

Aneta Sakowicz*

O próbie wykładni zakresu obowiązku zawieszenia koncentracji w unijnym prawie konkurencji.

Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 31 maja 2018 r.
w sprawie C-633/16 *Ernst & Young przeciwko Konkurrenserådet*

Spis treści

- I. Informacje wstępne
 1. Informacje o wyroku
 2. Obowiązek zawieszenia koncentracji
 3. Naruszenie obowiązku zawieszenia koncentracji jako przejaw *gun jumping*
 4. Dotychczasowe podejście KE do zakresu obowiązku zawieszenia koncentracji
- II. Stan faktyczny i prawny
 1. Stan faktyczny
 2. Właściwość TSUE i pytania prejudycjalne
- III. Rozstrzygnięcie TSUE
- IV. Analiza i komentarz
 1. Test „przyczynienia się do zmiany kontroli”
 2. Rozgraniczenie pomiędzy art. 7 rozporządzenia 139/2004 i art. 101 TFUE
- V. Wpływ na praktykę decyzyjną KE
 1. Sprawa Altice/PT Portugal
 2. Sprawa Canon/Toshiba Medical Systems Corporation
- VI. Podsumowanie i wnioski

Streszczenie

Celem artykułu jest omówienie i analiza wyroku TSUE z 31 maja 2018 r. w sprawie C-633/16 *Ernst & Young P/S przeciwko Konkurrenserådet* z punktu widzenia jego znaczenia dla kwalifikacji określonych zachowań uczestników koncentracji w ramach szeroko rozumianej praktyki *gun jumping*. Na gruncie przedmiotowego wyroku zostanie przedstawione w szczególności podejście TS do zakresu prawnokonkurencyjnego obowiązku zawieszenia koncentracji (tzw. *standstill obligation*), jak również uwagi TSUE odnoszące się do przejawów antykonkurencyjnej współpracy przedsiębiorców na etapie poprzedzającym wprowadzenie w życie koncentracji. Artykuł obejmuje analizę i komentarz podjętego przez TSUE rozstrzygnięcia. Ponadto, zaprezentowany zostanie wpływ

* Aplikant radcowski III roku w Okręgowej Izbie Radców Prawnych w Warszawie; prawnik w kancelarii Modzelewska & Paśnik; e-mail: aneta.sakowicz@modzelewskapasnik.pl, <https://orcid.org/0000-0001-8697-4487>.

wyroku na późniejszą praktykę decyzyjną Komisji Europejskiej. Wreszcie, w celu podsumowania, zostaną także zaproponowane wynikające z rozstrzygnięcia TSUE wnioski dla przyszłej praktyki w ramach transakcji M&A.

Słowa kluczowe: *gun jumping*; kontrola koncentracji; obowiązek zawieszenia koncentracji.

JEL: K21

I. Informacje wstępne

1. Informacje o wyroku

W dniu 31 maja 2018 r. piąta izba TSUE wydała wyrok w sprawie C-633/16 *Ernst & Young P/S przeciwko Konkurrencerådet*¹. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożył duński sąd gospodarczy i morski – *Sø- og Handelsretten* (dalej: sąd odsyłający), który rozpoznawał skargę o stwierdzenie nieważności wniesioną przez Ernst & Young P/S na decyzję duńskiego organu ochrony konkurencji – rady ds. konkurencji *Konkurrencerådet* (dalej: duński organ). W decyzji tej stwierdzono, że z jednej strony Ernst & Young P/S, Ernst & Young Europe LLP, Ernst & Young Godkendt Revisionsaktieselskab i Ernst & Young Global Limited oraz EYGS LLP (dalej łącznie: EY), a z drugiej – KPMG Statsautoriseret Revisionspartnerselskab Komplementarselskabet af 1. januar 2009 Statsautoriseret Revisionsaktieselskab i KPMG Ejendomme Flintholm K/S (dalej łącznie: KPMG DK) naruszyły zakaz wprowadzenia koncentracji w życie przed jej zatwierdzeniem przez duński organ, ustanowiony w § 12c ust. 5 duńskiej ustawy antymonopolowej (*konkurrencelov*).

Powyższy wyrok zasługuje na uwagę i analizę, ponieważ w jego ramach TSUE dokonał wykładni istotnego z punktu widzenia praktyki kontroli koncentracji zakresu obowiązku zawieszenia koncentracji (tzw. *standstill obligation*). Ponadto TSUE poruszył także aspekt antykonkurencyjnej współpracy przedsiębiorców na etapie poprzedzającym wprowadzenie w życie koncentracji. Omawiany wyrok TSUE jest zatem ciekawy z punktu widzenia szeroko rozumianej praktyki *gun jumping*, która od kilku lat niezmiennie stanowi przedmiot szczególnego zainteresowania Komisji Europejskiej (KE) oraz krajowych organów ochrony konkurencji.

2. Obowiązek zawieszenia koncentracji

Obowiązek zawieszenia koncentracji (*standstill obligation*) zakłada, że koncentracja nie może zostać wprowadzona w życie przed jej zatwierdzeniem przez odpowiedni organ ochrony konkurencji. Obowiązek ten istnieje zarówno na gruncie unijnego systemu kontroli koncentracji, jak i w porządkach prawnych tych państw, których system kontroli koncentracji również opiera się na modelu kontroli prewencyjnej². Obowiązek zawieszenia koncentracji razem z obowiązkiem zgłoszenia zamiaru koncentracji stanowią fundament unijnego systemu kontroli koncentracji i umożliwiają KE przeprowadzanie efektywnej uprzedniej kontroli koncentracji (Alomar, Moonen, Navea i Redondo, 2009). Zapewnienie efektywnej uprzedniej kontroli koncentracji jest również

¹ Wyr. TSUE z 31.05.2018 r. w sprawie C-633/16 *Ernst & Young P/S przeciwko Konkurrencerådet*, ECLI:EU:C:2018:371; zob. też opinię rzecznika generalnego Nilsa Wahla z 18.01.2018 r., ECLI:EU:C:2018:23.

² Podobny obowiązek istnieje także w USA, Brazylii, Niemczech czy Francji, ale nie jest przewidziany we Włoszech, na Litwie czy w Wielkiej Brytanii.

celem postulowanym w ramach samego rozporządzenia nr 139/2004³. Możliwość wprowadzenia koncentracji w życie przed uzyskaniem zgody KE mogłaby na późniejszym etapie utrudnić wdrożenie odpowiednich środków zaradczych, niezbędnych w celu zapobieżenia zagrożeniom dla konkurencji (Alomar, Moonen, Navea i Redondo, 2009).

Ramy prawne dla obowiązku zawieszenia koncentracji w prawie unijnym wyznacza art. 7 ust. 1 rozp. 139/2004, który stanowi, że koncentracja nie zostaje wprowadzona w życie ani przed jej zgłoszeniem, ani do czasu uznania jej za zgodną ze wspólnym rynkiem w drodze decyzji lub upływu terminu na wydanie stosownej decyzji przez KE. Unijny system kontroli koncentracji przewiduje dodatkowo w art. 7 ust. 3 rozp. 139/2004 możliwość odstąpienia przez KE na uzasadniony wniosek przedsiębiorcy od obowiązku zawieszenia koncentracji.

Występująca obecnie złożoność stosunków gospodarczych powoduje, że w obrocie gospodarczym pojawiają się coraz bardziej złożone i rozciągnięte w czasie wieloetapowe transakcje koncentracyjne (Błachucki, 2012). Wobec obowiązków notyfikacji oraz zawieszenia koncentracji kwestią absolutnie kluczową jest, w przypadku koncentracji mającej wymiar unijny, precyzyjne określenie, które czynności podejmowane w związku z planowaną koncentracją mogą naruszyć ww. obowiązki. W praktyce będzie się to sprowadzało do odpowiedzi na pytanie, które czynności stanowią jeszcze samo przygotowanie transakcji (niewymagające notyfikacji i oczekiwania na uzyskanie zgody na koncentrację), a w którym momencie możemy już mówić o czynnościach wprowadzających transakcję w życie (wymagające uzyskania zgody na koncentrację). Należy zaznaczyć, że sam przepis art. 7 ust. 1 rozp. 139/2004 nie precyzuje zakresu obowiązku zawieszenia koncentracji i wyłącznie na podstawie samego jego brzmienia nie można stwierdzić w jakich okolicznościach koncentrację należy uznać za wprowadzoną w życie.

3. Naruszenie obowiązku zawieszenia koncentracji jako przejaw *gun jumping*

Określenie *gun jumping* nie jest pojęciem normatywnym pojawiającym się w jakimkolwiek akcie prawnym. Powyższe określenie, które w wolnym tłumaczeniu oznacza po prostu falstart, przyjęło się w praktyce i doktrynie prawa konkurencji dla określania zachowań przedsiębiorców biorących udział w koncentracji, które są podejmowane bezpośrednio przed koncentracją i które mogą mieć wpływ na konkurencję. W ujęciu wąskim oznacza faktyczne sprawowanie kontroli nad przejmowaną przedsiębiorcą przed uzyskaniem zgody koncentracyjnej od organu antymonopolowego, z kolei w szerszym ujęciu może obejmować również praktyki dwustronne uczestników koncentracji mogące prowadzić do koordynacji działań rynkowych (Bolecki, 2013, s. 263). Jako kategorie czynności mogących stanowić przejawy *gun jumping* wymienia się przykładowo: wymianę informacji, przedwczesną integrację struktury organizacyjnej, przenoszenie uprawnień zarządczych, koordynację działań rynkowych czy przenoszenie ryzyka biznesowego (Modrall i Ciullo, 2003).

Z punktu widzenia kwalifikacji prawnej *gun jumping* w węższym znaczeniu może stanowić z jednej strony naruszenie obowiązku zawieszenia koncentracji, a jeśli dodatkowo transakcja nie zostanie zgłoszona, również naruszenie obowiązku notyfikacyjnego. Naruszenie powyższych obowiązków (choćbyby nieumyślne) może oznaczać dla przedsiębiorców ryzyko nałożenia wysokich

³ Zobacz m.in. motyw 34 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.

kar finansowych. W takich przypadkach zgodnie z art. 14 ust. 2 lit. a) i b) rozp. 139/2004 kary finansowe nakładane przez KE mogą wynieść nawet do 10% łącznego obrotu przedsiębiorców. Jak wskazują przykłady z praktyki w przypadku łącznego naruszenia obowiązku notyfikacyjnego i obowiązku zawieszenia koncentracji KE traktuje powyższe jako dwa, odrębne naruszenia i nakłada za każde z nich odrębne kary⁴.

Z kolei *gun jumping* w szerszym znaczeniu może być kwalifikowany jako naruszenie zakazów praktyk ograniczających konkurencję z art. 101 TFUE. Nakładana przez KE kara może wynieść do 10% obrotu każdego z przedsiębiorców uczestniczącego w praktyce.

4. Dotychczasowe podejście KE do zakresu obowiązku zawieszenia koncentracji

Przed wydaniem wyroku w sprawie *Ernst & Young P/S przeciwko Konkurrenserådet*, KE nałożyła dosyć znaczące kary za naruszenie przez przedsiębiorców obowiązku zawieszenia koncentracji. W sprawie *Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône*, KE nałożyła karę w wysokości 20 mln EUR na Electrabel⁵, z kolei w sprawie *Marine Harvest/Morpol* KE nałożyła kary w łącznej wysokości 20 mln EUR na Marine Harvest (10 mln EUR naruszenie obowiązku zawieszenia koncentracji oraz 10 mln EUR za naruszenie obowiązku notyfikacyjnego)⁶. W każdej z tych spraw KE uznała, że dla wprowadzenia w życie koncentracji wystarczy nabycie odpowiednio 49,95% (w przypadku sprawy *Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône*) oraz 48,5% (w przypadku sprawy *Marine Harvest/Morpol*) kapitału zakładowego przejmowanych spółek. Z uwagi bowiem na szczególne okoliczności faktyczne i prawne, takie jak przykładowo rozproszenie pozostałej części akcjonariatu czy niska frekwencja na zgromadzeniach akcjonariuszy, już pakiety w takiej wysokości dawały przejmującym spółkom możliwość wywierania wpływu na działalność spółek przejmowanych. Decyzje KE zostały podtrzymane również po weryfikacji sądów unijnych⁷. W ramach przedmiotowych spraw kwestionowane były jednak głównie kwestie związane z karami, a nie bezpośrednio kwestie związane z samym naruszeniem. W związku z powyższym wyroki nie formułowały żadnych wskazówek co do sposobu wykładni zakresu obowiązku *standstill*.

KE przedstawiła swoje podejście do zakresu obowiązku zawieszenia koncentracji w ramach stanowiska złożonego w postępowaniu przed TSUE w sprawie *Ernst & Young P/S przeciwko Konkurrenserådet*. Postulując konieczność zapewnienia skutecznej kontroli koncentracji *ex ante*, KE wskazała, że dla uznania, iż dane działanie stanowi wprowadzenie w życie koncentracji zgodnie z art. 7 ust. 1 rozp. 139/2004 nie jest konieczne, aby działanie to stanowiło, w całości lub w części, pod względem prawnym lub faktycznym, część procesu prowadzącego do faktycznej zmiany kontroli. KE stoi na stanowisku, że częściowe wprowadzenie połączenia może wystąpić między innymi w odniesieniu do czynności, które: (1) składają się z czynności przygotowawczych w toku procedury prowadzącej do zmiany kontroli lub (2) umożliwiają stronie obejmującej kontrolę uzyskanie wpływu na strukturę lub zachowanie rynkowe przejmowanego przedsiębiorstwa, lub (3) w inny sposób wyprzedzają skutki połączenia lub w istotny sposób wpływają na panujące

⁴ Prawdopodobnie takiego podejścia KE potwierdził ostatnio TSUE w wyroku z 4.03.2020 r. w sprawie C-10/18 P *Marine Harvest przeciwko Komisji*, ECLI:EU:C:2020:149.

⁵ Dec. KE z 10.06.2009 w sprawie COMP/M.4994 – *Electrabel/ Compagnie Nationale du Rhône*.

⁶ Dec. KE z 23.07.2014 w sprawie COMP/M.7184 – *Marine Harvest/Morpol*.

⁷ Wyr. Sądu z 12.12.2012 r. w sprawie T-332/09 *Electrabel przeciwko Komisji*, EU:T:2012:672; wyr. TSUE z 3.07.2014 r. w sprawie C-84/13 P *Electrabel/Komisja*, EU:C:2014:2040; wyr. Sądu z 26.10.2017 r., w sprawie T-704/14 *Marine Harvest/Komisja*, EU:T:2017:753; wyr. TSUE z 4.03.2020 r. w sprawie C-10/18 P *Marine Harvest/Komisja*, ECLI:EU:C:2020:149.

warunki konkurencji⁸. Jak wynika z powyższego, przed wydaniem wyroku przez TSUE przyjmowana przez KE interpretacja zakresu obowiązku *standstill* była bardzo szeroka. Co więcej, tak rozumiany zakres obowiązku nie podlegał weryfikacji sądowej.

II. Stan faktyczny i prawny

1. Stan faktyczny

KPMG DK i EY były firmami audytorskimi prowadzącymi w Danii działalność w zakresie usług rewizji finansowej i usług księgowych. KPMG DK była członkiem międzynarodowej sieci samodzielnych firm audytorskich – KPMG International Cooperative (dalej: KPMG International). KPMG DK nie była wprawdzie strukturalnie włączona do sieci KPMG International, niemniej związek pomiędzy przedsiębiorstwami stanowiło porozumienie o współpracy, na mocy którego KPMG DK dysponowała wyłącznym prawem do pozostawania członkiem KPMG International w Danii i do używania w tym państwie znaków towarowych KPMG International w celach marketingowych. Porozumienie ustanawiało również dobrowolną i zintegrowaną współpracę między firmami audytorskimi uczestniczącymi w sieci, działającymi na podstawie wspólnych norm i procedur, które w stosunkach z klientami przedstawiały się jako części globalnej sieci, mimo że każdy z nich był autonomicznym i niezależnym przedsiębiorstwem z punktu widzenia prawa konkurencji.

W dniu 18 listopada 2013 r. KPMG DK oraz EY zawarły porozumienie w przedmiocie koncentracji. KPMG DK w celu koncentracji z EY miała wycofać się ze KPMG International, w związku z czym w dniu podpisania porozumienia w przedmiocie koncentracji wypowiedziała porozumienie o współpracy z KPMG International ze skutkiem od dnia 30 września 2014 roku.

Strony postępowania były zgodne co do tego, że koncentracja nie ma wymiaru wspólnotowego w rozumieniu rozp. 139/2004, powinna być przedmiotem zgłoszenia do duńskiego organu oraz że jej wykonanie było uzależnione od jego wcześniejszej zgody. Koncentracja została zgłoszona w dniu 13 grudnia 2013 r. do duńskiego organu. Decyzją z dnia 17 grudnia 2014 r. duński organ stwierdził, że KPMG DK, wypowiadając KPMG International porozumienie o współpracy w dniu 18 listopada 2013 r., tj. zanim duński organ zezwolił na koncentrację, naruszyła zakaz uprzedniego wprowadzania w życie koncentracji, przewidziany duńską ustawą antymonopolową. W uzasadnieniu duński organ wskazał, że wypowiedzenie porozumienia o współpracy było związane z połączeniem, nieodwracalne oraz mogło powodować skutki na rynku w okresie pomiędzy wypowiedzeniem a zatwierdzeniem koncentracji.

W dniu 1 czerwca 2015 r. EY zwróciła się do sądu odsyłającego ze skargą o stwierdzenie nieważności zaskarżonej decyzji, kwestionując w szczególności przyjętą przez duński organ interpretację zakazu uprzedniego wprowadzania w życie koncentracji oraz podstawy zaskarżonej decyzji.

2. Właściwość TSUE i pytania prejudycjalne

Kluczowym przepisem w przedmiotowej sprawie stał się art. 7 ust. 1 rozp. 139/2004, w odniesieniu do którego sąd duński uznał, że jego wykładnia budzi wątpliwości i mając to na względzie postanowił zawiesić postępowanie i skierować do TSUE wnioski o wydanie orzeczenia

⁸ Pkt 42 opinii rzecznika generalnego Wahla.

w trybie prejudycjalnym. Związek z prawem unijnym w przedmiotowej sprawie wynikał z faktu, że prace przygotowawcze nad duńską ustawą wskazywały, iż zamiarem ustawodawcy duńskiego było zharmonizowanie krajowego prawa konkurencji w zakresie kontroli koncentracji z prawem unijnym. Co więcej, duńskie przepisy krajowe opierają się co do zasady na rozp. 139/2004, w szczególności par. 12c ust. 5 duńskiej ustawy antymonopolowej wprowadza zakaz zawierania wszelkich transakcji związanych z koncentracją, zanim zostanie ona zgłoszona lub zatwierdzona przez właściwe organy, a zatem zakaz ten jest co do zasady identyczny z zakazem przewidzianym w art. 7 ust. 1 rozp. 139/2004. Wszelkie powyższe względy przemawiały za tym, że duńskie przepisy dotyczące kontroli koncentracji powinny być interpretowane w świetle rozporządzenia EUMR. Wreszcie duński organ odwoływał się w zaskarżonej decyzji do praktyki decyzyjnej KE oraz do orzecznictwa sądów unijnych.

Sformułowane we wniosku pytania sądu odsyłającego zmierzały do ustalenia czy art. 7 ust. 1 rozp. 139/2004 należy interpretować w ten sposób, że koncentracji dokonuje się w drodze jednej transakcji, która w całości lub częściowo, pod względem prawnym lub faktycznym, przyczynia się do zmiany w kontroli przejmowanego przedsiębiorstwa. W szczególności sąd odsyłający usiłował ustalić czy wypowiedzenie porozumienia o współpracy – w okolicznościach, takich jak w rozpatrywanej sprawie – może być uważane za powodujące wprowadzenie w życie koncentracji i czy w tym kontekście ma znaczenie, czy takie wypowiedzenie pociąga za sobą skutki rynkowe.

III. Rozstrzygnięcie TSUE

Przechodząc do odpowiedzi na pytania zawarte we wniosku prejudycjalnym, TSUE dokonał wykładni zakresu obowiązku zawieszenia koncentracji zawartego w art. 7 ust. 1 rozp. 139/2004. TSUE wskazał, iż w celu określenia zakresu tego obowiązku należy w pierwszej kolejności wziąć pod uwagę definicję pojęcia „koncentracji” zawartą w art. 3 rozp. 139/2004⁹. Zgodnie z tym przepisem uznaje się, że koncentracja występuje, w przypadku gdy trwała zmiana kontroli wynika z łączenia się dwóch lub więcej wcześniej samodzielnych przedsiębiorstw lub części przedsiębiorstw lub przejęcia przez jedną lub więcej osób już kontrolujących co najmniej jedno przedsiębiorstwo lub przez jedno lub więcej przedsiębiorstw, bezpośredniej lub pośredniej kontroli nad całym lub częścią jednego lub więcej innych przedsiębiorstw, przy czym podstawę kontroli stanowią prawa, umowy lub jakiegokolwiek inne środki dające możliwość wywierania decydującego wpływu na przedsiębiorstwo. Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że mając na uwadze brzmienie powyższego przepisu oraz cele realizowane przez rozp. 139/2004, obowiązek zawieszenia koncentracji należy interpretować jako zakaz zawierania przez strony koncentracji jakichkolwiek transakcji przyczyniających się do długotrwałej zmiany kontroli nad przejmowanym przedsiębiorstwem¹⁰. Powyższe, zdaniem TSUE, obejmuje zarówno koncentracje przeprowadzane w ramach jednolitej transakcji, jak i koncentracje wieloetapowe przeprowadzane za pomocą kolejnych, częściowych transakcji¹¹. TSUE wskazał jednak jednocześnie, że transakcje, które są wprawdzie przeprowadzane w kontekście koncentracji (mają w stosunku do niej charakter pomocniczy lub przygotowawczy), jednak nie są konieczne do uzyskania zmiany kontroli nad przedsiębiorstwem, którego koncentracja

⁹ Pkt 44 wyr.

¹⁰ Pkt 46 wyr.

¹¹ Pkt 47–48 wyr.

dotyczy, nie wchodzą w zakres art. 7 rozp. 139/2004¹². Przy określeniu, które transakcje stanowią wprowadzenie w życie koncentracji kluczowe jest zatem przesądzenie czy dana transakcja przyczynia się do trwałej zmiany kontroli. Ponadto, TSUE podkreślił, że z punktu widzenia kwalifikacji transakcji jako wprowadzenia w życie koncentracji nie ma znaczenia czy taka transakcja może powodować skutki rynkowe¹³. W kontekście powyższego TSUE zasygnalizował, że nie można wykluczyć, iż transakcja niepowodująca żadnych skutków na rynku może jednak przyczynić się do zmiany kontroli nad przejmowanym przedsiębiorstwem¹⁴. Podsumowując swoje rozważania dotyczące zakresu obowiązku zawieszenia koncentracji, TSUE stwierdził, że art. 7 ust. 1 rozp. 139/2004 należy interpretować w ten sposób, iż koncentrację wprowadza się w życie wyłącznie w drodze pojedynczej transakcji, która w całości lub częściowo, pod względem prawnym lub faktycznym, przyczynia się do zmiany w kontroli nad przejmowanym przedsiębiorstwem¹⁵.

Trybunał wskazał ponadto, iż czynności uczestniczących w koncentracji przedsiębiorców, które nie przyczyniają się do zmiany w kontroli, mogą zostać ewentualnie zakwalifikowane jako naruszenie zakazu porozumień ograniczających konkurencję określonego w art. 101 TFUE, jeśli mogą prowadzić do antykonkurencyjnej współpracy między przedsiębiorstwami¹⁶.

Odpowiadając wreszcie na pytanie, czy wypowiedzenie przez KPMG DK porozumienia o współpracy może zostać uznane za powodujące wprowadzenie w życie koncentracji, TSUE wskazał, że nawet jeśli owo wypowiedzenie pozostawało w warunkowym powiązaniu z rozpatrywaną koncentracją i może mieć w stosunku do niej charakter pomocniczy i przygotowawczy, nie zmienia to jednak faktu, że nie przyczynia się ono jako takie do trwałej zmiany kontroli przejmowanego przedsiębiorstwa i to niezależnie od tego czy takie wypowiedzenie spowodowało skutki rynkowe¹⁷. W drodze tego wypowiedzenia EY nie uzyskała bowiem możliwości wywierania jakiegokolwiek wpływu na KPMG DK, która pozostawała niezależna z punktu widzenia prawa konkurencji zarówno przed, jak i po wspomnianym rozwiązaniu umowy¹⁸.

IV. Analiza i komentarz

1. Test „przyczynienia się do zmiany kontroli”

Wobec dotychczasowego braku wytycznych co do wykładni zakresu obowiązku zawieszenia koncentracji oraz rozszerzającej interpretacji przyjmowanej przez KE, z aprobatą należy odnieść się do próby dookreślenia przez TSUE zakresu obowiązku *standstill*. Na uznanie zasługuje w pierwszym rzędzie ograniczenie zakresu obowiązku zawieszenia koncentracji poprzez jego powiązanie z pojęciem „koncentracji”. Ustanowiony przez rozp. 139/2004 obowiązek odnosi się do zawieszenia koncentracji, a zatem jego wykładnia powinna być dokonywana przez pryzmat przyjętej w prawie unijnym definicji koncentracji, której zasadniczy człon stanowi przesłanka „trwałej zmiany kontroli”. W konsekwencji, wprowadzenie w życie koncentracji powinno obejmować

¹² Pkt 49 wyr.

¹³ Pkt 50 wyr.

¹⁴ Pkt 51 wyr.

¹⁵ Pkt 52 i 59 wyr.

¹⁶ Pkt 54–58 wyr.

¹⁷ Pkt 60 wyr.

¹⁸ Pkt 61 wyr.

nie tyle czynności, które są w jakikolwiek sposób powiązane z koncentracją, ale które faktycznie przyczyniają się do trwałej zmiany kontroli. Czynności, które w żaden sposób nie przyczyniają się do trwałej zmiany kontroli, nie powinny być kwalifikowane jako naruszenie obowiązku zawieszenia koncentracji. Nawet gdy takie czynności są powiązane z koncentracją i wywołują pewne skutki rynkowe, nie powinny być one objęte zakresem obowiązku *standstill*, ponieważ nie wprowadzają w życie koncentracji.

Przyjętemu przez TSUE testowi „przyczynienia się do trwałej zmiany kontroli” można zarzucić, że jest on ogólnikowy i mało precyzyjny. Należy jednak jednocześnie przychylić się do opinii wyrażonej również przez rzecznika generalnego, że szczegółowe określanie przez TSUE ogólnej i wyczerpującej listy kryteriów, mającej na celu ujęcie wszelkich możliwych czynności, jakie potencjalnie mogłyby podlegać obowiązkowi zawieszenia wprowadzenia koncentracji nie byłoby efektywne¹⁹. Z tego względu należy zaaprobować przyjętą przez TSUE klauzulę generalną zakładającą, iż ocena danej czynności powinna być dokonywana indywidualnie w każdej sprawie przy uwzględnieniu wszelkich relewantnych okoliczności stanu faktycznego.

Kwalifikacja niektórych czynności jako przyczyniających się do zmiany kontroli może okazać się problematyczna w praktyce. Niemniej test zaproponowany przez TSUE jest cenny z tego względu, że ogranicza całkowitą dowolność interpretacyjną KE i stwarza uczestnikom koncentracji pewną bezpieczną przystań. Przedsiębiorcy, których działania są kwestionowane przez KE jako naruszające obowiązek *standstill*, poprzez odwołanie się do testu zaproponowanego przez TSUE zyskują dodatkową możliwość obrony przed zarzutami KE. Posiłkując się testem „przyczynienia się do trwałej zmiany kontroli” można ponadto z pewną dozą prawdopodobieństwa określić, jakie rodzaje czynności generalnie będą naruszać obowiązek zawieszenia koncentracji, a jakie będą pozostawały poza jego zakresem. Jako przykład czynności uznanych przez TSUE za niewchodzące w zakres obowiązku można wymienić pomocnicze i przygotowawcze dla koncentracji, które nawet jeśli wywołują pewne skutki rynkowe, to jednocześnie w żaden sposób nie wpływają na zmianę kontroli. Na gruncie sprawy zawisłej przed TSUE za tego rodzaju czynność TSUE uznał wypowiedzenie porozumienia o współpracy przez KPMG DK i jak słusznie zauważył TSUE, pomimo wywołania pewnych skutków rynkowych (odejście od KPMG DK dotychczasowych klientów), samo w sobie nie przyczyniło się jeszcze do uzyskania przez EY kontroli nad KPMG DK. Jednakże czynności, które pozwolą jednemu przedsiębiorcy na sprawowanie prawnej czy faktycznej kontroli nad innym przedsiębiorcą, w przypadku ich wystąpienia w okresie przed uzyskaniem zgody KE, będą najprawdopodobniej uznane za wchodzące w zakres obowiązku *standstill*.

2. Rozgraniczenie pomiędzy art. 7 rozporządzenia 139/2004 oraz art. 101 TFUE

Za bardzo istotny element wyroku należy także uznać podkreślenie przez TSUE istnienia rozgraniczenia pomiędzy art. 7 ust. 1 rozp. 139/2004 a art. 101 ust. 1 TFUE. Słusznie wskazuje się, że art. 7 ust. 1 rozp. 139/2004 powinno się traktować jako *lex specialis* w stosunku do art. 101 ust. 1 TFUE (Wilson, 2018). Wszelkie wyniki z koncentracji ograniczenia konkurencji nie powinny być traktowane każdorazowo jako skutek naruszenia obowiązku zawieszenia koncentracji. Niektóre ograniczenia konkurencji mogą bowiem być nie tyle wynikiem uprzedniego przejęcia kontroli, ile wynikać z antykonkurencyjnej współpracy przedsiębiorców na etapie poprzedzającym

¹⁹ Pkt 44 opinii rzecznika generalnego Wahla.

przejęcie kontroli. Komisja powinna w takich przypadkach wykazać, że czynność spełnia wszelkie przesłanki z art. 101 ust. 1 TFUE. Dla zakazania antykonkurencyjnej współpracy pomiędzy uczestnikami koncentracji KE powinna wykazać, że wskazane czynności ograniczają konkurencję oraz charakteryzują się antykonkurencyjnym celem lub skutkiem. Możliwość kwalifikacji wszelkich czynności przedsiębiorców związanych z koncentracją jako naruszenie obowiązku zawieszenia koncentracji dawałoby KE zupełnie nieuprawnioną możliwość uniknięcia wykazywania przesłanek koniecznych do stwierdzenia praktyk ograniczających konkurencję.

Z drugiej strony, podkreślenie przez TSUE istnienia rozgraniczenia pomiędzy art. 7 rozp. 139/2004 oraz 101 TFUE może skutkować zaostrzeniem podejścia KE do innych niż przedwcześnie wprowadzenie koncentracji w życie przejawów *gun jumping*. Powyższe będzie miało dwojakie skutki. Z jednej strony w przypadku równoczesnego stwierdzenia przedwczesnego wprowadzenia w życie koncentracji oraz równoczesnego występowania innych przejawów *gun jumping* (np. w postaci wymiany wrażliwych informacji czy koordynowania działań rynkowych) KE będzie mogła nakładać niezależne kary za każde z tych naruszeń. Z drugiej zaś – tego rodzaju przejawy *gun jumping* będą mogły być sankcjonowane również w przypadkach, gdy koncentracja finalnie nie dojdzie do skutku. W powyższym kontekście należy również zwrócić uwagę na termin przedawnienia dla praktyk ograniczających konkurencję, który sprawia, że antykonkurencyjna wymiana informacji związana z transakcją koncentracyjną będzie mogła być sankcjonowana nawet jeszcze jakiś czas po uzyskaniu zgody na koncentrację i jej wprowadzeniu w życie czy też odstąpieniu od niej (Modrall i Ciullo, 2003).

V. Wpływ na praktykę decyzyjną KE

1. Sprawa *Altice/PT Portugal*

Niecały miesiąc po wydaniu wyroku w sprawie *Ernst & Young P/S przeciwko Konkurrenserådet*, w dniu 24 kwietnia 2018 r. KE nałożyła karę w rekordowej wysokości 124,5 mln EUR na Altice za naruszenie obowiązku zawieszenia koncentracji w ramach transakcji przejęcia kontroli nad PT Portugal²⁰. Zakwestionowane przez KE czynności obejmowały: (1) postanowienia umowy sprzedaży skutkujące przyznaniem Altice prawa do wywierania decydującego wpływu na PT Portugal, przykładowo w postaci prawa weta w stosunku do decyzji odnoszących się do bieżącej działalności operacyjnej PT Portugal; (2) w niektórych przypadkach Altice faktycznie wywierała decydujący wpływ na pewne aspekty działalności PT Portugal, przykładowo udzielając instrukcji w zakresie prowadzenia kampanii marketingowych oraz pozyskując szczegółowe, wrażliwe informacje o PT Portugal wykraczające poza ramy zawartych umów o poufności.

W przedmiotowej decyzji KE nie odniosła się wprost do wskazanego w wyroku TSUE w sprawie *Ernst & Young P/S przeciwko Konkurrenserådet* „testu przyczynienia się do zmiany kontroli”, co należy wiązać ze zbyt krótkim okresem, jaki upłynął od wydania wyroku. Niemniej należy jednocześnie zauważyć, że formułując zarzuty w stosunku do podjętych przez Altice czynności, KE posłużyła się pojęciem „wywierania decydującego wpływu”, który na gruncie utrwalonego orzecznictwa unijnego stanowi substrat sprawowania kontroli. Stąd wydaje się, że przynajmniej

²⁰ Dec. KE z 24.04.2018 w sprawie COMP/M.7993– *Altice/PT Portugal*.

pośrednio, KE poprzez powiązanie czynności podjętych przez Altice z uzyskaniem możliwości wywierania decydującego wpływu na PT Portugal, zastosowała jednak w przedmiotowej sprawie zaproponowany przez TSUE test. Zakwestionowane przez KE czynności skutkujące uzyskaniem przez Altice możliwości wywierania decydującego wpływu należałoby uznać jako mieszczące się w zakresie kategorii czynności przyczyniających się do zmiany kontroli, do której nawiązał TSUE w wyroku w sprawie *Ernst & Young P/S przeciwko Konkurrenserådet*.

2. Sprawa *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation*

Z kolei w dniu 27 czerwca 2019 r. KE nałożyła kary w łącznej wysokości 28 mln EUR na Canon za wprowadzenie w życie koncentracji polegającej na przejęciu kontroli nad Toshiba Medical Systems Corporation (dalej: TMSC) przed uzyskaniem zgody KE²¹. W tej sprawie strony zastosowały dosyć często stosowaną w ramach transakcji koncentracyjnych związanych z obrotem papierami wartościowymi dwuetapową transakcję opartą na mechanizmie tzw. przechowania lub parkowania (*warehousing/parking*)²². W pierwszym etapie transakcji, który został zrealizowany jeszcze przed notyfikacją transakcji KE, nabywca tymczasowy nabył 95% akcji w kapitale TMSC za cenę 800 dolarów, podczas gdy Canon zapłacił 5,28 biliona dolarów za nabycie pozostałych 5% akcji oraz praw opcji w stosunku do 95% akcji nabytych przez nabywcę tymczasowego. Na drugim etapie, który został zrealizowany po uzyskaniu od KE zgody na koncentrację, Canon uzyskał 100% akcji TMSC, korzystając z prawa opcji i wykupując od nabywcy tymczasowego pozostałe 95% akcji. KE uznała, że już pierwszy etap stanowił „częściowe wprowadzenie w życie koncentracji” (*partial implementation*) i jako taki powinien podlegać notyfikacji.

W ramach przedmiotowej decyzji KE po raz pierwszy w praktyce zastosowała postulowane już wcześniej w swoich wytycznych surowe podejście do transakcji opartych na *warehousingu*²³. Co więcej, w tym wypadku KE już w sposób bezpośredni odwołała się także do analizowanego wyroku w sprawie *Ernst & Young P/S przeciwko Konkurrenserådet*²⁴. Powołując się na pkt 59 wyroku, zgodnie z którym „koncentrację wprowadza się w życie wyłącznie w drodze pojedynczej transakcji, która w całości lub częściowo, pod względem prawnym lub faktycznym, przyczynia się do zmiany w kontroli nad przejmowanym przedsiębiorstwem”, KE wskazała, że również transakcje, które tylko w sposób „częściowy” przyczyniają się do zmiany kontroli wchodzą w zakres obowiązku zawieszenia koncentracji określonego w EUMR. Z kolei w ramach scenariusza transakcji opartej na *warehousingu* KE wskazuje, że już samo wprowadzenie w życie pierwszego etapu transakcji co do zasady prowadzi do wprowadzenia w życie koncentracji. Dzieje się tak dlatego, że dwa etapy transakcji są ze sobą mocno i nierozzerwalnie powiązane. Pierwszy etap w postaci tymczasowego nabycia wykazuje bezpośrednie powiązanie funkcjonalne z wprowadzeniem w życie koncentracji i jest on niezbędny dla osiągnięcia zmiany kontroli u przejmowanego przedsiębiorcy. Z tego względu KE stoi na stanowisku, że już tymczasowe nabycie przyczynia się (przynajmniej częściowo) do zmiany kontroli u przejmowanego przedsiębiorcy²⁵.

²¹ Dec. KE z 27.06.2019 w sprawie COMP/M.8179 – *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation*.

²² W ramach takiej transakcji tzw. tymczasowy nabywca nabywa w imieniu docelowego nabywcy udziały/akcje przejmowanego przedsiębiorcy, aby następnie, po pewnym czasie, odsprzedać je docelowemu nabywcy.

²³ Zob. pkt 35 Skonsolidowanego obwieszczenia Komisji dotyczącego kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. UE 2008 C 95/01).

²⁴ Zob. pkt 81–94 dec. KE.

²⁵ Pkt 93 i 94 dec. KE.

Jak zatem widać na przykładzie przedmiotowej decyzji KE, wyrok w sprawie *Ernst & Young P/S przeciwko Konkurrencerådet* w dalszym ciągu pozostawia KE duży zakres interpretacji zakresu obowiązku zawieszenia koncentracji. Przedstawione w tej sprawie podejście KE, w przyszłości spotka się zapewne z weryfikacją samego TSUE, jak bowiem wynika z doniesień prasowych, Canon zapowiedział złożenie odwołania od decyzji.

VI. Podsumowanie i wnioski

W pierwszej kolejności należy wskazać, że analizowany wyrok TSUE nie rozstrzyga wszelkich wątpliwości związanych z zakresem obowiązku zawieszenia koncentracji. O ile określony w wyroku test „przyczynienia się do zmiany kontroli” może stanowić pewną wskazówkę interpretacyjną, o tyle należy stwierdzić, że będzie on przydatny głównie przy czynnościach, które z dużą dozą prawdopodobieństwa będą mogły zostać uznane za nieprzyczyniające się do zmiany kontroli. Należy jednak pamiętać, że wyznaczone przez TSUE granice w dalszym ciągu dają KE duży zakres swobody interpretacyjnej. W przypadku bardziej skomplikowanych, wieloetapowych transakcji odpowiedź na pytanie czy dana czynność „przyczynia się do zmiany kontroli” może okazać się niejednoznaczna. W takich przypadkach przydatność testu może okazać się ograniczona. W związku z powyższym duża część czynności może w dalszym ciągu znajdować się w tzw. szarej strefie, a ich podjęcie będzie w dalszym ciągu wiązało się z ryzykiem ich zakwestionowania przez KE. Powyższe wątpliwości i obawy zdaje się potwierdzać praktyka decyzyjna KE po wydaniu wyroku. KE, stosując wypracowany przez TSUE test „przyczynienia się do zmiany kontroli”, w dalszym ciągu dosyć szeroko interpretuje zakres obowiązku zawieszenia koncentracji. Być może kolejne wyroki TSUE doprowadzą do dalszego zawężenia zakresu obowiązku *standstill*. W szczególności pożądanym byłoby dookreślenie przez TSUE istotnego z punktu widzenia wieloetapowych koncentracji pojęcia „częściowego wprowadzenia w życie koncentracji”. W powyższym zakresie interesujące może być ewentualne rozstrzygnięcie TSUE w sprawie *Canon/Toshiba Medical Systems Corporation*.

Mając na uwadze opisane powyżej względy, należy w dalszym ciągu zalecać ostrożne podejście do czynności podejmowanych w okresie pomiędzy zgłoszeniem a wydaniem zgody na koncentrację. Jako niewchodzące w zakres obowiązku zawieszenia koncentracji będą uznawane bowiem tylko te czynności, co do których można z wystarczającą dozą prawdopodobieństwa stwierdzić, że w żaden sposób nie przyczyniają się do zmiany kontroli.

Po drugie, w świetle orzeczenia TSUE należy również pamiętać, iż przesądzenie w danym przypadku, że dana czynność nie wchodzi w zakres obowiązku *standstill* nie przesądza jeszcze o jej dopuszczalności na gruncie unijnych reguł konkurencji. Taka czynność może bowiem wchodzić w zakres zakazów praktyk ograniczających konkurencję. Jak wyraźnie podkreślił TSUE w swoim wyroku, w ramach koncentracji przedsiębiorców problematyczne może być nie tylko zbyt wczesne przejście kontroli – kwalifikowane jako naruszenie obowiązku zawieszenia transakcji, lecz także czynności przygotowawcze skutkujące koordynacją działań uczestników transakcji – kwalifikowane jako naruszenie zakazu porozumień ograniczających konkurencję. W tym zakresie zakazy praktyk ograniczających konkurencję stanowią uzupełnienie obowiązku zawieszenia koncentracji. Należy zatem pamiętać, że wszelkie podejmowane w związku z koncentracją czynności muszą być badane dwutorowo, tj. zarówno przez pryzmat obowiązku *standstill*, jak i mając na względzie ogólne zakazy praktyk ograniczających konkurencję.

Bibliografia

- Alomar, B., Moonen, S., Navea, G. i Redondo, P. (2009). Electrabel/CNR: the importance of the standstill obligation in merger proceedings. *Competition Policy Newsletter*, 3, 58–60. Pozyskano z: https://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2009_3_11.pdf (05.05.2020).
- Błachucki, M. (2012). *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców*. Warszawa: Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów.
- Bolecki, A. (2013). *Wymiana informacji między konkurentami w ocenie organów ochrony konkurencji*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego.
- Gotts, I.K. (red.). (2015). *The merger control review*. Law Business Research Ltd.
- Hull, D. i Gordley, C. (2018). *Gun Jumping in Europe: An Overview of EU and National Case Law*. e-Competitions Gun jumping. °85642. Pozyskano z: <https://www.concurrences.com/en/bulletin/special-issues/gun-jumping/gun-jumping-in-europe-an-overview-of-eu-and-national-case-law> (05.05.2020).
- Modrall, J. (2017, październik). *The EU gets tough on gun jumping*. *Competition World* (wyd. 3), s. 9–12. Pozyskano z: <https://www.nortonrosefulbright.com/de-de/wissen/publications/de169d97/the-eu-gets-tough-on-gun-jumping> (05.05.2020).
- Modrall, J. i Ciullo, S. (2003). Gun jumping and EU Merger Control. *European Competition Law Review*, 9, 424–430. Pozyskano z: <https://www.clearygottlieb.com/~media/organize-archive/cgsh/files/publicationpdfs/gun-jumping-and-eu-merger-control.pdf> (05.05.2020).
- Wessely, T., Schubert, S, Chapman, A., Wilson, T. i McGrath, T. (2018). *The ECJ provides welcome guidance on the stand-still obligation in mergers*. Kluwer Competition Law Blog. Pozyskano z: http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2018/06/05/ecj-provides-welcome-guidance-stand-still-obligation-mergers/?doing_wp_cron=1591096839.1757988929748535156250 (05.05.2020).
- Wilson, T. (2018). *Altice: Commission Guidance on Gun-Jumping*. Kluwer Competition Law Blog. Pozyskano z: http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2018/07/31/altice-commission-guidance-gun-jumping/?doing_wp_cron=1591446239.0913391113281250000000.