

Aleksandra Mariak*

Naruszenie obowiązku zawieszenia koncentracji (*gun jumping*) w praktyce decyzyjnej Komisji Europejskiej i orzecznictwie unijnym

Spis treści

- I. Informacje wstępne
- II. Obowiązek notyfikacji i zawieszenia koncentracji w unijnym prawie konkurencji
 1. Ramy prawne
 2. Konsekwencje przedwczesnego dokonania koncentracji
- III. *Gun jumping* w praktyce decyzyjnej KE i sądów unijnych
 1. *Ineos/Kerling*
 2. *Bertelsmann/Kirch/Premiere*
 3. *Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône*
 4. *Marine Harvest/Morpol*
 5. *Canon i Altice*
 6. *Ernst & Young v Konkurrenserådet*
- IV. Wnioski
 1. Zakres obowiązku zawieszenia koncentracji
 2. Polityka karania *gun jumping*u
 3. Wnioski *de lege ferenda*

Streszczenie

Celem artykułu jest przedstawienie zagadnienia *gun jumping*u w aktualnej praktyce decyzyjnej KE i orzecznictwie unijnym. W pierwszej kolejności nakreślony został ogólny zarys prawnokonkurencyjnych obowiązków ciążyących na uczestnikach koncentracji w okresie poprzedzającym wydanie decyzji o zgodności koncentracji z rynkiem wewnętrznym. Następnie zaprezentowano omówienie dorobku decyzyjnego KE i orzecznictwa sądów unijnych dotyczącego *gun jumping*u. Na tej podstawie prezentowane są wnioski, co do zakresu obowiązku powstrzymania się z dokonaniem koncentracji przed uzyskaniem zgody oraz aktualnej praktyki karania *gun jumping*u przez KE. W zakończeniu artykułu wskazano też na możliwe rozwiązania zwiększające pewność prawną przedsiębiorstw w zakresie *gun jumping*u.

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

JEL: K21

* Aplikantka adwokacka II roku w Izbie Warszawskiej; prawnik w kancelarii Modzelewska & Paśnik; e-mail: aleksandra.mariak@modzelewskapasnik.pl.

I. Informacje wstępne

W języku angielskim wyrażenie *to jump the gun* oznacza „zbyt się z czymś pośpieszyć” (Summers, 1990, s. 596). Pochodzące od tej frazy określenie *gun jumping* jest używane w praktyce do określenia naruszenia polegającego na przedwczesnym wprowadzeniu w życie koncentracji bez uzyskania wymaganej zgody antymonopolowej (Koppenfels, 2012, s. 581; Modrall i Ciullo, 2003, s. 424). W szerszym znaczeniu pojęcie to odnosi się również do działań polegających na integracji uczestników koncentracji w okresie poprzedzającym wydanie decyzji antymonopolowej, np. poprzez wymianę wrażliwych informacji handlowych, wywieranie wpływu na działalność operacyjną czy też odwoływanie lub powoływanie członków organów przejmowanego przedsiębiorstwa (Koppenfels, 2012, s. 581). Na gruncie prawa unijnego, pojęcie to stosuje się w sytuacji naruszenia dwóch fundamentalnych obowiązków statuujących prewencyjny system kontroli koncentracji: obowiązku notyfikacji koncentracji i obowiązku zawieszenia koncentracji do czasu wydania przez Komisję Europejską (dalej: KE) decyzji o jej zgodności ze wspólnym rynkiem. Celem tych obowiązków jest powstrzymanie przedsiębiorstw od dokonania koncentracji zbyt szybko, zanim unijny organ konkurencji dokona stosownej oceny oraz ograniczenie ryzyka, że koncentrację, która nie zostanie zatwierdzona przez KE, trzeba będzie *ex post* odwrócić.

Przedstawione w artykule zagadnienie jest aktualne, ponieważ w ostatnim czasie zainteresowanie KE w zakresie egzekwowania *gun jumping*u znacząco wzrosło. Potwierdzają to decyzje nakładające wysokie grzywny z tytułu przedwczesnego dokonania koncentracji w sprawach *Electrabel*¹ i *Marine Harvest*², a także zarzuty przedstawione w 2017 roku przez KE dwóm przedsiębiorstwom w związku z podejrzeniem naruszenia obowiązku powstrzymania się z dokonaniem koncentracji do czasu wydania decyzji³. Analiza skromnego, jak dotąd, dorobku KE w zakresie *gun jumping*u wskazuje, że stosowanie zasady zawieszenia koncentracji oraz ustalenie zakresu działań objętych tym obowiązkiem jest problematyczne. Oczywistym jest, że zamknięcie transakcji i przeniesienie własności przejmowanego przedsiębiorstwa na nabywcę, jak również wywieranie decydującego wpływu na przejmowane przedsiębiorstwo stanowią dokonanie koncentracji. Natomiast inne formy koordynacji uczestników koncentracji pozostają w szarej strefie (Christensen, Fountoukakos, i Sjöblom, 2007, s. 544). Dla przedsiębiorstw oznacza to brak pewności co do tego, jakie działania stanowią dozwolone planowanie połączenia, a jakie mogą być już uznane za zakazane przedwczesne wdrażanie koncentracji (Werner, Clerckx i Barre de la, 2018, s. 143). W tym kontekście celem artykułu jest określenie, w jaki sposób interpretowane i karane jest naruszenie obowiązku zawieszenia koncentracji w prawie unijnym.

II. Obowiązek notyfikacji i zawieszenia koncentracji w unijnym prawie konkurencji

Unijny model kontroli koncentracji opiera się na uprzedniej kontroli koncentracji, których uczestnicy spełniają określone progi obrotowe. Badanie *ex ante* skutków planowanej koncentracji umożliwia KE przeciwdziałanie powstaniu nadmiernej koncentracji oraz nieodwracalnych

¹ Dec. KE z 10.06.2009 w sprawie COMP/M.4994 – *Electrabel/ Compagnie Nationale du Rhône*.

² Dec. KE z 23.07.2014 w sprawie COMP/M.7184 – *Marine Harvest/Morpol*.

³ Zob. komunikat prasowy KE z 18.05.2017, nr IP/17/1368. Pozyskano z: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1368_en.htm (19.03.2018) i komunikat KE z 6.07.2017, nr IP/17/1924. Pozyskano z: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1924_en.htm (19.03.2018).

w skutkach i trwałych szkód dla skutecznej konkurencji. Realizację prewencyjnego modelu kontroli koncentracji umożliwiają dwa powiązane obowiązki nałożone na przedsiębiorstwa: nakaz zgłoszenia koncentracji oraz zakaz jej dokonania do czasu wydania zgody. Z punktu widzenia prowadzonego wywodu istotne jest zatem przybliżenie ram prawnych statuujących te obowiązki oraz wskazanie, jakie konsekwencje dla przedsiębiorstw wynikają z naruszenia tych obowiązków.

1. Ramy prawne

Art. 4 ust. 1 rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (dalej: EUMR)⁴ stanowi, że przedsiębiorstwa zobowiązane są do zgłoszenia KE koncentracji o wymiarze wspólnotowym przed ich wykonaniem. Oznacza to, że zgłoszeniu podlega intencja przeprowadzenia koncentracji, a nie fakt jej dokonania. Z kolei art. 7 ust. 1 EUMR przewiduje obowiązek powstrzymania się przed wprowadzaniem w życie (dokonaniem) koncentracji do czasu uznania jej przez KE za zgodną ze wspólnym rynkiem albo upływem czasu, w jakim decyzja powinna być wydana (*standstill obligation*)⁵. Przepis ten ma więc skutek zawieszający, a strony nie mogą w tym czasie zamknąć transakcji ani podejmować działań mogących stanowić dokonanie koncentracji (Christensen, Fountoukakos, i Sjöblom, 2007, s. 544).

Obowiązki te mają zapobiec sytuacji, w której koncentracja zostanie dokonana bez uprzedniej oceny przez KE i jednocześnie ograniczyć ryzyko podejmowania środków restytucyjnych, gdyby koncentracja została następnie zakazana. Z perspektywy przedsiębiorstw naturalne jest dążenie do jak najszybszego zamknięcia transakcji, a obowiązek zawieszenia koncentracji może negatywnie wpływać na strukturę i czas dokonania koncentracji (Depoortere i Lelart, s. 105).

EUMR przewiduje wyjątki od tej reguły dla koncentracji dokonywanych w formie oferty publicznej lub serii zakupów papierów wartościowych od różnych sprzedawców, pod warunkiem niezwłocznego zgłoszenia takiej koncentracji i niewykonywania przez nabywcę prawa głosu związanego z papierami wartościowymi⁶. Celem tego wyjątku jest zapewnienie płynności rynków giełdowych oraz ochrona oferentów przed nieprzewidzianymi naruszeniami obowiązku zawieszenia koncentracji. KE ma ponadto uprawnienie do przyznania odstępstwa od obowiązku *standstill* w uzasadnionych przypadkach; odstępstwo może dotyczyć tylko niektórych czynności (*partial derogation*), jak również być uzależnione od spełnienia obowiązku lub warunku⁷. Jak wynika z praktyki decyzyjnej KE, potwierdzonej w orzecznictwie unijnym, wskazane powyżej wyjątki interpretowane są ściśle⁸, a KE rzadko przyznaje odstępstwo od obowiązku zawieszenia koncentracji⁹.

⁴ Dz. Urz. UE z 2004 r., L 24.

⁵ Warto wskazać, że poprzednio obowiązujące Rozporządzenie Rady (EWG) nr 4064/89 z dnia 21.12.1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. UE z 1989 r. L 395; „EUMR z 1989 r.”) stanowiło, że obowiązek zawieszenia koncentracji trwa przez pierwsze trzy tygodnie po zgłoszeniu koncentracji. KE mogła w określonych przypadkach wydłużyć czas trwania tego obowiązku (art. 7 ust. 1 i 2 EUMR z 1989 r.).

⁶ Art. 7 ust. 2 EUMR.

⁷ Art. 7 ust. 3 EUMR.

⁸ Zob. orzeczenie Sądu z dnia 26.10.2017 w sprawie T-704/14 *Marine Harvest ASA v Komisja Europejska* ECLI:EU:T:2017:753, pkt 200 i 201 oraz orzeczenia tam przywołane.

⁹ W okresie 21.09.1990–28.02.2018 r. KE przyznała zwolnienie z obowiązku zawieszenia koncentracji w 121 decyzjach. Zob. statystyki dotyczące kontroli koncentracji opublikowane na stronie KE (stan na dzień 28.02.2018 r.). Pozyskano z: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf> (13.03.18).

2. Konsekwencje przedwczesnego dokonania koncentracji

Dokonanie koncentracji bez uzyskania zgody antymonopolowej może spowodować konsekwencje na trzech płaszczyznach.

Po pierwsze, najbardziej dolegliwe sankcje występują w przypadku, gdy przedwcześnie dokonana koncentracja narusza konkurencję w takim stopniu, że przedsiębiorstwa nie uzyskałyby zgody na jej przeprowadzenie (w przyjętym kształcie). Na gruncie EUMR ważność koncentracji dokonanej z naruszeniem obowiązku *standstill* jest uzależniona od następczego wydania zgody na dokonanie takiej koncentracji¹⁰. Jeżeli zgoda nie zostanie wydana, transakcja jest nieważna (Christensen, Fountoukakos i Sjöblom, 2007, s. 544). Sankcja nieważności wynikająca z EUMR ma bezpośredni skutek w prawie cywilnym państw członkowskich (Koppenfels, 2012, s. 583). W przypadku gdy doszło do naruszenia obowiązku zawieszenia koncentracji, KE ma możliwość przedsięwzięcia środków tymczasowych niezbędnych w celu odbudowy lub utrzymania warunków skutecznej konkurencji¹¹. Takie środki mogą polegać np. na zapewnieniu, że prawo głosu z nabytych udziałów nie będzie wykonywane do czasu wydania decyzji antymonopolowej. Natomiast w przypadku stwierdzenia, że koncentracja została już dokonana i jednocześnie została ona uznana za niezgodną ze wspólnym rynkiem, unijny organ ochrony konkurencji może nakazać rozwiązanie koncentracji, a gdy nie jest to możliwe – podjęcie innych stosownych środków zmierzających do przywrócenia stanu sprzed dokonania koncentracji¹².

Po drugie, w przypadku stwierdzenia umyślnego bądź nieumyślnego dokonania koncentracji bez uzyskania wymaganej zgody, KE może nałożyć na przedsiębiorstwo przejmujące kontrolę grzywnę w wysokości do 10% łącznego obrotu uzyskanego w poprzednim roku. Wymiar maksymalnej grzywny jest więc taki sam, jak w przypadku najcięższych naruszeń prawa konkurencji, takich jak np. kartele. Co istotne, KE traktuje naruszenie obowiązku zgłoszenia koncentracji odrębnie od obowiązku zawieszenia koncentracji. W praktyce, w przypadku stwierdzenia naruszenia obowiązku notyfikacji (art. 4 ust. 1 EUMR), KE może nałożyć skumulowaną grzywnę również z tytułu naruszenia art. 7 ust. 1 EUMR (naruszenie obowiązku zawieszenia koncentracji) na podstawie art. 14 ust. 2 lit a i b EUMR. Dopuszczalność zasądzenia skumulowanej grzywny potwierdził Sąd w wyroku *Marine Harvest*¹³. W zakresie ram czasowych egzekwowania tych naruszeń wskazać należy, że do naruszenia art. 4 ust. 1 EUMR stosuje się termin przedawnienia 3-letni, natomiast do naruszenia art. 7 ust. 1 termin 5-letni¹⁴. Naruszenie obowiązku zgłoszenia traktowane jest jako naruszenie jednorazowe, a naruszenie obowiązku *standstill* jest naruszeniem ciągłym, które trwa do czasu uznania koncentracji za zgodną ze wspólnym rynkiem¹⁵.

Po trzecie, do czasu wprowadzenia w życie koncentracji jej uczestnicy pozostają niezależnymi podmiotami na rynku. Oznacza to, że w tym czasie łączące się przedsiębiorstwa powinny powstrzymać się przed wymianą wrażliwych informacji handlowych w zakresie szerszym niż ten niezbędny do przeprowadzenia koncentracji (Bolecki, 2013, s. 265). W orzecznictwie unijnym

¹⁰ Art. 7 ust. 4 EUMR. Przepis ten stanowi, że sankcja nieważności nie dotyczy transakcji nabycia instrumentów finansowych dopuszczonych do obrotu, jeżeli strony transakcji nie wiedziały o naruszeniu obowiązku zawieszenia koncentracji.

¹¹ Art. 8 ust. 5 EUMR.

¹² Art. 8 ust. 4 EUMR.

¹³ Wyr. Sądu w sprawie *Marine Harvest v KE*, pkt 344 i 372.

¹⁴ Ibidem, pkt 353; wyr. Sądu z 12.12.2012 w sprawie T-332/09 – *Electrabel v KE*, ECLI:EU:T:2012:672, pkt 206.

¹⁵ Wyr. Sądu z 12.12.2012 w sprawie *Electrabel v KE*, pkt 212; wyr. Sądu z w sprawie *Marine Harvest v KE*, pkt. 304.

wskazuje się, że w określonych przypadkach wymiana informacji pomiędzy konkurentami może być kwalifikowana jako antykonkurencyjna praktyka, jeżeli eliminuje niepewność co do planowanego zachowania przedsiębiorstw¹⁶. Z tego względu zaangażowanie uczestników horyzontalnej koncentracji – formalnie nadal ze sobą konkurujących – w wymianę strategicznych informacji przed uzyskaniem zgody antymonopolowej może spotkać się z zarzutem naruszenia zakazu określonego w art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TFUE)¹⁷.

III. *Gun jumping* w praktyce decyzyjnej KE i sądów unijnych

KE wydała dotychczas 4 decyzje stwierdzające dokonanie koncentracji bez uprzedniego uzyskania wymaganej zgody, z czego dwie decyzje wydane były w latach 1998 i 1999¹⁸. Jednocześnie znane są przypadki, w których KE stwierdziła naruszenie obowiązku zawieszenia koncentracji lub badała możliwość wystąpienia takiego naruszenia, lecz nie zdecydowała się na wszczęcie postępowania w sprawie nałożenia grzywny¹⁹. Orzecznictwo unijne w zakresie *gun jumping*u jest bardzo skromne. Rzecznik generalny Nils Wahl w sprawie 633/16 – *Ernst & Young v Konkurrenserådet* wskazał, że brak kontroli sądowej TSUE nad zakresem obowiązku zawieszenia koncentracji, „(...) pozwolił Komisji wykonywać działalność regulacyjną w sposób pozbawiony weryfikacji”²⁰.

1. *Ineos/Kerling*

KE przeprowadziła niezapowiedzianą inspekcję w drugiej fazie postępowania w sprawie koncentracji *Ineos/Kerling*²¹ w związku z podejrzeniem *gun jumping*u. Koncentracja polegała na nabyciu przez Ineos Grup Limited (dalej: Ineos) wyłącznej kontroli nad konkurencyjną spółką Kerling ASA. Podejrzenia KE dotyczyły możliwości wpływania przez Ineos na organ zarządzający przejmowanej spółki poprzez powoływanie członków tego organu i dawanie im instrukcji. Dodatkowo KE przypuszczała, że strony koncentracji mogły wymieniać między sobą wrażliwe informacje²². Podczas inspekcji KE nie znalazła jednak dowodów, które potwierdziłyby naruszenie obowiązku zawieszenia koncentracji.

2. *Bertelsmann/Kirch/Premiere*

W tej sprawie koncentracja polegała na utworzeniu wspólnego przedsiębiorstwa przez spółki należące do dwóch koncernów medialnych – Bertelsmann i Kirch. W założeniu, każdy koncern miał podwyższyć swój udział w istniejącej już spółce Premiere (dostawcy płatnej telewizji) do 50% udziałów. Utworzone przez koncerty wspólne przedsiębiorstwo Premiere miało być pierwszym cyfrowym kanałem płatnej telewizji w Niemczech, wykorzystującym technologię dekoderek cyfrowych udostępnioną przez Kirch. Przed zgłoszeniem koncentracji KE, Premiere rozpoczęła używanie

¹⁶ Wyr. Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE) z dnia 04.06.2009 w sprawie C8/08 – *T-Mobile Netherlands BV i inni*, ECLI:EU:C:2009:343, pkt 43.

¹⁷ Wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE z 2012 C 326.

¹⁸ Dec. KE z 18.02.1998 w sprawie IV/M.920- *Samsung/AST*; dec. KE z 10.02.1999 w sprawie IV/M.969 - *A.P. Møller*.

¹⁹ Zob. np. następujące dec. KE: z 21.09.2007 w sprawie COMP/M.4730 – *Yara/Kemira/GrowHow*, pkt 7; z 19.10.2011 w sprawie COMP/M.6106 – *Caterpillar/MWM*, pkt 14 i z 03.07.2001 w sprawie COMP/JV.55 – *Hutchison/RCPM/ECT*, pkt 7 i 8.

²⁰ Opinia rzecznika generalnego Nilsa Wahla z 18.01.2018 w sprawie C-633/16 – *Ernst & Young P/S v Konkurrenserådet*, ECLI:EU:C:2018:23, pkt 43.

²¹ Dec. KE z 30.01.2008 w sprawie COMP/M.4734 – *Ineos/Kerling*.

²² Zob. stanowisko UE z 25.02.2014 przedstawione Komitetowi Konkurencji OECD w sprawie „Investigations of consummated and non-notifiable mergers”, nr DAF/COMP/WP3/WD(2014)19, s. 6. Pozyskano z: http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2014_feb_mergers_investigations_en.pdf (15.03.2018).

dekodera Kirch w celu świadczenia usług cyfrowych oraz przeprowadzała akcje marketingowe dotyczące dekodera cyfrowego wśród odbiorców²³. W oficjalnym komunikacie KE ostrzegła strony transakcji, że jej zdaniem takie działania stanowią częściowe wprowadzenie koncentracji w życie (*partial implementation*), sprzeczne z obowiązkiem zawieszenia koncentracji. Zdaniem KE, wspólne akcje marketingowe dekodera były nierozzerwalnie związane z zamierzoną transakcją, a używanie dekodera cyfrowego przez Premiere świadczyło o połączeniu cyfrowej działalności koncernów Bertelsmann i Kirch. Pomimo stwierdzenia częściowego dokonania koncentracji przed wydaniem decyzji, KE nie zdecydowała się na nałożenie na strony transakcji grzywny z tytułu naruszenia obowiązku zawieszenia koncentracji. KE nie stwierdziła również, aby działanie przedsiębiorstw naruszyło zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję (choć koncerny Bertelsmann i Kirch konkurowały ze sobą). Ostatecznie KE uznała omawianą koncentrację za niezgodną z rynkiem wewnętrznym²⁴.

3. *Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône*

W tej sprawie naruszenie obowiązku zawieszenia koncentracji dotyczyło nabycia kontroli na podstawie faktycznej. W latach 2001–2003 Electrabel SA (dalej: Electrabel), spółka należąca wówczas do francuskiej grupy Suez aktywnej w sektorze elektroenergetycznym, podwyższała swój udział w kapitale zakładowym Compagnie Nationale du Rhône (dalej: CNR), przedsiębiorstwie działającym w zakresie wytwarzania i sprzedaży energii elektrycznej. Koncentracja została zgłoszona KE w marcu 2008 r., a następnie uznana za zgodną ze wspólnym rynkiem. W decyzji wydanej rok później KE stwierdziła, że Electrabel w istocie przejęła wyłączną kontrolę nad CNR już w grudniu 2003 r. oraz nałożyła na Electrabel grzywnę w wysokości 20 milionów euro za przedwczesne wprowadzenie w życie koncentracji z naruszeniem art. 7 ust. 1 EUMR z 1989 r.²⁵.

W uzasadnieniu decyzji KE zwróciła uwagę, że od 23 grudnia 2003 r. Electrabel była największym akcjonariuszem CNR (49,95% kapitału zakładowego) i choć nie posiadała bezwzględnej większości głosów, to biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne i prawne, Electrabel mogła być pewna, że od tego czasu dysponowała *de facto* bezwzględną większością głosów na zgromadzeniu CNR. Analiza KE obejmowała ocenę struktury akcjonariatu i praw głosu przysługujących największym akcjonariuszom CNR, a także obecności i zachowania akcjonariuszy podczas walnych zgromadzeń w latach poprzednich. Na wstępie KE obliczyła, że udziały posiadane przez Electrabel zapewniałyby akcjonariuszowi na walnych zgromadzeniach w latach 2000–2003 co najmniej 66,4% praw głosu²⁶. Zablokowanie Electrabel wymagało bardzo wysokiej frekwencji, co biorąc pod uwagę wskaźnik obecności akcjonariuszy w latach ubiegłych, było wysoce nieprawdopodobne. Analiza KE wykazała ponadto, że akcjonariat był bardzo rozproszony, a pomiędzy akcjonariuszami nie istniała „wspólnota interesów”, która uzasadniałaby ich jednomyślne głosowanie. Ponadto, zgodnie z umową spółki i umową akcjonariuszy zawartą z drugim największym akcjonariuszem CNR, Electrabel miała możliwość powoływania większości członków zarządu

²³ Komunikat prasowy KE z 1.12.1997, nr IP/97/1062. Pozyskano ze strony: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-97-1062_en.htm?locale=en (15.03.2018).

²⁴ Dec. KE z 27.05.1998 w sprawie IV/M.993 – *Bertelsmann/Kirch/Premiere*.

²⁵ Dec. KE w sprawie *Electrabel*. Kara, choć nominalnie wysoka, była bliska dolnej granicy – stanowiła bowiem zaledwie 0,04% obrotu grupy Suez w 2007 r. Zob. wyr. Sądu w sprawie *Electrabel v KE*, pkt 225.

²⁶ Dec. KE w sprawie *Electrabel*, pkt 45 oraz tabela nr 2 na s. 11 tej decyzji.

CNR (i jak wykazała KE, taka sytuacja miała miejsce, ponieważ od lipca 2003 r. dwóch z trzech członków zarządu powoływała Electrabel)²⁷.

Treść uzasadnienia decyzji wskazuje, że KE uznaje naruszenie obowiązku *standstill* za naruszenie o charakterze materialnym (ponieważ prowadzi ono do zmian strukturalnych w warunkach konkurencji)²⁸. W związku z tym możliwość nałożenia grzywny w analizowanej sprawie nie uległa przedawnieniu, bo w tym przypadku ma zastosowanie dłuższy, pięcioletni termin przedawnienia²⁹. W uzasadnieniu KE wskazała, że naruszenie obowiązku *standstill* jest z natury poważnym naruszeniem; kwalifikacji tej nie zmienia brak negatywnych skutków przedwcześnie dokonanej koncentracji dla konkurencji³⁰. Okoliczności łagodzące w omawianej sprawie dotyczyły dobrowolnego zgłoszenia naruszenia oraz współpracy z KE podczas postępowania.

Electrabel zaskarżyła analizowaną decyzję. Zarówno Sąd, jak i TSUE oddaliły w całości odwołania Electrabel³¹. Istotne punktu widzenia artykułu tezy przedstawione zostały w wyroku Sądu. Z uzasadnienia Sądu wynika, że w celu ustalenia faktycznej kontroli konieczne jest dokonanie prospektywnej analizy, przy uwzględnieniu danych z lat poprzednich. Przeciwny pogląd (tj. dokonywanie retrospektywnej analizy po upływie kilku lat od przejęcia znacznego pakietu udziałów) prowadziłby do ustanowienia systemu „faktycznej kontroli na próbę”, co byłoby sprzeczne z obowiązkiem uprzedniego zgłoszenia³². Sąd odrzucił argument Electrabel co do proceduralnego charakteru naruszenia i wskazał, że przedwczesne wprowadzenie w życie koncentracji w życie z naruszeniem art. 7 ust. 1 EUMR stanowi naruszenie, którego nie można uznać za czysto formalne (proceduralne)³³. Sąd podzielił ponadto opinię KE, zgodnie z którą zasada zawieszenia koncentracji ma podstawowe znaczenie dla systemu uprzedniej kontroli koncentracji, a jej naruszenie należy kwalifikować jako poważne³⁴. Sąd wskazał również, że grzywna nałożona na Electrabel była proporcjonalna do naruszenia ocenianego w sposób całościowy³⁵.

4. *Marine Harvest/Morpol*

Koncentracja dotycząca przejęcia kontroli przez Marine Harvest ASA (dalej: Marine Harvest), spółkę prowadzącą działalność w zakresie hodowli i przetwórstwa łososia, nad konkurencyjną spółką notowaną na giełdzie Morpol ASA (dalej: Morpol), była dwustopniowa. Najpierw Marine Harvest nabyła około 48,5% kapitału zakładowego Morpol od Friendmall Ltd. i Bazmonta Holding Ltd. (spółek kontrolowanych przez osobę fizyczną; dalej: inwestor). Bezpośrednio po nabyciu tych akcji, Marine Harvest skontaktowała się z KE w ramach procedury przedzgłoszeniowej i zapewniła, że nie będzie wykonywać prawa głosu z nabytych akcji do czasu wydania decyzji przez KE. Następnie Marine Harvest ogłosiła obowiązkową publiczną ofertę nabycia pozostałych udziałów Morpol. Koncentracja została zgłoszona KE już po nabyciu udziałów od inwestora. Po

²⁷ Ibidem, pkt 78 i 83.

²⁸ Ibidem, pkt 182.

²⁹ Ibidem, pkt 179. Zob. Art. 1 ust. 1 lit a i b rozporządzenia Rady EWG nr 2988/74 z dnia 26.11.1974 r. dotyczącego okresów przedawnień w postępowaniach i wykonywaniu sankcji zgodnie z regułami Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej dotyczącej transportu i konkurencji (Dz. Urz. UE z 1974 r. L 319).

³⁰ Dec. KE w sprawie *Electrabel*, pkt 188, 191 i 194.

³¹ Wyr. Sądu w sprawie *Electrabel v Komisja*; wyr. TSUE z 3.07.2014 w sprawie C-84/13 P – *Electrabel v KE*, ECLI:EU:C:2014:2040.

³² Wyr. Sądu w sprawie *Electrabel v KE*, pkt 48.

³³ Ibidem, pkt 206.

³⁴ Ibidem, pkt 235.

³⁵ Ibidem, pkt 283.

analizie sprawy KE powzięła poważne wątpliwości co do zgodności koncentracji ze wspólnym rynkiem, z uwagi na wysokie łączne udziały Marine Harvest i Morpol na rynku łososia szkockiego. Ostatecznie KE wydała zgodę na dokonanie koncentracji pod warunkiem zbycia części przedsiębiorstwa Morpol³⁶. W decyzji wydanej rok później KE stwierdziła naruszenie obowiązku notyfikacji i obowiązku zawieszenia koncentracji przez Marine Harvest i nałożyła na nią grzywnę w łącznej wysokości 20 milionów euro (10 milionów euro za naruszenie obowiązku określonego w art. 4 ust. 1 EUMR oraz 10 milionów euro za naruszenie art. 7 ust. 1 EUMR)³⁷.

W uzasadnieniu decyzji KE wskazała, że przed dokonaniem przedmiotowej koncentracji *de facto* wyłączną kontrolę nad Morpol sprawował inwestor za pośrednictwem spółek zależnych – Friendmall Ltd. i Bazmonta Holding Ltd.³⁸. Zdaniem KE, posiadane (pośrednio) przez inwestora akcje dawały mu możliwość uzyskania bezwzględnej większości na walnym zgromadzeniu akcjonariuszy i tym samym wywierania decydującego wpływu na Morpol³⁹. Wynikało to z frekwencji pozostałych akcjonariuszy na walnych zgromadzeniach Morpol w latach poprzednich (2010–2012) oraz rozproszonej struktury akcjonariatu. KE stwierdziła, że wskutek nabycia akcji od Friendmall Ltd. i Bazmonta Holding Ltd. Marine Harvest nabyła takie same prawa w Morpol, jakie wcześniej przysługiwały inwestorowi⁴⁰. Zdaniem KE, w przedmiotowej sprawie do oceny nabycia kontroli bez znaczenia był fakt, że Marine Harvest powstrzymała się z wykonaniem prawa głosu z nabytych akcji do czasu wydania przez KE zgody⁴¹. Z EUMR wynika bowiem, że dla ustalenia istnienia kontroli nie jest konieczne udowodnianie rzeczywistego wywierania decydującego wpływu na spółkę przejmowaną – koncentracja powstaje już poprzez samą możliwość wykonywania takich uprawnień.

Powstrzymanie się od wykonywania prawa głosu mogłoby natomiast być istotne dla wypełnienia przesłanek zwolnienia od obowiązku zawieszenia koncentracji w formie publicznej oferty nabycia akcji (art. 7 ust. 2 EUMR). W tym kontekście KE wyjaśniła, że ten wyjątek nie znajduje zastosowania w sytuacji, gdy znaczna część akcji zostaje nabyta od jednego sprzedawcy, gdy łatwo jest ustalić, że dany pakiet akcji zapewni wyłączną faktyczną kontrolę nad przejmowaną spółką⁴². Konsekwentnie, Marine Harvest nie mogła skorzystać z tego przepisu, gdyż nabyła kontrolę od jednego sprzedawcy (inwestora) w ramach jednej transakcji dokonanej jeszcze przed ogłoszeniem publicznej oferty.

Odnosząc się do kwestii grzywny, KE podtrzymała stanowisko przedstawione w decyzji w sprawie *Electrabel*, zgodnie z którym naruszenie obowiązków notyfikacji i zawieszenia koncentracji jest z natury poważnym naruszeniem⁴³. KE wskazała, że przedwczesne dokonanie koncentracji w przedmiotowej sprawie mogło negatywnie wpłynąć na konkurencję, ponieważ koncentracja budziła poważne obawy co do jej zgodności ze wspólnym rynkiem. KE wyjaśniła, że negatywne skutki połączenia mogły wystąpić pomimo niewykonywania przez Marine Harvest prawa głosu

³⁶ Dec. KE z 30.09.2013 w sprawie COMP/M.6850 – *Marine Harvest/Morpol*.

³⁷ Dec. KE z 23.07.2014 w sprawie COMP/M.7184 – *Marine Harvest/Morpol*. Kara, choć nominalnie wysoka, stanowiła ok. 1% obrotów Marine Harvest. Zob. wyr. Sądu w sprawie *Marine Harvest v KE*, pkt 606.

³⁸ Dec. KE w sprawie *Marine Harvest*, pkt 64.

³⁹ Zgromadzenie akcjonariuszy Morpol miało uprawnienie do podejmowania strategicznych decyzji, w tym wybierało członków zarządu. Decyzja KE w sprawie *Marine Harvest*, pkt 62.

⁴⁰ *Ibidem*, pkt 68.

⁴¹ *Ibidem*, pkt 82.

⁴² *Ibidem*, pkt 103.

⁴³ *Ibidem*, pkt 135–136.

z akcji Morpol (np. poprzez możliwość wpływu na rezygnację ze stanowiska dyrektora generalnego Morpol)⁴⁴. Jednocześnie KE zakwalifikowała niewykonywanie prawa głosu przez Marine Harvest jako okoliczność łagodzącą, która mogła ograniczyć antykonkurencyjne skutki naruszenia. Rozważając ostateczną wysokość grzywny KE wskazała, że kara powinna być odpowiednio wysoka, aby zapewnić odstraszący skutek, w szczególności z uwagi na to, że przedwcześnie dokonana koncentracja budziła poważne wątpliwości co do jej zgodności z rynkiem wewnętrznym⁴⁵.

Marine Harvest wniosła skargę o stwierdzenie nieważności powyższej decyzji. Sąd oddalił skargę Marine Harvest w całości⁴⁶. Dla niniejszych rozważań istotne są następujące tezy. Przede wszystkim Sąd potwierdził, że KE dokonała prawidłowej interpretacji wyjątku określonego w art. 7 ust. 2 EUMR⁴⁷. Z uwagi na to, że faktyczna kontrola została przejęta już wskutek nabycia akcji od inwestora, nie można, zdaniem Sądu, traktować później zrealizowanej publicznej oferty jako części jednolitej koncentracji⁴⁸. Istotne jest również rozstrzygnięcie zarzutów dotyczących wysokości kary. Porównując grzywnę nałożoną na Marine Harvest do tej nałożonej w sprawie *Electrabel*, Sąd wskazał, że ta pierwsza jest wyższa w ujęciu procentu obrotu z uwagi na następujące okoliczności: (i) Marine Harvest została ukarana za naruszenie dwóch obowiązków (notyfikacji i zawieszenia koncentracji) oraz (ii) przedwczesne wprowadzenie koncentracji miało poważniejszy charakter, gdyż przejęcie budziło poważne wątpliwości co do jego zgodności z rynkiem wewnętrznym⁴⁹. Sąd stwierdził również, że nie można uznać kary nałożonej na Marine Harvest za nieproporcjonalną⁵⁰. Marine Harvest wniosła przeciwko omawianemu wyrokowi odwołanie do TSUE; sprawa została zarejestrowana pod sygnaturą C-10/18P i oczekuje na rozpoznanie.

5. Canon i Altice

W 2017 roku KE poinformowała o przedstawieniu dwóm przedsiębiorstwom zarzutów w związku z podejrzeniem przedwczesnego wprowadzenia w życie koncentracji. Jak dotąd nie zostały opublikowane rozstrzygnięcia KE w tym zakresie. Przedstawiony w komunikatach prasowych KE stan faktyczny spraw może być jednak przydatny we wskazaniu takich zachowań przedsiębiorstw, które narażone są na ryzyko zarzutu *gun jumping*.

Pierwsza sprawa dotyczy możliwości wprowadzenia w życie koncentracji polegającej na przejęciu przez Canon Inc. (dalej: Canon) kontroli nad Toshiba Medical Systems Corporation (dalej: TMSC) z naruszeniem obowiązku notyfikacji i zawieszenia koncentracji. Analizowana transakcja stanowiła koncentrację dwuetapową w formie tzw. przechowania (*warehousing*). W tej sprawie KE wstępnie ustaliła, że Canon przejęła kontrolę już w pierwszym (niezgłoszonym) etapie, w którym nabyła tylko 5% akcji w kapitale zakładowym TMSC oraz prawo opcji na pozostałe akcje spółki przejmowanej znajdujące się w posiadaniu tymczasowego nabywcy⁵¹. Wskazać należy, że kwota, jaką zapłaciła Canon za niewielki procent akcji TMSC, znacznie przewyższała sumę zapłaconą za pozostałe akcje przez nabywcę tymczasowego.

⁴⁴ Ibidem, pkt 151.

⁴⁵ Ibidem, pkt 172 i 206.

⁴⁶ Wyr. Sądu w sprawie *Marine Harvest v KE*, pkt 646.

⁴⁷ Ibidem, pkt 68–83.

⁴⁸ Ibidem, pkt 229.

⁴⁹ Ibidem, pkt 595–598.

⁵⁰ Ibidem, pkt 608.

⁵¹ Zob. Informację prasową KE z 6.07.2017, nr IP/17/1924.

Druga sprawa dotyczy zarzutu przedwczesnego dokonania koncentracji polegającej na nabyciu przez Altice S.A. (dalej: Altice) wyłącznej kontroli nad PT Portugal SGPS S.A. (dalej: PT Portugal). Wstępnie KE ustaliła, że *gun jumping* w tej sprawie mógł polegać na wywieraniu przez Altice decydującego wpływu na PT Portugal na podstawie umowy nabycia udziałów w okresie poprzedzającym uzyskanie zgody na dokonanie koncentracji, np. w formie dawania poleceń co do sposobu prowadzenia negocjacji przez przejmowaną spółkę⁵². Zarzut KE obejmuje ponadto ujawnianie Altice wrażliwych informacji PT Portugal przed uzyskaniem zgody.

Warto dodać, że w 2016 r. francuski organ ochrony konkurencji nałożył na spółkę należącą do tej grupy Altice karę w wysokości 80 milionów euro z tytułu *gun jumping* w odniesieniu do dwóch koncentracji polegających na przejściu kontroli nad spółkami z sektora telekomunikacyjnego. W tych sprawach za działania naruszające obowiązek zawieszenia koncentracji w okresie przejściowym uznano: udział w zarządzaniu operacyjnym przejmowanej spółki (w tym np. udział w renegotjacji strategicznych umów, podejmowanie działań w zakresie polityki sprzedażowej i promocyjnej), „zacieśnianie więzi gospodarczych” (w tym negocjowanie i wspólne przygotowanie wdrożenia nowego produktu), a także wymianę strategicznych informacji⁵³.

6. *Ernst & Young v Konkurrenserådet*

Sprawa dotyczy pytania prejudycjalnego zadanego TSUE przez duński sąd w związku z rozpoznawaniem odwołaniem od decyzji duńskiego organu ochrony konkurencji stwierdzającej *gun jumping* w transakcji nabycia lokalnej spółki KPMG przez konkurencyjną spółkę Ernst & Young P/S (dalej: EY)⁵⁴. Duński organ uznał, że rozwiązanie przez lokalną spółkę KPMG umowy współpracy z globalną siecią KPMG w okresie poprzedzającym wydanie decyzji antymonopolowej, naruszało obowiązek zawieszenia koncentracji. Zasadniczo poprzez pytanie prejudycjalne sąd duński zwraca się o wyjaśnienie zakresu obowiązku *standstill* i określenie kryteriów pomocnych do oceny, jakie działania mogą być kwalifikowane jako naruszenie tego obowiązku. Wskazać przy tym należy, że duńska regulacja oparta jest na przepisach EUMR⁵⁵. Jak dotąd, w sprawie została opublikowana opinia rzecznika generalnego Nilsa Wahla, z której wynika, że organy ochrony konkurencji (KE i duński organ) opowiedziały się za rozszerzającą interpretacją obowiązku zawieszenia koncentracji, natomiast rzecznik generalny przedstawił wąską wykładnię tego obowiązku.

Zdaniem duńskiego organu, obowiązek zawieszenia koncentracji powinien obejmować wszystkie działania, które mogą ograniczyć lub utrudnić dokonanie skutecznej uprzedniej kontroli koncentracji⁵⁶. Duński organ przedstawił następujące kryteria, które należy brać pod uwagę przy kwalifikowaniu zachowania przedsiębiorstwa jako naruszenia obowiązku *standstill*: (i) związek z koncentracją; (ii) odwracalność skutków działania; (iii) możliwość wywołania skutków rynkowych⁵⁷. Podobne stanowisko w tej sprawie zajęła także KE, jej zdaniem naruszenie tego obowiązku może

⁵² Zob. Informację prasową KE z 18.05.2017, nr IP/17/1368 i przemówienie Komisarz M. Vestager wygłoszone w Bukareszcie w dniu 18.05.2018. Pozyskano z: https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-and-rule-law_en (27.03.2018). W przemówieniu Komisarz wskazała, że w okresie przejściowym „Altice zachowywała się tak, jakby już przejęła PT Portugal”.

⁵³ Zob. komunikat Autorité de la concurrence z 8.11.2016. Pozyskano z: http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=630&id_article=2900&lang=en (23.03.2018).

⁵⁴ Sprawa C-633/16 – *Ernst & Young P/S v Konkurrenserådet*.

⁵⁵ Opinia rzecznika generalnego Nilsa Wahla w sprawie *Ernst & Young P/S v Konkurrenserådet*, pkt 12.

⁵⁶ Ibidem, pkt 41.

⁵⁷ Ibidem, pkt 25 i 47.

powstać w wyniku częściowego dokonania koncentracji (*partial implementation*) wskutek podjęcia działań, które: (i) składają się z czynności przygotowawczych w toku procedury prowadzącej do zmiany kontroli lub (ii) umożliwiają stronie przejmującej kontrolę uzyskanie wpływu na strukturę lub zachowanie rynkowe przejmowanego przedsiębiorstwa, lub (iii) w inny sposób wyprzedzają skutki połączenia albo w istotny sposób wpływają na panujące warunki konkurencji⁵⁸.

Rzecznik generalny uznał, że podane przez organy ochrony konkurencji kryteria nie są przydatne przy ustalaniu zakresu obowiązku zawieszenia koncentracji. W celu zapewnienia pewności prawa odpowiednie byłoby raczej wskazanie czynności, które nie podlegają temu obowiązkowi (definicja negatywna)⁵⁹.

Z opinii rzecznika wynika, że obowiązek *standstill* powinien mieć zastosowanie do działań nierozzerwalnie związanych z pojęciem „koncentracji” zdefiniowanym w EUMR⁶⁰. Zdaniem rzecznika, szersza interpretacja prowadziłaby do rozciągnięcia tego obowiązku poza zakres zastosowania EUMR, a także wykraczałaby poza to, co jest niezbędne dla zapewnienia skutecznej kontroli połączeń⁶¹. Dodatkowo, w opinii przedstawione zostały dwa interesujące poglądy. Po pierwsze, rzecznik zgodził się z KE, że obowiązek zawieszenia koncentracji obejmuje również tzw. częściowe dokonanie koncentracji; rzecznik doprecyzował jednakże, że poza zakresem tego pojęcia powinny zostawać działania przygotowawcze i poprzedzające koncentrację⁶². Po drugie, skutki rynkowe wywołane przez działanie potencjalnie stanowiące przedwczesne wprowadzenie koncentracji w życie nie są, zdaniem rzecznika generalnego, istotne dla ustalenia, czy zachowanie to narusza obowiązek zawieszenia koncentracji⁶³.

Zaproponowana przez rzecznika definicja negatywna wskazuje, że poza zakresem art. 7 ust. 1 EUMR powinny pozostać zachowania przedsiębiorstw, które pomimo że są podjęte w związku z koncentracją, to poprzedzają i dają się oddzielić od działań faktycznie prowadzących do wywierania decydującego wpływu na przejmowane przedsiębiorstwo⁶⁴. W konsekwencji rzecznik stwierdził, że wypowiedzenie umowy o współpracy przez KPMG nie było objęte obowiązkiem zawieszenia koncentracji. Zdaniem rzecznika, wypowiedzenie umowy nie było działaniem nierozzerwalnie związanym z przeniesieniem kontroli i nie skutkowało przejściem przez EY kontroli nad KPMG⁶⁵. Ponadto pomimo wypowiedzenia umowy, EY i KPMG pozostali konkurentami.

IV. Wnioski

Omówione w artykule sprawy wskazują, że w praktyce występują trudności w stosowaniu zasady zawieszenia koncentracji, a zakres zachowań przedsiębiorstw objętych tym obowiązkiem nie jest jasny. Stan taki budzi wątpliwości, czy obowiązek ten jest faktycznie niezbędnym narzędziem kontroli koncentracji (Depoortere i Lelart, 2010, s. 118). Jak dotąd w praktyce nie wykształciła się „biała” ani „czarna” lista praktyk w zakresie *gun jumping* (Werner, Clerckx i Barre de la, 2018,

⁵⁸ Ibidem, pkt 42. Rzecznik wskazał, że duński organ ochrony konkurencji i KE zgodzili się, że poza zakresem obowiązku zawieszenia koncentracji powinny pozostać wewnętrzne działania przygotowawcze (niewywołujące skutków rynkowych). Zob. przypis 19 opinii.

⁵⁹ Ibidem, pkt 45.

⁶⁰ Ibidem, pkt 60–62.

⁶¹ Ibidem, pkt 68 i 69.

⁶² Ibidem, pkt 63.

⁶³ Ibidem, pkt 91.

⁶⁴ Ibidem, pkt 98.

⁶⁵ Ibidem, pkt 85–88.

s. 143). Wynika to przede wszystkim z niewielkiej liczby decyzji stwierdzających *gun jumping* oraz braku wytycznych KE w sprawie kryteriów oceny, czy działanie przedsiębiorstwa stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 EUMR. Niepewność wzmaga dodatkowo fakt, że zakres stosowania obowiązku zawieszenia koncentracji nie był, jak dotąd, weryfikowany przez sądy unijne. Dla przedsiębiorstw oznacza to trudność w określeniu, co stanowi dozwolone działanie z zakresu planowania połączenia, a jakie działanie uważane będzie już za *gun jumping*. Błędna ocena przedsiębiorstw może skutkować wysoką grzywną (*vide* sprawy *Electrabel* i *Marie Harvest*), której nakładanie oparte jest na szerokiej dyskrekcji KE. Przedstawione poniżej wnioski dotyczą określenia, jakie działania łączących się przedsiębiorstw mogą zostać uznane za przedwczesne dokonanie koncentracji i w jaki sposób KE ustala wysokość grzywnien za te naruszenia.

1. Zakres obowiązku zawieszenia koncentracji

Z oczywistym przypadkiem naruszenia obowiązku zawieszenia koncentracji mamy do czynienia w przypadku przejęć kapitałowych, które skutkują nabyciem kontroli nad przedsiębiorstwem przejmowanym (na podstawie prawnej i faktycznej). Potwierdzają to decyzje *Electrabel* i *Marine Harvest*, w których naruszenie obowiązku *standstill* było skutkiem przejęcia kontroli na podstawie faktycznej poprzez nabycie mniejszościowego pakietu udziałów. Trudność w stosowaniu obowiązku zawieszenia koncentracji w takich sytuacjach wynika z braku możliwości dokładnego określenia procentowej wartości udziałów, których nabycie byłoby bezpieczne. Decyzje w sprawach *Electrabel* i *Marine Harvest* podkreślają znaczenie przeprowadzania prognostycznej analizy, czy nabywany mniejszościowy pakiet udziałów może przyznawać *de facto* kontrolę. Z decyzji tych wynika ponadto, że ocena możliwości przejęcia kontroli powinna zawsze uwzględniać kryteria jakościowe, a nie czysto ilościowe⁶⁶. W tym kontekście warto również wskazać, że KE od kilku lat postuluje objęcie prewencyjną kontrolą mniejszościowych pakietów udziałów⁶⁷. Istotne jest również, że niewykonywanie prawa głosu z akcji zapewniających faktyczną kontrolę nie chroni przed zarzutem *gun jumping*, co wynika ze sprawy *Marine Harvest*.

Podstawę kontroli stanowią nie tylko udziały lub aktywa, lecz także umowy lub jakiegokolwiek inne środki, które dają możliwość wywierania decydującego wpływu na przedsiębiorstwo (art. 3 ust. 2 EUMR). Wywieranie decydującego wpływu na przejmowane przedsiębiorstwo jest również uznawane przez KE za *gun jumping*. W sprawach *Ineos/Kerling* i *Altice* podejrzenie przedwczesnego dokonania koncentracji dotyczyło wywierania wpływu poprzez powoływanie lub odwoływanie członków organów zarządzających przejmowanego przedsiębiorstwa, jak również dawania im instrukcji.

Jednocześnie, z działań podejmowanych przez KE w sprawach łączących się przedsiębiorstw wynika, że obowiązek *standstill* interpretowany jest szerzej i obejmuje swoim zakresem również czynności, które nie prowadzą do zmiany kontroli, lecz mogą stanowić tzw. częściowe wprowadzenie koncentracji w życie (*partial implementation*). Potwierdza to sprawa *Bertelsmann/Kirch/Premiere*, w której za naruszenie obowiązku *standstill* uznane zostało prowadzenie wspólnych akcji marketingowych przez strony joint venture. Zdaniem KE, takie działanie świadczyło o połączeniu

⁶⁶ Co jest zgodne ze Skonsolidowanym obwieszczeniem KE dotyczącym kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. UE z 2008 r. C 95), pkt 59–61.

⁶⁷ Zob. Białą Księgę KE „Towards more effective EU merger control” z 9.07.2017, COM(2014)449 final.

działalności uczestników transakcji, było nierozdzielnie związane z koncentracją i tym samym stanowiło częściowe dokonanie koncentracji. Ze stanowiska zajętego przez KE w sprawie *Ernst & Young v Konkurrenserådet* wynika, że unijny organ uznał za *gun jumping* rozwiązanie umowy o współpracy przez przedsiębiorstwo przejmowane, choć działanie to jedynie przygotowywało KPMG do fuzji z konkurencyjną spółką i nie skutkowało przejściem kontroli.

Sprawa *Ernst & Young v Konkurrenserådet* pokazuje, że zakres stosowania obowiązku zawieszenia koncentracji wymaga sprecyzowania. Wyrok wydany przez TSUE w tej sprawie będzie bardzo istotny, gdyż jako pierwszy wprost odniesie się do problematyki zakresu obowiązku powstrzymania się z dokonaniem koncentracji. Przedstawione przez KE w tej sprawie kryteria oceny, czy dane zachowanie narusza obowiązek określony w art. 7 ust. 1 EUMR, prowadzą do rozszerzającej interpretacji tego obowiązku, wykraczającej poza to, co jest niezbędne dla zapewnienia skutecznej kontroli koncentracji. Z perspektywy przedsiębiorstw, szerokie rozumienie tego obowiązku prowadziłoby do niepotrzebnych opóźnień w dokonaniu koncentracji. W związku z tym, w mojej ocenie, należy zgodzić się z rzecznikiem generalnym Nilsem Wahlem, że art. 7 ust. 1 EUMR powinien być interpretowany ściśle i obejmować tylko te czynności, które mogą skutkować przejściem kontroli nad przedsiębiorstwem przejmowanym.

Wydaje się również, że KE uznaje za naruszenie obowiązku *standstill* działania polegające na wymianie (jednostronnym udostępnianiu) wrażliwych informacji przed uzyskaniem wymaganej zgody. Wynika to z opisu wstępnych ustaleń KE w sprawie *Altice*. Ponadto podejrzenie podejmowania takich działań było powodem przeprowadzenia przez unijny organ niezapowiedzianej inspekcji w sprawie *Ineos/Kerling*. W tej sprawie jednakże KE nie wydała decyzji stwierdzającej naruszenia obowiązków wynikających z EUMR, co nie pozwala odpowiedzieć na pytanie, w jakim zakresie wymiana informacji pomiędzy uczestnikami koncentracji może stanowić *gun jumping*. Pewnych wskazówek w tym zakresie mogłaby dostarczać np. praktyka amerykańskich organów ochrony konkurencji, które egzekwują *gun jumping* w formie wymiany informacji (Bolecki, 2013, s. 268–272). Brak decyzji KE stwierdzających *gun jumping* w tej postaci sprawia, że przedsiębiorstwa powinny zwracać szczególną uwagę na zakres i rodzaj wymienianych informacji. W celu zmniejszenia ryzyka pomocne może być utworzenie specjalnego zespołu składającego się z doradców zewnętrznych (tzw. *clean team*), za pomocą którego przedsiębiorstwa będą wymieniać się wrażliwymi informacjami w toku połączenia (Modrall i Ciullo, 2003, s. 429).

2. Polityka karania *gun jumping*

Kary nakładane przez KE w omówionych sprawach *Electrabel* i *Marine Harvest* z tytułu przedwczesnego dokonania koncentracji były znaczące, a sądy rozpatrujące skargi spółek były powściągliwe i nie uznawały żądań o obniżenie grzywny. Maksymalna wysokość kary pieniężnej w przypadku naruszenia art. 7 ust. 1 EUMR wynosi 10% łącznego obrotu, która jest taka sama, jak w przypadku najpoważniejszych naruszeń konkurencji. Wskazuje to na zamiar prawodawcy unijnego, aby surowo karać naruszenia związane z przedwczesnym wdrożeniem koncentracji. Kary pieniężne nałożone na *Electrabel* i *Marine Harvest* znajdowały się znacznie poniżej przewidzianego progu i wynosiły odpowiednio ok. 0,04 i 1% obrotu przedsiębiorstw.

Kryteria brane pod uwagę przy ustalaniu wysokości grzywny określone są w art. 14 ust. 3 EUMR i obejmują rodzaj (charakter), ciężar (wagę) i czas trwania naruszenia. Odnośnie do przesłanki

rodzaju naruszenia, KE stoi na stanowisku, że przedwczesne dokonanie koncentracji jest z natury poważnym naruszeniem prawa konkurencji, które podważa efektywność *ex ante* systemu kontroli koncentracji, niezależnie od braku negatywnego wpływu połączenia na konkurencję⁶⁸. Wystąpienie skutku koncentracji dla rynku ma natomiast wpływ na określenie ciężaru naruszenia. W orzecznictwie unijnym ugruntowana linia orzecznicza stanowi, że wagę naruszenia ustala się na podstawie szeregu okoliczności, w odniesieniu do których KE dysponuje swobodnym uznaniem⁶⁹. W sprawach *Electrabel* i *Marine Harvest* KE uwzględniła m.in. następujące okoliczności: wielkość przedsiębiorstwa, istnienie precedensowych orzeczeń w sprawie naruszenia obowiązku *standstill*, stopień winy jak również wpływ przedwczesnego dokonania koncentracji na rynek. Z omawianych decyzji wynika, że KE kładzie nacisk na funkcję odstrasżającą grzywny (*deterrence*)⁷⁰.

Podkreślenia wymaga, co zostało potwierdzone przez sądy unijne, że do kar wydawanych na podstawie EUMR nie mają zastosowania wytyczne KE w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a) rozporządzenia nr 1/2003⁷¹. Biorąc pod uwagę ogólne określenie przesłanek wpływających na wysokość grzywny w EUMR oraz brak odpowiednich wytycznych KE, należy stwierdzić, że unijny organ ma bardzo szeroką dyskrecję w nakładaniu kar. Dodatkowo, w orzecznictwie przyjmuje się, że wcześniejsza praktyka KE nie stanowi ram prawnych dla grzywien w dziedzinie konkurencji⁷². Oznacza to jeszcze większą niepewność dla przedsiębiorstw. Z tego względu zasadne jest postulowanie opracowania przez KE wytycznych określających metodę obliczania grzywien wydawanych na podstawie przepisów EUMR, które wiązałyby KE przy ustalaniu kwoty grzywny z tytułu *gun jumping*.

3. Wnioski *de lege ferenda*

W świetle powyższych rozważań, należałoby postulować podjęcie działań, które zwiększyłyby pewność prawną uczestników koncentracji o wymiarze unijnym.

Po pierwsze, KE powinna doprecyzować koncepcję częściowego wprowadzenia koncentracji w życie (*partial implementation*) poprzez wykluczenie z zakresu stosowania art. 7 ust. 1 EUMR działań nieskutkujących przejęciem kontroli. Orzeczenie w sprawie *Ernst & Young v Konkurrenterådet* może wpłynąć w tym zakresie na praktykę egzekwowania *gun jumping* przez KE, w przypadku gdyby TSUE podzielił opinię rzecznika generalnego. W mojej ocenie należałoby również postulować, aby praktyka wymiany wrażliwych informacji w toku koncentracji pozostawała poza zakresem art. 7 ust. 1 EUMR. Wynika to z faktu, że wymiana informacji nie prowadzi do wywierania decydującego wpływu na przejmowane przedsiębiorstwo, tj. takie działanie nie wchodzi w zakres pojęcia „koncentracji”. Moim zdaniem, taka praktyka powinna być oceniana przez pryzmat art. 101 TFUE, a nie w ramach przepisów EUMR.

Po drugie, KE powinna rozważyć opublikowanie wytycznych precyzujących zakres zawieszenia koncentracji, co pomogłoby przedsiębiorstwom uniknąć ryzyka *gun jumping*. Przykładem mogłyby być rozwiązania przyjęte w Brazylii, gdzie organ ochrony konkurencji wydał wytyczne

⁶⁸ Dec. KE w sprawie *Marine Harvest*, pkt 157; dec. KE w sprawie *Electrabel*, pkt 193–194.

⁶⁹ Wyr. Sądu w sprawie *Electrabel v KE*, pkt 230 i orzeczenia tam przywołane.

⁷⁰ Dec. KE w sprawie *Marine Harvest*, pkt 206; dec. KE w sprawie *Electrabel*, pkt 226.

⁷¹ Wytyczne w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a) rozporządzenia 1/2003 (Dz. Urz. UE z 2006 r. C 210). Zob. wyr. Sądu w sprawie *Marine Harvest v KE*, pkt 449; wyr. Sądu w sprawie *Electrabel v KE*, pkt 227.

⁷² Wyr. Sądu w sprawie *Marine Harvest v KE*, pkt 592 i wyr. Sądu w sprawie *Electrabel v KE*, pkt 259 i przytoczone tam orzecznictwo.

dotyczące *gun jumping*. Dokument ten zawiera definicję *gun jumping*, przykładową listę działań, jakie mogą być uznane za naruszenia oraz reguły postępowania z wrażliwymi informacjami przed wydaniem zgody na koncentrację. Wytyczne wskazują na trzy kategorie zachowań kwalifikowanych jako *gun-jumping*: (i) wymianę informacji strategicznych; (ii) stosowanie postanowień umownych, które pozwalają na przedwczesną integrację przedsiębiorstw oraz (iii) inne działania skutkujące (częściowym) dokonaniem koncentracji (Luca Drago de i Morselli, 2016, s. 132–133).

Po trzecie, KE mogłaby częściej udzielać odstępstwa od obowiązku zawieszenia koncentracji na podstawie art. 7 ust. 3 EUMR. Rozwiązanie to jest rzadko stosowane przez KE (w latach 1990–2017 zostało wydanych 120 takich decyzji)⁷³. W szczególności, zwolnienia mogłyby być częściej udzielane w sprawach koncentracji, które nie budzą obaw co do ich zgodności z rynkiem wewnętrznym, np. tych rozpatrywanych w procedurze uproszczonej (Depoortere i Lelart, 2010, s. 119).

Bibliografia

- Bolecki, A. (2013). *Wymiana informacji między konkurentami w ocenie organów ochrony konkurencji*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego.
- Christensen, P., Fountoukakos, K. i Sjöblom, D. (2007). W: Faull, J. i Nikpay, A. (red.), *The EC Law of Competition*, wyd. 2. Oxford: Oxford University Press.
- Depoortere, F. i Lelart, S. (2010). The standstill obligation in the ECMR. *World Competition*, 33(1).
- Koppenfels von, U. (2012). W: Drauz, G. i Jones, C. (red.), *EU Competition Law Volume II, Mergers and Acquisitions*, wyd. 2. Claeys & Casteels.
- Luca Drago de, B. i Morselli, F., V., B. (2016). Clarifying Gun Jumping Through Guidelines: The Brazilian Experience. *Journal of Competition Law & Practice*, 7(2), s. 130–134. Pozyskano z: <https://academic.oup.com/jeclap/article/7/2/130/2357783?searchresult=1> (19.03.2018).
- 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/publication-pdfs/gun-jumping-and-eu-merger-control.pdf> (19.03.2018).
- Summers, D. (red.). (1990). *Longman Dictionary of Contemporary English*, wyd. 2. Warszawa: PWN.
- Werner, P., Clerckx, S., i Barre de la, H. (2018). Commission Expansionism in EU Merger Control – Fact and Fiction. *Journal of Competition Law & Practice*, 9(3), 133–145. Pozyskano z: <https://academic.oup.com/jeclap/article/9/3/133/4836922> (19.03.2018).

⁷³ Zob. statystyki KE w sprawie kontroli koncentracji (stan na dzień 28.02.2018 r.) Pozyskano z: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf> (26.03.2018).