzje biznesowe nabywanej spółki; 3) wymianę poufnych informacji. W ocenie KE działania te umożliwiły *Altice* wywieranie decydującego wpływu na nabywaną spółkę – PT Portugal – i tym samym przyczyniały się co najmniej częściowo do przejścia kontroli.

KE uznała, że jakkolwiek *pre-closing covenants* nie są zakazane, to ich celem powinno być zachowanie wartości nabywanego biznesu. W sprawie *Altice*, uprawnienia nabywcy wykroczyły poza tak zdefiniowany cel¹¹. KE uznała także, że prawo weta w odniesieniu do działań pozostających poza normalnym trybem prowadzenia działalności (*ordinary course of business*) może być uznane za *gun jumping*.

Jeżeli chodzi o wywieranie faktycznego wpływu i wymianę poufnych informacji, to KE ustaliła, że *Altice* pozyskała dostęp do sensytywnych informacji o działalności nabywanej spółki i że dostęp do takich informacji może mieć tylko podmiot sprawujący kontrolę. Jednocześnie KE zidentyfikowała przypadki, w których *Altice* wywierała wpływ na działalność PT Portugal przez akceptowanie kampanii marketingowych, wpływanie na negocjacje dotyczące przedłużenia umów oraz dyskusowanie z potencjalnymi nabywcami sprzedaży udziału PT Portugal w wspólnym przedsiębiorcy.

Na pierwszy rzut oka nie wydaje się, by koncepcyjnie podejście KE w sprawie *Altice* było odmienne od stanowiska TSUE – w obu przypadkach naruszenie obowiązku *standstill* zrównane jest z możliwością sprawowania kontroli. Aczkolwiek interesujące w tym kontekście jest, że w ramach tak zdefiniowanego *gun jumping* KE zdaje się ustanawiać wyjątek. Wywieranie decydującego wpływu na nabywany podmiot jest dopuszczalne, o ile jest ściśle ograniczone do zapewnienia, że wartość tego podmiotu zostanie utrzymana¹². Tym samym decyzję *Altice* należy odczytywać jako

¹¹ W szczególności *Altice* uzyskała prawo weta w zakresie rozwiązywania/zawierania/zmiany praktycznie jakichkolwiek (z uwagi na niski próg istotności) umów, zwalniania/zatrudniania niesprecyzowanego kręgu pracowników, polityki cenowej nabywanej spółki.

¹² Por. pkt 71 sprawy *Altice*: *However, such an agreement between the seller and the buyer which grants the buyer the possibility to exercise decisive influence over a target prior to clearance is only justified if strictly limited to that which is necessary to ensure that the value of the target is maintained. It follows that an agreement that afford the purchaser the possibility to exercise decisive influence over a target on matters that are not necessary for the preservation of the value of the target, for example because they pertain to the ordinary course of the target's business operations or the target's commercial policy, is not justified.*

umożliwiająca, by prawa nadawane nabywcy w okresie przejściowym wykraczały poza uprawnienia akcjonariusza mniejszościowego, które z definicji nie przyznają kontroli.

Taki wyjątek nie wynika ani z przepisów prawa, ani z wytycznych KE. Jakkolwiek jest to podejście racjonalne i należy zgodzić się ze stanowiskiem KE, że nabywca powinien mieć środki, by zapewnić, że nabywany przez niego biznes w okresie między podpisaniem a zamknięciem transakcji nie straci na wartości, to wyjątek ustanowiony przez KE przyczynia się do dalszego skomplikowania zakresu częściowego przejęcia kontroli. Altice odwołała się od decyzji do Sądu i budzi zainteresowanie czy Sąd odniesienie się do tego elementu decyzji.

Decyzja KE nie tylko jest spójna w wyroku TSUE w zakresie kluczowego znaczenia pojęcia „kontroli”, lecz także stanowi dobre źródło informacji o zachowaniach, które mogą być uznane za częściowe przyczynienie się do przejęcia kontroli. Niemniej ich mnogość sprawia, że jakkolwiek wiadomo, w jaki sposób można częściowo przyczynić się do przejęcia kontroli, to nadal nie wiadomo, jakie zachowania będą do przejęcie kontroli wystarczające. Innymi słowy, opis przedstawiony przez KE w sprawie *Altice* sugeruje jawne zignorowanie obowiązku *standstill*, począwszy od braku tzw. *clean teamów*, przez zapewnienie sobie wpływu na współdecydowanie o kadrze zarządzającej czy też wpływie na politykę cenową. W konsekwencji na podstawie tego opisu trudno nie zgodzić się z oceną stanu faktycznego dokonaną przez KE.

Można jednak zadać pytanie, czy np. gdyby jedynym elementem, który mógłby budzić wątpliwości – w świetle decyzji – było prawo weta wobec zatrudniania nowych osób na kluczowe stanowiska, to KE także uznałaby, że doszło do *gun jumping*? Podobnie, czy w świetle stanowiska TSUE, by nie zacierać granic między obszarami stosowania przepisów kontroli koncentracji i zakazu porozumień ograniczających konkurencję, słuszne jest rozpatrywanie wymiany informacji na gruncie art. 7 EUMR?

Jak wynika z decyzji, żądanie przez Altice i otrzymanie poufnych informacji po fazie *due diligence*, które nie były niezbędne na potrzeby transakcji, w ocenie KE stanowiło przejaw zachowania jakoby Altice już sprawowała kontrolę nad PT Portugal i to przyczyniło się do stwierdzenia przez KE wywierania decydującego wpływu¹³. W mojej ocenie, analizowana decyzja nie daje podstaw do jednoznacznego stwierdzenia, że gdyby pozyskiwanie poufnych informacji było jedynym potencjalnie wątpliwym działaniem nabywcy, to KE uznałaby takie zachowanie za *gun jumping*.

Niezależnie od tego, nie przekonuje mnie argumentacja KE, że możliwość skutecznego pozyskania informacji od nabywanego podmiotu jest przejawem możliwości sprawowania kontroli, bo to w sposób istotny podważa analizę wymiany informacji jako rodzaj porozumienia ograniczającego konkurencję. Taki wniosek prowadziłby do różnorakiej oceny tego samego zjawiska w zależności od tego czy odbywa się (lub nie) w ramach procesu M&A. Tymczasem nie widzę racjonalnych argumentów, które pozwalałyby rozpatrywać wymianę informacji na gruncie kontroli koncentracji jako jednostronne działanie nabywcy stanowiące przejaw jego decydującego wpływu na *target* a jako dwu- lub wielostronne działanie przedsiębiorców na gruncie art. 101 TFUE. Wymiana informacji powinna być rozpatrywana jako przyczynienie się do przejęcia kontroli tylko gdy ma posłużyć do wykorzystania ich w celu faktycznego wywarcia decydującego wpływu. W literaturze także wyrażono pogląd sprzeciwiający się rozpatrywaniu wymiany informacji jako *gun jumping* (Mariak, 2018).

¹³ Pkt 423 dec. *Altice*.

Konkludując, KE w sprawie *Altice* przyjęła jako punkt wyjścia do oceny działań przedsiębiorcy kryterium kontroli, tj. co najmniej możliwości wywierania decydującego wpływu, a tym samym kryterium zbieżne ze stanowiskiem TSUE. Mogą jednak powstać wątpliwości, czy organ prawidłowo dokonał klasyfikacji poszczególnych zachowań w świetle tego kryterium.

2. Sprawa *Canon/Toshiba*

Druga interesująca sprawa – *Canon/Toshiba* – dotyczy zastosowania struktury *warehousingu* przy przejęciu spółki Toshiba Medical System Corporations (TMSC). Decyzja została wydana już po wydaniu wyroku przez TSUE w sprawie *Ernst & Young* i KE wykorzystywała w swojej argumentacji rozumowanie TSUE.

W analizowanej sprawie transakcja była dwuetapowa: (i) na pierwszym etapie Canon nabywała 5% akcji TMSC i prawo opcji nabycia pozostałych akcji, uiszczając pełną wysokość ceny sprzedaży wszystkich akcji, a utworzona przez kancelarię prawniczą spółka celowa nabywała pozostałe 95% akcji za 800 euro; (ii) na drugim – Canon wykorzystywała prawo nabycia akcji. Canon zgłosiła zamiar dokonania transakcji przed dokonaniem drugiego etapu.

KE uznała, że Canon dopuściła się *gun jumping*. Odwołując się do wyroku w sprawie *Ernst & Young*, KE wyjaśniła, że zakresem obowiązku *standstill* objęte jest też częściowe wprowadzenie koncentracji w życie, a tym samym działania, które nie skutkują przejęciem kontroli mogą prowadzić do wykonania koncentracji w rozumieniu art. 7 EUMR. W świetle ram analizy, inspirowanych wyrokiem, KE ustaliła, że oba etapy transakcji stanowiły koncentrację, a pierwszy etap przyczynił się do trwałego przejęcia kontroli. Niechętne podejście organu do transakcji *warehousingu* przedstawione w tej sprawie, potwierdza stanowisko wyrażone w CJN¹⁴.

W świetle okoliczności faktycznych sprawy, wzajemna zależność obu etapów transakcji nie budzi większych wątpliwości. Można natomiast zastanawiać się czy w wykonaniu pierwszego etapu transakcji rzeczywiście doszło do trwałej zmiany kontroli nad TMSC. KE argumentuje, że Canon miał możliwość zadecydowania o tym, kto nabeździe akcje TMSC, jeżeli nie będzie mógł zrealizować prawa opcji. Można się spodziewać, że to będzie jeden z istotniejszych argumentów odwołania od decyzji.

Niezależnie od powyższego, ponownie należy przyjąć, że co do zasady, główna linia rozumowania KE opiera się na sprawie *Ernst & Young* (Meyring i Hoolihan, 2019). Sprawa ta pokazuje również, że koncepcja przyczynienia się do przejęcia kontroli może być i prawdopodobnie będzie przez Komisję Europejską interpretowana szeroko, czego przykładem jest sprawa *Canon/Toshiba*. Uznanie bowiem, że w zakres art. 7 EUMR wpada także częściowe przyczynienie się do zmiany kontroli oznacza, że za *gun jumping* mogą być uznane kroki poprzedzające te, które faktycznie stanowiłyby przejęcie kontroli.

3. (Nadal) w martwym punkcie

Od deklarowanej w 2017 r. przez KE niepewności na temat *gun jumping* upłynęły trzy lata, które przyniosły wyjaśnienia TSUE na temat obowiązku *standstill* i dwie decyzje KE mające te wyjaśnienia wdrażać. Czy to pozwala stwierdzić, że *gun jumping* nie jest martwym punktem kontroli koncentracji?

¹⁴ CJN, pkt 35.

W mojej ocenie nadal istnieje duża niepewność tego, co pozostaje poza ramami działań, które częściowo przyczyniają się do przejścia kontroli. Za sprawą decyzji *Altice*, powstaje również pytanie, jakie czynności mają materialny wpływ na wartość nabywanego biznesu i tym samym uzasadniają ingerencję nabywcy, nawet jeśli może się to wiązać z wywieraniem decydującego wpływu. Z perspektywy praktyka sprowadza się to, do istotnych pytań o progi istotności ustalone w zobowiązaniach okresu przejściowego, możliwość zobowiązania przejmowanej spółki do rozwiązania określonych umów, których nie chce przejąć nabywca czy też dopuszczalnych działań pre-integracyjnych. Stan faktyczny przedstawiony w decyzjach w sprawach *Altice* i *Canon/Toshiba* wydaje się nie budzić większych wątpliwości co do zasadności oceny dokonanej przez KE, co nie pozwala przewidzieć stanowiska organu w sprawach mniej oczywistych. Nadal zatem w mojej ocenie uzasadnione jest stwierdzenie, że częściowe przyczynienie się do wprowadzenia w życie koncentracji stanowi martwy punkt.

Można więc zadać pytanie, czy pożądanymi byłoby wydanie przez KE wytycznych dotyczących *gun jumpingu* na wzór wytycznych wydanych przez brazylijski organ ochrony konkurencji, co było postulowane w literaturze (Mariak, 2018). Obawiam się jednak, że nie przyczyniłyby się one do istotnego zwiększenia pewności prawnej. Ewentualna korzyść polegałaby na tym, że postępowanie przedsiębiorców wg wytycznych mogłoby stanowić ewentualny argument w polemice z KE w toku ewentualnych postępowań.

Niezależnie od tego, sformułowanie wytycznych w relatywnie ogólny sposób – jak w przypadku wytycznych brazylijskich – nie poszerzałoby w sposób istotny wiedzy na temat *gun jumpingu*, którą już można wywnioskować na podstawie EUMR, CJN i rozstrzygnięć KE oraz sądów unijnych. Jedynie wyjaśnienie w jaki sposób KE będzie traktować wymianę informacji w toku procesu M&A byłoby oczekiwane, sprawy *Altice* i *Ernst & Young* dają pole bowiem do odmiennych interpretacji. Trudno natomiast byłoby wyobrazić sobie szczegółowe wytyczne KE uwzględniające np. sposób kalkulowania progów istotności, gdyż tak kazuistyczne podejście byłoby niemal niemożliwe do osiągnięcia i niepraktyczne.

Wydaje się, że dalszych wyjaśnień w sprawie *gun jumpingu* można oczekiwać od rozwoju praktyki decyzyjnej, która pokaże czy podejście KE ogranicza się do sankcjonowania najbardziej jaskrawych nadużyć, czy też zachowań, które nie są tak oczywiste, jak był przykład *Altice*. Pomocne będzie również stanowisko sądów unijnych, którego możemy oczekiwać na skutek odwołań w sprawach *Altice* i *Canon/Toshiba*.

Tymczasem, obecnie należy przyjąć, że postępowanie w sprawie *gun jumpingu* stało się istotnym ryzykiem, które trzeba brać pod uwagę przy procesach M&A. Oprócz typowych środków ostrożności, jakie powinny być wdrażane (porozumienie o poufności, ograniczony krąg osób zaangażowanych w proces M&A, tzw. *clean team*), należy szczegółowo rozważyć całościowo w świetle danej koncentracji czy określona czynność przygotowawcza nie ma bezpośredniego powiązania funkcjonalnego z przejściem kontroli. Także wszelkie uprawnienia przyznawane nabywcy w okresie przejściowym powinny być rozważane pod kątem istotnego wpływu na biznes.

V. *Gun jumping* a polski system kontroli koncentracji

Dotychczasowe opracowania dotyczące *gun jumping* koncentrowały się przede wszystkim na praktyce KE, nie poświęcając szczególnej uwagi praktyce decyzyjnej Prezesa UOKiK. Jedną z przyczyn może być, że znakomita większość dotychczasowych działań Prezesa UOKiK dotyczyła spóźnionych lub braku zgłoszeń zamiaru dokonania koncentracji aniżeli jej przedwczesnej implementacji. Jednocześnie kary nakładane przez organ nie były przesadnie wysokie, co mogło prowadzić do niedoceniań tego ryzyka na gruncie polskiego prawa.

Ostatnie kilka decyzji Prezesa UOKiK dotyczących *gun jumping* w kontekście przejęcia kontroli w wyniku unii personalnej¹⁵, nabycia mienia¹⁶, a także toczące się postępowanie w sprawie *gazociągu Nordstream 2* skłaniają jednak do bliższego przyjrzenia się tej tematyce. Zwłaszcza, że dorobek unijny koncentrujący się wokół pojęcia „trwałej zmiany kontroli” niekoniecznie będzie pomocny w trakcie oceny *gun jumping* przy polskich koncentracjach polegających na nabyciu mienia lub utworzenia wspólnego przedsiębiorcy, przy których nie ma wymogu ani zmiany kontroli, ani takiej trwałości (Podlasin, 2014).

1. Podstawowe zasady polskiego systemu kontroli koncentracji

Warto zatem w pierwszej kolejności pokrótce przypomnieć podstawowe zasady kontroli koncentracji w Polsce. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie zawiera definicji koncentracji, wskazując, że obowiązek zgłoszenia zamiaru jej dokonania dotyczy (przy założeniu spełnienia progów obrotowych): połączeń przedsiębiorców, przejęcia kontroli, utworzenia wspólnego przedsiębiorcy oraz nabycia części mienia innego przedsiębiorcy. Brakuje więc uzależnienia pojęcia „koncentracji” od trwałej zmiany kontroli. Co więcej, utworzenie wspólnego przedsiębiorcy podlega zgłoszeniu do Prezesa UOKiK niezależnie od jego planowanej struktury kontroli (Wierciński, 2016) oraz niezależnie od samodzielnej działalności rynkowej (tzw. pełnofunkcyjności).

Podobnie jak w przypadku EUMR, system zgłoszeń zamiaru dokonania koncentracji ma charakter zawieszający, co oznacza, że przedsiębiorcy zobowiązani są do powstrzymania się od dokonania koncentracji do czasu wydania decyzji przez Prezesa UOKiK lub upływu terminu. Uokik nie definiuje także pojęcia „dokonania koncentracji”, więc ponownie wydaje się, że zasadnym będzie odwołanie się do pojęcia „koncentracji”, jak również celów jej prewencyjnej kontroli.

W literaturze wskazuje się, że zakaz wyrażony w art. 97 uokik obejmuje czynności prowadzące do trwałej zmiany sytuacji na rynku, ale nie dotyczy innych czynności, które zmierzają do dokonania koncentracji, lecz nie wywołują trwałych i nieodwracalnych skutków (Stawicki i Kulczyk, 2016). Obowiązek powstrzymania się od wszelkich czynności prawnych, na podstawie których ma nastąpić koncentracja interpretowano również jako zakaz podejmowania wszelkich czynności mających na celu sfinalizowanie koncentracji, bez względu na to czy dana czynność jest wystarczająca dla faktycznego dokonania koncentracji (Banasiński i Piontek, 2009).

Drugi z przedstawionych poglądów zdaje się rezonować z podejściem KE przedstawionym w sprawie *Ernst & Young*, tj. szerokim rozpatrywaniem obowiązku *standstill*. Jest to jednak podejście zbyt daleko idące. Jednocześnie włączenie w zakres art. 97 uokik czynności, które wywołują

¹⁵ Dec. Prezesa UOKiK z 23.12.2019 r. nr DKK-265/2019, *Polska Żegluga Morska Przedsiębiorstwo Państwowe*.

¹⁶ Dec. Prezesa UOKiK z 19.09.2017 r. nr DKK-145/2017, *Fermy Drobiu Woźniak*; dec. Prezesa UOKiK z 5.06.2017 r. nr DKK-86/2017, *Bač-Pol S.A.*; dec. Prezesa UOKiK z 31.12.2019 r. nr DKK-270/2019, *Dino Polska S.A.*

trwałe i nieodwracalne skutki nie jest w pełni zgodne z podejściem przedstawionym w sprawie *Ernst & Young*. W tym kontekście wydaje się zatem, że w aspekcie połączeń przedsiębiorców i przejęcia kontroli, zakres art. 97 uokik powinien obejmować czynności prowadzące do przejęcia kontroli niezależnie od skutków rynkowych czy ich trwałości. Można postawić pytanie, jak rozumieć dyskutowany przepis w odniesieniu zarówno do nabycia mienia, jak i do utworzenia wspólnego przedsiębiorcy i warto to rozważyć na gruncie praktyki decyzyjnej Prezesa UOKiK.

2. Prawnokonkurencyjny falstart przy nabyciu mienia

Istota koncentracji polegającej na nabyciu mienia polega na przejściu praw własności (ale nie tylko) w zakresie mienia, które cechuje taki poziom zorganizowania gospodarczego, że ma zdolność generowania obrotu (Wierciński, 2016). Wskazuje się, że okolicznościami wskazującymi na wystąpienie tej formy koncentracji jest m.in. przejęcie wierzytelności, wstąpienie albo przejęcie praw i obowiązków z umów, solidarna odpowiedzialność nabywcy za długi zbywcy (Wierciński, 2016).

W ostatnich decyzjach dotyczących *gun jumping* polegającego na przejęciu mienia Prezes UOKiK potwierdza, że koncentracja polegająca na nabyciu mienia dotyczy także nabycia części przedsiębiorstwa, w tym w postaci praw do nieruchomości, jak np. zawarcie umowy dzierżawy kurników i odchowalni drobiu.

Jedną z ostatnich decyzji Prezesa UOKiK (sprawa *Dino*) dotyczyła nabycia przez Dino części mienia Domex-Kuśnierek – obaj przedsiębiorcy aktywni byli w sektorze detalicznej sprzedaży AKCU. Transakcja była wieloetapowa, tj. obejmowała: nabycie nieruchomości, jej wynajęcie uprzedniemu właścicielowi, nabycie pozostałych materialnych i niematerialnych składników. Transakcja została notyfikowana przed trzecim etapem. W ocenie Prezesa UOKiK już nabycie praw do nieruchomości było wystarczające dla uznania, że doszło do koncentracji. W szczególności Prezes UOKiK argumentował, że w oparciu o nabyte mienie Dino – jako doświadczony podmiot w detalicznej sprzedaży AKCU – mogłaby kontynuować działalność bez ponoszenia większych nakładów. Można się zastanawiać czy jest to kryterium niezbędne dla uznania przedwczesnej implementacji koncentracji. Innymi słowy, czy ocena organu byłaby inna, gdyby mienie nabywał podmiot nieprowadzący działalności w tym samym sektorze?

Niezależnie od powyższej wątpliwości, *gun jumping* w odniesieniu do nabycia części mienia nie wydaje się być martwym punktem. Kluczowe tego typu transakcji nie ograniczać jedynie do umów sprzedaży – także umowy dzierżawy są traktowane jako koncentracja. Jednocześnie, w przypadku wieloetapowego nabywania mienia, najistotniejsze jest zdefiniowanie tych kluczowych elementów mienia, które generują obrót i pozwalają na kontynuowanie działalności. Ważne również, by pamiętać, że element trwałości przy przejęciu mienia nie ma znaczenia, co wprost Prezes UOKiK wskazuje w decyzjach.

3. W martwym punkcie, czyli *gun jumping* i JV po polsku

W mojej ocenie martwym punktem *gun jumping* w polskiej kontroli koncentracji jest prawnokonkurencyjny falstart w odniesieniu do tworzenia wspólnych przedsiębiorców (JV). Jak wspomniano, na gruncie uokik zgłoszenia wymaga zamiar utworzenia wspólnego przedsiębiorcy niezależnie od posiadania przez założycieli wspólnej kontroli i samodzielnego działania JV na rynku. Tym samym

zgłoszeniu podlega np. wspólny przedsiębiorca, którego celem jest wykonywanie określonych czynności na rzecz założycieli i który jest kontrolowany tylko przez jednego z nich.

W praktyce, niepełnofunkcyjna spółka celowa może być niejednokrotnie zastąpiona szeregiem porozumień między przedsiębiorcami. Dlatego też na gruncie prawa unijnego niepełnofunkcyjne JV, niezależnie od podjętej formy współpracy, podlegają ocenie na gruncie art. 101 TFUE. W tym kontekście warto wyobrazić sobie sytuację, w której przedsiębiorcy decydują się na utworzenie wspólnego przedsiębiorcy, dokonują zgłoszenia zamiaru dokonania takiej koncentracji, a następnie z różnych przyczyn je wycofują. Może powstać pytanie, jak ocenić sytuację, w której deklarowany w zgłoszeniu cel biznesowy przedsiębiorcy decydują się osiągnąć w formie kontraktowej? Czy takie działanie stanowi obejście przepisów o kontroli koncentracji, czy też powinno podlegać ocenie na gruncie zakazu porozumień ograniczających konkurencję, o ile takowy miałby zastosowanie?

Taki stan faktyczny dotyczy sześciu przedsiębiorców planujących utworzyć wspólnego przedsiębiorcę, którego celem miało być zaprojektowanie, sfinansowanie, zbudowanie oraz eksploatacja gazociągu Nordstream 2. Ze względu na zgłoszenie przez Prezesa UOKiK zastrzeżeń wobec koncentracji i skierowanie postępowania do drugiej fazy przedsiębiorcy wycofali wnioski. W maju 2018 r. Prezes UOKiK wszczął postępowanie przeciwko tym przedsiębiorcom, podejrzewając sfinalizowanie transakcji przez finansowanie wspólnego przedsięwzięcia, mimo braku zgody organu ochrony konkurencji. W ocenie organu działanie przedsiębiorcy może być próbą obejścia „braku zgody na utworzenie spółki finansującej budowę gazociągu”¹⁷.

Warto zwrócić uwagę na język, jakim posługuje się Prezes UOKiK w komunikacie o wszczęciu postępowania, równoważy bowiem wycofanie wniosku z zakazem dokonania transakcji¹⁸. Jak słusznie zauważa Stawicki, wycofanie wniosku nie oznacza braku zgody na dokonanie transakcji (Stawicki, 2018). Oznacza jedynie, że zamiar utworzenia identycznego przedsiębiorcy przez tych samych przedsiębiorców wymagałby zgody Prezesa UOKiK.

W najnowszym komunikacie dotyczącym wszczęcia postępowania przeciwko Gazprom za brak współpracy¹⁹ powtórzono narrację o równoważności „w praktyce” wycofania wniosku z zakazem połączenia, jednocześnie wskazano, że postępowanie toczy się w sprawie dokonania transakcji bez zgody Prezesa UOKiK. Z przywołanej wypowiedzi Prezesa UOKiK wynika jakoby dysponował już odpowiednim materiałem dowodowym i zbliżał się do końca „dochodzenia”²⁰.

Jakkolwiek szczegóły postępowania nie są znane, to publicznie dostępne wypowiedzi organu można interpretować jako zamiar postawienia zarzutu obejścia zakazu dokonania koncentracji, który nigdy nie został jednak wydany (Stawicki, 2018). Abstrahując od powyższego paradoksu, wątpliwości budzi rozumowanie Prezesa UOKiK, który podstaw do działania upatruje w tym, że czynności finansowania podjęte przez przedsiębiorców realizują ten sam cel, co utworzenie wspólnego przedsiębiorcy.

W mojej ocenie, jeżeli Prezes UOKiK zdecyduje się na wydanie decyzji stwierdzającej *gun jumping*, to może dojść do nieuprawnionego rozszerzenia stosowania przepisów o kontroli koncentracji. Opierając się na rozumowaniu TSUE w sprawie *Ernst & Young*, obowiązek *standstill*

¹⁷ https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=14322 (3.06.2020).

¹⁸ „Uczestnicy konsorcjum wycofali wniosek, co w praktyce oznaczało zakaz dokonania połączenia” (https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=14322).

¹⁹ Jest to kolejne postępowanie w związku z brakiem współpracy w tej sprawie – w listopadzie 2019 r. Prezes UOKiK nałożył 172 mln zł kary na spółkę Engie Energy. Por. decyzja Prezesa UOKiK z 7 listopada 2019 r. w sprawie nr DKK-217/2019, *Engie Energy Management Holding Switzerland AG*.

²⁰ https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=16454 (3.06.2020).

ma zastosowanie do koncentracji. Jeżeli coś koncentracją nie jest, to przepisów kontroli koncentracji się nie stosuje i można ewentualnie rozważać stosowanie przepisów o zakazie porozumień ograniczających konkurencję. Tym samym, jeśli współpraca podjęta przez przedsiębiorców nie spełnia definicji koncentracji, to okoliczność, że zmierza do osiągnięcia tego samego ekonomicznego celu nie powinna mieć znaczenia. Prawo konkurencji dysponuje innymi narzędziami, którymi może się posłużyć w sytuacji szkody dla konkurencji wynikającej z niekoncentracyjnych działań przedsiębiorców.

VI. Podsumowanie

Zakaz dokonania koncentracji przed uzyskaniem wymaganej zgody ochrony konkurencji jest wspólny dla unijnych i większości krajowych przepisów dotyczących kontroli koncentracji. Ocena, kiedy ten zakaz zostanie złamany, przysparza już więcej trudności i czasami może różnić się w zależności od definicji koncentracji i wymogu (lub braku) trwałej zmiany kontroli.

W mojej ocenie dotychczasowy dorobek orzecznicy KE i sądów unijnych nie pozwala jednoznacznie przesądzić o katalogu dozwolonych i niedozwolonych zachowań w toku procesu M&A. Martwym punktem unijnego prawa konkurencji wydaje się być częściowe przyczynienie do zmiany kontroli. Można jednak przewidywać, że utrzymanie trendu bliskiego przyglądania się przez KE przestrzeganiu przez przedsiębiorców obowiązków *standstill* przyczyni się do rozwiania przynajmniej niektórych wątpliwości w tym zakresie.

Jeżeli chodzi o polskie przepisy dotyczące koncentracji, wydaje się, że w zakresie połączeń i przejęcia kontroli przy ocenie ryzyka zasadnym będzie odwoływanie się do doświadczeń unijnych i uznanie przejęcia kontroli za kluczowy element. W zakresie nabycia mienia dorobek Prezesa UOKiK ustanawia relatywnie jasne reguły, kiedy dojdzie do *gun jumping*. Największe wątpliwości pozostają w odniesieniu do utworzenia wspólnego przedsiębiorcy. Brak wymogu pełnofunkcyjności i wspólnej kontroli nad JV może skutkować uznaniem, że jakakolwiek forma współpracy kontraktowej skutkująca tym samym, co utworzenie JV może być niezasadnie uznana za naruszenie przepisów o kontroli koncentracji.

Bibliografia

- Aziewicz, D. (2017). *Ocena siły rynkowej przedsiębiorcy w nadzorze nad horyzontalnymi koncentracjami przedsiębiorców*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego.
- Baches Opi, S. i Boitos, A. (2019). Gun Jumping in the European Union: An Analysis in Light of Ernst & Young. *Journal of European Competition Law & Practice*, 10(5), 260–280. <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpy003>.
- Banasiński, C. i Piontek, E. (2009). Komentarz do art. 97. W: C. Banasiński, E. Piontek (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji. Komentarz*. Warszawa: Lexis Nexis.
- Caspary, T. i Flandrin, J. (2018). Ernst & Young: First Guidance on Gun-jumping at EU level. *Journal of European Competition Law & Practice*, 9(8), 516–518, <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpy003>.
- Mariak, A. (2018). Naruszenie obowiązku zawieszenia koncentracji (gun jumping) w praktyce decyzyjnej Komisji Europejskiej i orzecznictwie unijnym. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 3(7), 8–22. <https://doi.org/10.7172/2299-5749.IKAR.3.7.1>.

- Meyring, B. i Hoolihan, N. (2019). EU Merger Regulation – Review of 2017 and Beyond. *Journal of European Competition Law & Practice*, 10(2), 115–128, <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpy003>.
- Podlasin, W. (2014). Komentarz do art. 13. W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
- Stawicki, A. (2018). Joint venture – what it is and what it’s not. Comments on the “Nord Stream 2 saga”. *Kluwer Competition Law Blog*. Pozyskano z: http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2018/06/06/joint-venture-not-comments-nord-stream-2-saga/?doing_wp_cron=1590231689.7262659072875976562500 (2.06.2020).
- Stawicki, A. i Kulczyk, W. (2016). Komentarz do art. 97. W: A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Werner, P., Clerckx, S. i de la Barre, H. (2018). Commission Expansionism in EU Merger Control – Fact and Fiction. *Journal of European Competition Law & Practice*, 9(3), 133–145, <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpy003>
- Wierciński, A. (2016). Komentarz do art. 13. W: A. Stawicki, E. Stawicki (red.) *Ustawa o ochronie konkurencji. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.