

## K A R

# Koncentracje podzielone lub kroczące w unijnym systemie kontroli koncentracji przedsiębiorstw

### Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Uwagi ogólne
- III. Problemy szczegółowe
  1. Zakres podmiotowy koncentracji podzielonych
  2. Przejęcie wspólnej i wyłącznej kontroli w ramach koncentracji podzielonych
  3. Związki pomiędzy transakcjami składającymi się na koncentrację podzieloną
  4. Zgoda krajowego organu antymonopolowego na część koncentracji podzielonej
  5. Transakcje następcze
- IV. Podsumowanie

### Streszczenie

Artykuł zawiera krytyczną analizę regulacji i praktyki stosowania przepisów dotyczących koncentracji podzielonych lub kroczących w unijnym systemie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, tj. szeregu transakcji traktowanych dla celów analizy obowiązku zgłoszenia jako jedna koncentracja. Szczegółnej uwadze poddano m.in. problematykę zakresu podmiotowego koncentracji podzielonych czy transakcji następczych. Autor wskazał również postulaty zmian regulacji dotyczących omawianej instytucji.

**Słowa kluczowe:** koncentracje przedsiębiorców; koncentracje podzielone; kontrola koncentracji; prawo unijne.

**JEL:** K21

## I. Wprowadzenie

W ramach systemu kontroli koncentracji organy antymonopolowe sprawują nadzór nad koncentracjami, tj. kontrolują procesy mogące potencjalnie wpływać na strukturę rynku (Goyder, 2003, s. 335) poprzez skupienie znacznej siły gospodarczej (Sroczyński, 2010, s. 213), co jest niekorzystne dla funkcjonowania skutecznej konkurencji (Banasiński, 2015, s. 365). Zazwyczaj tak rozumiane koncentracje składają się z pojedynczej transakcji skutkującej zmianą w kontroli nad przedsiębiorcą<sup>1</sup>. Czasami jednak pojęcie „koncentracji” odnosi się do łącznie analizowanego

\* Doktorant na Wydziale Prawa i Administracji UW; prawnik w zespole prawa konkurencji kancelarii Dentons Europe Dąbrowski i Wspólnicy sp. k.; e-mail: adrianbielecki@gmail.com. Tekst przedstawia osobiste poglądy autora.

<sup>1</sup> Unijne i polskie prawo ochrony konkurencji posługują się odpowiednio pojęciami „przedsiębiorstwo” i „przedsiębiorca”. Pomimo tej różnicy w niniejszej pracy oba pojęcia będą stosowane zamiennie. Szerzej na temat tych różnic zob.: Materna, 2009.

szeregu transakcji. Tego typu stany faktyczne można zbiorczo nazwać koncentracjami wieloetapowymi *sensu largo*<sup>2</sup>. Jednym z takich przypadków jest wystąpienie tzw. koncentracji podzielonej<sup>3</sup> lub kroczącej<sup>4</sup>.

Aby wyjaśnić czym jest koncentracja podzielona, należy wskazać, że koncentracje podlegają zgłoszeniu organowi ochrony konkurencji jedynie w przypadku spełnienia określonych kryteriów jurysdykcyjnych. Pierwszym kryterium jest definicja koncentracji – czyli transakcji podlegającej zgłoszeniu (*merger transaction*). To kryterium mające charakter jakościowo-ilościowy ma na celu zidentyfikować transakcje, które skutkują trwałym połączeniem niezależnych przedsiębiorstw lub aktywów oraz mogą prowadzić do rezultatów sprzecznych z celami prawa ochrony konkurencji (OECD, 2016, s. 5). Drugim kryterium są tzw. progi zgłoszenia (*notification thresholds*), które mają raczej charakter ilościowy i zazwyczaj odnoszą się do wielkości transakcji lub jej uczestników. Progi te mają na celu wyróżnić te koncentracje, które najprawdopodobniej mogą mieć znaczący wpływ na rynek w danej jurysdykcji (*ibidem*, s. 4). Pojęcie „koncentracji podzielonej” jest instytucją wyróżnianą w powiązaniu z tym drugim kryterium.

W prawie unijnym zamiar dokonania operacji stanowiącej koncentrację (tj. spełniającej pierwsze z wyżej wskazanych kryteriów) jest objęty obowiązkiem zgłoszenia organowi ochrony konkurencji w przypadku wystąpienia tzw. wymiaru wspólnotowego. Wymiar wspólnotowy jest określony za pomocą progów obrotu uczestników koncentracji. W ocenie KE obrót służy jako wskaźnik zasobów ekonomicznych skupianych w ramach koncentracji<sup>5</sup>. Takie podejście wskazuje znaczenie gospodarcze dokonywanej koncentracji i możliwość jej realnego oddziaływania na strukturę konkurencji na unijnym rynku wewnętrznym (Kohutek, 2013). Pojęcie „wymiaru wspólnotowego” jest powiązane z zasadą pojedynczej instytucji (*one-stop-shop*), zgodnie z którą koncentracje o wymiarze wspólnotowym podlegają zgłoszeniu wyłącznie do KE<sup>6</sup>. Zatem wymiar wspólnotowy zasadniczo decyduje czy koncentracja podlega zgłoszeniu do KE, czy też może być analizowana w kontekście krajowego prawa konkurencji.

Koncentracja podzielona to szereg transakcji, które – z racji tego, że mają miejsce w określonym przedziale czasowym i układzie podmiotowym – stanowią jedną koncentrację na potrzeby oceny przekroczenia progów zgłoszenia. Pojęcie koncentracji podzielonej służy rozszerzeniu zakresu obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji i kompetencji organu do ich oceny. Celem regulacji tej instytucji jest objęcie obowiązkiem zgłoszenia zamiaru dokonania szeregu transakcji, które samodzielnie podlegałyby wyłączeniu z zakresu obowiązku zgłoszenia z powodu niespełnienia progów dotyczących obrotu realizowanego przez uczestników transakcji<sup>7</sup>, jednakże z uwagi na określone okoliczności zasadne jest traktowanie takiego szeregu jako jednej koncentracji.

Niniejszy artykuł stanowi próbę analizy unijnej regulacji koncentracji podzielonych oraz praktyki jej stosowania. Jest to szczególnie istotne, biorąc pod uwagę fakt, iż problematyka koncentracji

<sup>2</sup> Pojęcie „koncentracji wieloetapowej” sensu largo obejmuje różne grupy koncentracji wieloetapowych. Oprócz koncentracji podzielonych (kroczących) można wyróżnić koncentracje wieloetapowe sensu stricto, tj. szereg wzajemnie uwarunkowanych transakcji traktowanych jako jedna koncentracja.

<sup>3</sup> Terminu „koncentracja podzielona” w polskiej doktrynie użyto w: Błachucki, 2012, s. 194–195.

<sup>4</sup> Termin „koncentracja krocząca” jest używany przez W. Podlasina i T. Skoczno (Skoczny, 2014, s. 140).

<sup>5</sup> Komisja Europejska, Skonsolidowane obwieszczenie dotyczące kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004/WE, pkt 124; zob. też Whish, 2009, s. 828.

<sup>6</sup> Z zastrzeżeniem możliwości odesłania koncentracji o wymiarze wspólnotowym do rozpatrzenia krajowym organom ochrony konkurencji – zob. art. 9 Rozporządzenia 139/2004/WE; zob. Whish, 2009, s. 834.

<sup>7</sup> Co w przypadku rozporządzenia 139/2004/WE przekłada się na brak wymiaru wspólnotowego.

podzielonych stosunkowo niedawno została dostrzeżona również przez polskiego ustawodawcę. Ustawą z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego<sup>8</sup>, która weszła w życie w styczniu 2015 r. analogiczna konstrukcja została wprowadzona także do polskiego prawa.

W związku z powyższym niezwykle zasadne jest dokonanie analizy tej instytucji na gruncie prawa unijnego stanowiącego pierwowzór polskiej regulacji. W tym celu w pierwszej kolejności zostanie przedstawiona próba umiejscowienia pojęcia „koncentracji podzielonej” w unijnym systemie kontroli koncentracji. Dalej zostanie przedstawiona charakterystyka tej instytucji z uwzględnieniem najbardziej istotnych węzłowych zagadnień, takich jak zakres podmiotowy czy charakter więzi pomiędzy poszczególnymi elementami koncentracji podzielonej. Całość zostanie zakończona podsumowaniem.

## II. Uwagi ogólne

Zasadniczo rozporządzenie 139/2004/WE reguluje obowiązek zgłoszenia do KE jedynie koncentracji o wymiarze wspólnotowym, a organem uprawnionym do oceny tego typu koncentracji jest KE. W konsekwencji koncentracje pozbawione takiego charakteru mogą podlegać zgłoszeniu do narodowych organów ochrony konkurencji. Koncentracja ma wymiar wspólnotowy po przekroczeniu progów obrotowych określonych w art. 1 ust. 2 i ust. 3 rozporządzenia 139/2004/WE. Progi te odnoszą się do obrotu zrealizowanego samodzielnie lub łącznie przez uczestników koncentracji, przy czym analizowany jest obrót na świecie, w UE oraz w poszczególnych państwach członkowskich.

Sposób obliczania obrotu został uregulowany w art. 5 rozporządzenia 139/2004/WE. Zgodnie z ogólną regułą wskazaną w art. 5 ust. 1 rozporządzenia 139/2004/WE łączny obrót brany pod uwagę przy ocenie wymiaru wspólnotowego koncentracji zawiera obrót wszystkich zainteresowanych przedsiębiorstw. Jednocześnie, stosownie do art. 5 ust. 2 akapit 1 rozporządzenia 139/2004/WE w przypadku, gdy koncentracja polega na przejęciu części jednego lub więcej przedsiębiorstw, niezależnie od tego czy części te mają lub nie osobowość prawną, bierze się pod uwagę, w odniesieniu do sprzedawcy lub sprzedawców, jedynie obrót przypadający na części będące przedmiotem transakcji.

Dla pojęcia „koncentracji podzielonej” kluczowe jest brzmienie art. 5 ust. 2 akapit 2 rozporządzenia 139/2004/WE, ustanawiającego wyjątek od powyższych zasad. Przepis ten stanowi, że przynajmniej dwie transakcje, które mają miejsce na przestrzeni dwóch lat między tymi samymi osobami lub przedsiębiorstwami, traktowane są jako jedna i ta sama koncentracja zachodząca w dniu zawarcia ostatniej transakcji<sup>9</sup>. Celem tego przepisu jest ograniczenie stosowania tzw. taktyki salami, to znaczy zapobieżenie sytuacji, w której te same osoby będą dzielić transakcje na szereg operacji sprzedaży aktywów rozłożonych w czasie, tak by wyjść poza zakres właściwości KE w kwestiach objętych rozporządzeniem 139/2004/WE<sup>10</sup>. Taka interpretacja została potwierdzona w orzecznictwie TS UE<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Dz.U. 2014, poz. 945.

<sup>9</sup> Podobne uregulowanie było zawarte w art. 5 ust. 2 akapit 2 rozporządzenia Rady (EWG) nr 4064/89 z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw z dnia 21.12.1989 r. (Dz. Urz. EWG L z 1989 r. Nr 395, s. 1).

<sup>10</sup> Skonsolidowane obwieszczenie Komisji dotyczące kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004/WE w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, pkt 49 (Dz. Urz. UE C z 2008 r. Nr 95, s. 1).

<sup>11</sup> Wyr. Sądu Pierwszej Instancji z dnia 23.02.2006 r. w sprawie T-282/02 *Cementbouw Handel & Industrie BV* przeciwko Komisji, pkt 118.

### III. Problemy szczegółowe

#### 1. Zakres podmiotowy koncentracji podzielonych

Jak zostało wskazane, wielkość obrotu uczestników koncentracji służy jako wskaźnik zasobów ekonomicznych skupianych w ramach koncentracji<sup>12</sup>. Takie podejście umożliwia ocenę znaczenia gospodarczego dokonywanej koncentracji i możliwości jej realnego oddziaływania na strukturę konkurencji na unijnym rynku wewnętrznym (Kohutek, 2013).

W celu uchwycenia całkowitej wielkości zasobów ekonomicznych połączonych w ramach konkretnej operacji gospodarczej w większości systemów prawa ochrony konkurencji analizuje się zasoby przypisane do organizmów gospodarczych (*economic group*), czyli bezpośrednich uczestników koncentracji wraz z podmiotami powiązanymi. Podobnie rozporządzenie 139/2004/WE wskazuje, że dla celów oceny kwestii jurysdykcyjnych do obrotów uczestników koncentracji należy dodać obroty zrealizowane przez podmioty powiązane z uczestnikami za pomocą więzi wyszczególnionych w art. 5 ust. 4 rozporządzenia 139/2004/WE<sup>13</sup>. Wśród tych więzi powyższy przepis wymienia m.in. określone powiązania kapitałowe (posiadanie większości kapitału lub aktywów) czy uprawnienia korporacyjne (dysponowanie większością głosów, prawo do mianowania większości członków organów czy prawo do zarządzania sprawami przedsiębiorstwa)<sup>14</sup>. Dla celów obliczania obrotu podmioty te tworzą tzw. grupę<sup>15</sup>.

Z kolei przepis art. 5 ust. 2 akapit 2 rozporządzenia 139/2004/WE regulujący koncentracje podzielone dotyczy szeregu transakcji dokonywanych na przestrzeni dwóch lat między tymi samymi osobami lub przedsiębiorstwami. Zdaniem KE szereg transakcji dokonywanych pomiędzy przedsiębiorstwami należącymi do tych samych odpowiednich grup wchodzi w zakres zastosowania art. 5 ust. 2 akapit drugi rozporządzenia 139/2004/WE<sup>16</sup>. Tym samym, nie ma zastosowania do transakcji o zmienionej konfiguracji podmiotowej, np. jeżeli w niektórych z przedmiotowych transakcji do tych samych osób lub przedsiębiorstw dołączyły inne osoby lub przedsiębiorstwa<sup>17</sup>.

Przykładowo, w sprawie *Otto/Primondo Assets*<sup>18</sup>, KE rozpoznała w ramach jednego postępowania dwie transakcje dokonane tego samego dnia pomiędzy podmiotami należącymi odpowiednio do tych samych grup. Pierwsza transakcja polegała na nabyciu przez Otto i podmioty zależne, tj. Provista, Otto Finance Cyprus Limited oraz BIC Retail Enterprises, Inc, aktywów obejmujących znaki towarowe, zgłoszenia znaków towarowych, patent, nazwy domen, prawa autorskie oraz dane klientów, służące działalności w sektorze sprzedaży na odległość. Sprzedaż

<sup>12</sup> Komisja Europejska, Skonsolidowane obwieszczenie dotyczące kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004/WE, pkt 124.

<sup>13</sup> Ibidem, pkt 175.

<sup>14</sup> Należy jednak zauważyć, że pomimo znacznego podobieństwa w praktyce powiązania te nie zawsze muszą być tożsame z powiązaniem decydującymi o powstaniu kontroli nad przedsiębiorstwem. Skonsolidowane obwieszczenie Komisji dotyczące kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004/WE w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, pkt 184.

<sup>15</sup> Jak zauważa S. Dudzik, pojęcie „grupa” nie jest zdefiniowane w rozporządzeniu 139/2004/WE. KE w swych wytycznych również podkreśla, że w rozporządzeniu 139/2004/WE brak jest jednolitej zwięzłej definicji pojęcia grupy. Zob. Dudzik, 2010, s. 47; Skonsolidowane obwieszczenie Komisji dotyczące kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004/WE w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, pkt 175–194.

<sup>16</sup> Komisja Europejska, Skonsolidowane obwieszczenie dotyczące kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004/WE, pkt 50.

<sup>17</sup> Skonsolidowane obwieszczenie Komisji dotyczące kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004/WE w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, pkt 50.

<sup>18</sup> Decyzja KE z 16.02.2010 r. w sprawie COMP/M.5721 – OTTO/PRIMONDO ASSETS.

wskazanych aktywów należących do podmiotów z grupy Primondo była dokonywana przez syndyka. Z kolei druga transakcja polegała na nabyciu przez Otto Finance Cyprus Limited oraz BIC Retail Enterprises, Inc wszystkich udziałów w SAO Mail Order Service zbywanych przez spółkę zależną z grupy Primondo. KE uznała, że w tym wypadku wystąpiła koncentracja podzielona, analizowane transakcje zostały bowiem przeprowadzone pomiędzy przedsiębiorcami należącymi odpowiednio do tych samych grup. Transakcje te zostały przeprowadzone jednocześnie, spełniony został zatem warunek odnoszący się do zakresu czasowego, w jakim analizowane są koncentracje podzielone. Ponadto wszystkie przedsiębiorstwa zaangażowane w szereg transakcji po stronie sprzedawcy należały do grupy Primondo, a po stronie nabywcy należały do grupy Otto<sup>19</sup>. W konsekwencji, KE uznała, że spełnione zostały warunki wskazane w art. 5 ust. 2 akapit 2 rozporządzenia 139/2004/WE i potraktowała obydwie transakcje jako jedną koncentrację.

Z punktu widzenia systemu kontroli koncentracji podejście traktujące transakcje dokonywane pomiędzy różnymi podmiotami z odpowiednich grup jako transakcje dokonywane między tymi samymi stronami wydaje się jak najbardziej zasadne. Takie podejście do pojęcia „przedsiębiorstwa” stanowi odejście od kwestii czysto formalnych, takich jak osobowość prawna, które są nieistotne z perspektywy prawnokonkurencyjnej, na rzecz perspektywy ekonomiczno-gospodarczej. Warunkiem realizacji celów systemu prawa ochrony konkurencji, w tym systemu kontroli koncentracji, jest określenie podmiotowego zakresu oddziaływania norm kształtujących ten system tak, by uwzględniać realia obrotu gospodarczego i ekonomiczne założenia systemu (Materna, 2009, s. 245). Unijny system kontroli koncentracji powinien odnosić się zatem do sfery stosunków pomiędzy ekonomicznie niezależnymi podmiotami. W tym kontekście warto również wskazać, że rozporządzenie 139/2004/WE bezpośrednio wskazuje, że koncentrację stanowi połączenie „samodzielnych” przedsiębiorstw lub też „przejęcie kontroli” nad przedsiębiorstwem. Oznacza to choćby, że wewnętrzna restrukturyzacja w ramach grupy nie stanowi koncentracji<sup>20</sup>.

Biorąc powyższe pod uwagę można przyjąć, że prawo ochrony konkurencji reguluje relacje pomiędzy przedsiębiorstwami (przedsiębiorcami) w szerokim znaczeniu, ponieważ obejmuje jedynie stosunki pomiędzy niezależnymi organizmami gospodarczymi (grupami). W tym kontekście traktowanie szeregu transakcji pomiędzy różnymi podmiotami przy zachowaniu tożsamości organizmów gospodarczych (grup) po obu stronach transakcji jest logiczną konsekwencją przyjętej wyżej filozofii prawa ochrony konkurencji.

Powyższe podejście jest również spójne ze szczególną funkcją instytucji koncentracji podzielonej. Jak zostało wskazane, celem regulacji koncentracji podzielonych jest ograniczenie możliwości obejścia obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji poprzez sztuczny podział transakcji. Wąskie podejście do rozumienia pojęcia „strony transakcji” umożliwiłoby łatwe obejście przepisów. Aby uniknąć stosowania obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji, przedsiębiorca kontrolujący grupę kapitałową mógłby w sposób swobodny sztucznie dzielić transakcję na szereg operacji, a do każdej z nich delegować innego przedsiębiorcę zależnego. Traktowanie organizmu gospodarczego (grupy) jako jednego podmiotu ma przeciwdziałać tego typu praktykom.

<sup>19</sup> Przy czym należy zauważyć, że KE uznała tożsamość podmiotów pomimo dokonania sprzedaży aktywów przez syndyka.

<sup>20</sup> Skonsolidowane obwieszczenie Komisji dotyczące kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004/WE w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, pkt 51.



## 2. Przejęcie wspólnej i wyłącznej kontroli w ramach koncentracji podzielonych

W świetle powyższego, zgodnie z ogólną regułą zawartą w definicji pojęcia „koncentracji podzielonej”, szereg transakcji – aby kwalifikować się jako koncentracja podzielona – powinien zostać dokonany pomiędzy tymi samymi stronami. Jednakże w praktyce gospodarczej występują również transakcje, w których jedna skutkuje przejściem wyłącznej kontroli, a druga – przejściem wspólnej kontroli. Zdaniem KE w takiej sytuacji nie występuje koncentracja podzielona. KE przyjmuje jednak, że koncentracja podzielona występuje również w razie tożsamości podmiotowej pomiędzy zbywcą wyłącznej kontroli w ramach pierwszej transakcji oraz przejmującymi wspólną kontrolę w ramach drugiej transakcji<sup>21</sup>.

Z podobnym stanem faktycznym KE miała do czynienia w sprawie *Total Produce/Haluco/JV*<sup>22</sup>. W dniu 2 maja 2008 r. Total Produce zawarł z Haluco umowę nabycia całości przedsiębiorstwa Haluco UK, w tym wszelkich aktywów koniecznych do prowadzenia jego działalności, takich jak księgi przedsiębiorstwa, wyposażenie, informacje gospodarcze, świadczenia z kontraktów gospodarczych, zapasy czy system IT. Następnie na mocy zawartej w dniu 22 maja 2008 r. umowy Total Produce zamierzał nabyć od Haluco 60% udziałów w nowo tworzonej TP Haluco, co w połączeniu z prawami weta przyznanymi Haluco umożliwiało wspólną kontrolę nad TP Haluco sprawowaną przez Total Produce i Haluco<sup>23</sup>. KE uznała, że transakcje z 2 i 22 maja 2008 r. łącznie spełniają przesłanki uznania za jedną koncentrację podzieloną i dokonała ich łącznej oceny.

W omawianej sprawie Haluco było *de facto* zbywcą kontroli w obydwu transakcjach, przy czym w ramach jednej transakcji zbywało całość kontroli nad jednym przedsiębiorcą, a w ramach drugiej – traciło wyłączną kontrolę na rzecz współkontroli nad drugim przedsiębiorcą. Jednakże, w świetle wskazanego wyżej stanowiska KE wydaje się, że może powstać wątpliwość, co w sytuacji gdyby zbywcą udziałów w TP Haluco był podmiot trzeci, a nabywcami Total Produce oraz Haluco. Biorąc pod uwagę istotę i *ratio legis* omawianej instytucji, wydaje się, że w takiej sytuacji nie wystąpiłaby koncentracja podzielona podlegająca łącznemu rozpatrzeniu przez KE dlatego, że brak byłoby tożsamości podmiotowej stron transakcji.

## 3. Związki pomiędzy transakcjami składającymi się na koncentrację podzieloną

W świetle rozporządzenia 139/2004/WE transakcje składające się na koncentrację podzieloną nie muszą być wzajemnie uwarunkowane ekonomiczne lub prawne (Rosenthal i Thomas, 2010, s. 49). Wystarczające jest spełnienie przesłanek odnoszących się do tożsamości podmiotowej oraz zakresu czasowego transakcji. Należy jednak zauważyć, że w trakcie prac nad rozporządzeniem 139/2004/WE rozważano wyłączenie z zakresu obowiązku zgłoszenia koncentracji

<sup>21</sup> Skonsolidowane obwieszczenie Komisji dotyczące kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004/WE w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, pkt 50.

<sup>22</sup> Dec. KE z 11.08.2008 r., nr COMP/M.5201 – *TOTAL PRODUCE/HALUCO/JV*.

<sup>23</sup> Na marginesie należy wskazać, że strony argumentowały, iż druga transakcja ma charakter wieloetapowy, a zatem KE powinna dokonać wyłącznie oceny ostatecznego skutku szeregu transakcji polegającego na docelowym nabyciu przez Total Produce wyłącznej kontroli nad TP Haluco. Zgodnie z ustaleniami stron Haluco miało wstępnie zatrzymać 40% udziałów oraz uzyskać określone prawa weta. Ustalenia wskazywały również określony termin, do którego Haluco przysługiwać miały prawa weta, a po którego upływie wspólna kontrola nad TP Haluco miała zmienić się w samodzielną kontrolę sprawowaną przez Total Produce. W odniesieniu do tych transakcji strony twierdziły, że ocenie KE powinien podlegać ostateczny etap polegający na przejściu przez Total Produce samodzielnej kontroli nad TP Haluco, ponieważ wyłącznie ten etap prowadzi do uzyskania trwałej kontroli. KE nie zgodziła się z taką argumentacją, wskazując, że maksymalny okres wspólnej kontroli, który nie miałby wpływu na strukturę rynku, wynosi do jednego roku. W rozpatrywanej sprawie Total Produce i Haluco miały wspólnie kontrolować TP Haluco przez ponad dwa lata, co uzasadniało uznanie nabycia wspólnej kontroli nad nowo tworzoną przedsiębiorcą jako samodzielnej koncentracji.

podzielonej szeregu transakcji, jeśli dotyczyły niezwiązanych sektorów gospodarczych<sup>24</sup>. Celem takiego rozwiązania było zawężenie pojęcia „koncentracji podzielonej” poprzez wyłączenie z jej zakresu transakcji powiązanych ze sobą wyłącznie przez kryterium czasu oraz tożsamości podmiotów uczestniczących w transakcji<sup>25</sup>.

Propozycja wprowadzenia stosownego ograniczenia pojęcia „koncentracji podzielonych” zasługuje na aprobatę. Co do zasady, jeśli pojedyncza transakcja samodzielnie nie gwarantuje spełnienia progów obrotowych pozwalających na stwierdzenie wymiaru wspólnotowego koncentracji, to można przyjąć założenie, że efekt w postaci zmiany w strukturze rynków wynikający z tej transakcji nie jest na tyle znaczący, aby przyjmować kompetencję KE do oceny tej koncentracji. Jednakże, jeśli szereg transakcji o niewielkich rozmiarach dotyczy tych samych sektorów gospodarki, to efekty w zmianie struktury rynku wynikające z poszczególnych transakcji będą się wzajemnie kumulować. W związku z tym, w konsekwencji sztucznego podziału koncentracji, KE może utracić kompetencję do jej oceny, pomimo że efekt podzielonej koncentracji jest tożsamy z efektem koncentracji o wymiarze wspólnotowym. W takich sytuacjach zasadne jest stosowanie instytucji koncentracji podzielonej.

Jeśli jednak szereg transakcji dotyczy różnych sektorów gospodarki, to nie może być mowy o skumulowanych efektach na rynki właściwe. W odniesieniu do tego typu sytuacji nie powinno się stosować przepisów nakazujących łączną analizę szeregu transakcji, ponieważ *ratio legis* regulacji koncentracji podzielonych nie znajduje tu zastosowania. Nie musi to oznaczać, że dana koncentracja w ogóle nie powinna podlegać obowiązkowi zgłoszenia. Progi obrotów ustalane na potrzeby zgłoszenia do krajowych organów ochrony konkurencji są zwykle niższe, zatem dana transakcja może podlegać obowiązkowi zgłoszenia do tych organów. W świetle powyższego należy postulować zmianę przepisu art. 5 ust. 2 rozporządzenia 139/2004/WE poprzez ustanowienie ograniczenia zastosowania instytucji koncentracji podzielonej jedynie do szeregu transakcji dotyczących tych samych sektorów gospodarki.

#### 4. Zgoda krajowego organu antymonopolowego na część koncentracji podzielonej

Pojęcie „koncentracji podzielonych” w prawie UE jest przydatne w sytuacji, gdy określone transakcje rozpatrywane osobno nie spełniają progów obrotu, a tym samym nie mają wymiaru wspólnotowego. Nie wyklucza to jednak stosowania wobec tych transakcji krajowych reżimów kontroli koncentracji. W takiej sytuacji może powstać wątpliwość czy KE powinna mieć kompetencję do oceny transakcji uprzednio ocenionych przez krajowy organ ochrony konkurencji.

Na gruncie stosowania poprzednio obowiązującego rozporządzenia 4064/89 z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw<sup>26</sup> kwestia oceny transakcji ocenionej uprzednio przez krajowy organ wystąpiła w sprawie *Air Liquide/BOC*<sup>27</sup>. Stan faktyczny sprawy prezentował się następująco. W styczniu 1999 r., Air Liquide nabyło od BOC przedsiębiorstwa prowadzące działalność w zakresie gazów przemysłowych we Francji, Belgii, Holandii i Niemczech.

<sup>24</sup> Art. 5 ust. 2 akapit 2 projektu: *However, two or more transactions within the meaning of the first subparagraph which take place within a two-year period between the same persons or undertakings shall, unless they concern unrelated economic sectors be treated as one and the same concentration arising on the date of the last transaction.*

<sup>25</sup> Explanatory Memorandum, Proposal for a Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, pkt 51. Pozyskano z: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:C2003/020/06&from=EN> (d4.10.2016).

<sup>26</sup> Dz. Urz. L 395 z 30.12.1989 r.

<sup>27</sup> Dec. KE z 18.01.2000 r. nr COMP/M.1630 – *Air Liquide/BOC*.

Organy ochrony konkurencji w Niemczech i Belgii wydały zgodę na te transakcje, a holenderski organ ochrony konkurencji wydał decyzję, w której uznał brak swojej jurysdykcji do oceny tej transakcji. Następnie, w dniu 13 czerwca 1999 r. Air Liquide wraz z Air Products ogłosiły wspólną warunkową ofertę nabycia wszystkich akcji w BOC poprzez Bidco, spółkę specjalnego przeznaczenia utworzoną w celu realizacji transakcji. Air Liquide i Air Products uzgodniły również, że po nabyciu BOC dokonają określonego podziału aktywów tego przedsiębiorcy. KE uznała, że transakcja nabycia przez Air Liquide przedsiębiorstwa działającego w sektorze gazów przemysłowych ze stycznia 1999 r. oraz nabycie przez tego przedsiębiorcę wydzielonych aktywów BOC będące ostatecznym skutkiem transakcji z czerwca 1999 r. stanowią jedną koncentrację podzieloną. W konsekwencji przedmiotowy szereg transakcji podlegał łącznej ocenie, a organem właściwym do jej dokonania była KE.

Również na gruncie obecnie obowiązujących przepisów KE byłaby uprawniona do dokonania łącznej oceny takiego szeregu transakcji, na który składałaby się transakcje uprzednio ocenione przez krajowe organy ochrony konkurencji. Co do zasady w odniesieniu do koncentracji o wymiarze wspólnotowym wyłącznie właściwym prawem jest rozporządzenie 139/2004/WE, a wyłącznie właściwym organem – KE. Zasady wyłączności rozporządzenia 139/2004/WE oraz wyłączności kompetencji jurysdykcyjnych Komisji stanowią fundament prawa ochrony konkurencji UE w zakresie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dudzik, 2010, s. 62).

Jednocześnie, szereg transakcji składających się na koncentrację podzieloną stanowi jedną koncentrację niezależnie od tego czy krajowy organ ochrony konkurencji dokonywał już oceny transakcji stanowiącej część tej koncentracji. Ewentualna uprzednia (tzn. dokonana przed zgłoszeniem do KE) ocena części koncentracji przez krajowy antymonopolowy nie może stanowić przeszkody dla KE do całościowej oceny koncentracji o wymiarze wspólnotowym i to KE powinna decydować o ewentualnym przekazaniu kompetencji do oceny takiej części koncentracji. Powyższe stanowisko jest spójne z zasadami stanowiącymi, że ocena części koncentracji o wymiarze wspólnotowym może zostać przekazana krajowemu organowi ochrony konkurencji przez Komisję Europejską na wniosek uczestników koncentracji (na podstawie art. 4 ust. 4 rozporządzenia 139/2004/WE) lub państw członkowskich (na podstawie art. 9 ust. 3 lit. b) rozporządzenia 139/2004/WE), przy czym ostateczna decyzja należy do KE<sup>28</sup>.

## 5. Transakcje następcze

Kolejnym problemem są tzw. transakcje następcze, obejmujące operacje gospodarcze występujące po wydaniu decyzji w sprawie koncentracji. Szczególnie problematyczne są transakcje, które spełniają kryteria wymiaru wspólnotowego wyłącznie w powiązaniu z transakcją, co do której KE wydała uprzednio decyzję. Wątpliwość może dotyczyć tego czy art. 5 ust. 2 akapit 2 rozporządzenia 139/2004/WE znajduje zastosowanie do transakcji, których celem nie było obejście obowiązku zgłoszenia (Vos, 2007). Inaczej mówiąc, problem polega na tym czy koncentracje, co do których unijny organ ochrony konkurencji wydał decyzję, powinny być brane pod uwagę przy analizie koncentracji podzielonej.

KE stoi na stanowisku, że w takich sytuacjach transakcje następcze podlegają obowiązkowi zgłoszenia, nawet jeśli samodzielnie nie mają wymiaru wspólnotowego. W Skonsolidowane

<sup>28</sup> Szerzej o systemie odesłań zob.: Dudzik, 2010, s. 95–128 i tam powołaną literaturę.



obwieszczenie Komisji dotyczące kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (dalej: Skonsolidowane obwieszczenie jurysdykcyjne) wskazano, że poprzednie koncentracje (mające miejsce na przestrzeni dwóch lat) między tymi samymi stronami podlegają (ponownie) zgłoszeniu w dniu zawarcia ostatniej transakcji, pod warunkiem że stanowi to koncentrację, a progi zostały osiągnięte w jednej czy też więcej niż jednej transakcji, licząc łącznie lub osobno dla każdej z nich<sup>29</sup>.

Powyższe stanowisko znajduje odzwierciedlenie w praktyce decyzyjnej Komisji. W sprawie *Volvo/Lex*<sup>30</sup>, KE rozpatrywała dwie formalnie odrębne transakcje nabycia przez grupę Volvo aktywów należących do grupy Lex. Pierwsza transakcja dotyczyła nabycia mienia generującego obroty na poziomie 784 milionów ECU i została uprzednio zaaprobowana przez KE w formie decyzji<sup>31</sup>. Druga transakcja obejmowała dalsze nabycie przez grupę Volvo aktywów grupy Lex, którym przypisano obroty na poziomie 20 milionów ECU, a więc poniżej progów określających wymiar wspólnotowy. Pomimo tego, KE uznała, że transakcje stanowią koncentrację podzielną, a zatem również druga transakcja podlega zgłoszeniu. Z kolei w sprawie *Gilde/Heiploeg*<sup>32</sup>, KE wydała zgodę na nabycie przez Gilde przedsiębiorstwa od określonego podmiotu. Po zakończeniu transakcji, strony uzgodniły, że Gilde nabędzie również pozostałą część przedsiębiorstwa, którego obrót liczony samodzielnie nie wystarczał do stwierdzenia zaistnienia wymiaru wspólnotowego (Vos, 2007). Pomimo tego, KE wyraziła stanowisko, że w takiej sytuacji konieczne jest uzupełniające zgłoszenie (*ibidem*).

Takie stanowisko, wynikające z literalnego brzmienia przepisów, może wydawać się kontrowersyjne. Celem regulacji koncentracji podzielonych jest ograniczenie obchodzenia przepisów o kontroli koncentracji poprzez dzielenie transakcji. W związku z tym, w doktrynie wyrażono pogląd, że transakcje następcze podlegają jurysdykcji KE wyłącznie w sytuacji, gdy strony zamierzały podzielić transakcję w celu obejścia przepisów odnoszących się do progów obrotu (*ibidem*). Praktyka decyzyjna KE wskazuje jednak, że Komisja stosuje literalną wykładnię przepisów, co oznacza, że w zasadzie transakcje uzupełniające niezmiernie do obejścia przepisów również mogą podlegać zgłoszeniu, pomimo marginalnej wielkości obrotów<sup>33</sup>. Wydaje się, że podobne stanowisko w stosunku do analogicznej polskiej regulacji wyrażono w polskiej doktrynie (Dudzik, 2015, s. 29).

Taka wykładnia przepisów odnosząca się do transakcji następczych, z jednej strony, może prowadzić do nałożenia obowiązku, którego ciężar w niektórych przypadkach może być nieproporcjonalny w stosunku do wagi interesu jaki ma chronić. Obowiązek zgłoszenia aktualizowałby się również w przypadku, gdy we wskazanym przedziale czasowym wystąpiłby zamiar dokonania koncentracji polegający na nabyciu kontroli nad przedsiębiorcą generującym obrót na marginalnym poziomie. Z drugiej zaś – uzasadnieniem wskazanego podejścia Komisji może być fakt, iż jednoznaczne i obiektywne określenie reguł identyfikujących sytuacje, w których strony zmierzały do obejścia przepisów dotyczących obowiązku zgłoszenia transakcji jest zadaniem niezwykle

<sup>29</sup> Skonsolidowane obwieszczenie Komisji dotyczące kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004/WE w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, pkt 137.

<sup>30</sup> Dec. z 03.09.1992 r., nr sprawy IV/M.261 – *VOLVO/LEX*.

<sup>31</sup> Dec. z 21.05.1992 r., nr sprawy IV/M.224 – *VOLVO/LEX*.

<sup>32</sup> Dec. KE z 31.01.2006 r., nr sprawy COMP/M.4089 – *GILDE/HEIPLÖEG*.

<sup>33</sup> Na marginesie należy zauważyć, że podobne rozwiązanie obecne było w prawie węgierskim. Jednakże pod wpływem krytyki zdecydowano się zmienić prawo. Zob. Vos, 2007.

trudnym. Tego typu sytuacje wymagają analizy stanu wiedzy i woli stron transakcji, tj. kryteriów mających charakter subiektywny, co stoi w sprzeczności z istotą regulacji określających progi zgłoszenia (*notification thresholds*), tj. kryteriów obiektywnych.

W świetle powyższego można rozważyć dwa alternatywne postulaty *de lege ferenda*. Po pierwsze, można rozważyć wprowadzenie ograniczenia, aby obowiązek zgłoszenia w takich sytuacjach dotyczył wyłącznie transakcji następczych, które samodzielnie lub wraz z innymi transakcjami następczymi powodują przekroczenie progów zgłoszenia. Skoro pierwotna transakcja lub transakcje zostały poddane ocenie organu antymonopolowego, to nie ma powodów, aby ponownie zgłaszać tę transakcję, gdyż może to pozostawać w sprzeczności z ogólnymi zasadami trwałości decyzji organów administracji. Po drugie, z wysokości progów zgłoszenia wynika domniemanie, że w ocenie prawodawcy dopiero operacje gospodarcze o odpowiednim ciężarze gatunkowym powinny podlegać ocenie organu antymonopolowego. W świetle powyższego nie ma powodów, aby transakcje następcze były poddawane bądź to łącznej ocenie wraz z wcześniej zgłoszonymi transakcjami pierwotnymi, bądź też samodzielnie, nawet w przypadku gdy nie przekraczają progów zgłoszenia (samodzielnie lub z innymi transakcjami następczymi).

Innym rozwiązaniem może być omawiana już propozycja ograniczenia łączenia szeregu transakcji do sytuacji, gdy poszczególne transakcje dotyczą tych samych sektorów gospodarki. Jeśli bowiem poszczególne transakcje podzielone dotyczą innych sektorów gospodarki, to nie może być mowy o kumulacji ich skutków. W konsekwencji, z braku spełnienia progów zgłoszenia przez jakąkolwiek z poszczególnych transakcji można wyprowadzić wniosek, że żadna z nich nie jest w stanie samodzielnie wpłynąć istotnie na rynek właściwy. Szereg transakcji rozważanych łącznie nie będzie jednak wywierał skumulowanych skutków, a zatem skutek każdej z transakcji będzie taki jak transakcji niespełniających progów zgłoszenia (a zatem domyślnie – będzie to zbyt blahy skutek, aby uzasadniona była interwencja organu antymonopolowego).

#### IV. Podsumowanie

Instytucja koncentracji podzielonej ma służyć uszczelnieniu systemu kontroli koncentracji i ograniczać możliwość obejścia obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji. W tym celu zostało stosunkowo niedawno wprowadzona również do polskiego prawa. W tym kontekście doświadczenia z praktyki stosowania tej instytucji przez KE powinny być brane pod uwagę również w praktyce stosowania polskiej regulacji dotyczącej koncentracji podzielonej.

Obecna regulacja tej instytucji w prawie unijnym jest jednak niedoskonała. W związku z tym *de lege ferenda* należy postulować m.in. konieczność ograniczenia pojęcia koncentracji podzielonej jedynie do szeregu transakcji dotyczących tożsamyh sektorów gospodarki oraz ograniczenia obowiązku zgłaszania tzw. koncentracji następczych. Proponowane zmiany mogą służyć pełniejszej realizacji *ratio legis* omawianych przepisów.

#### Bibliografia

- Banasiński, C. (2015). *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym*. Warszawa: CH Beck.
- Błachucki, M. (2012). *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców*. Warszawa: Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

- Dudzik, S. (2015). Kontrola koncentracji w świetle ostatnich zmian ustawowych. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 2(4).
- Dudzik, S. (2010). *Współpraca Komisji Europejskiej z organami ochrony konkurencji w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorstw*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Goyder, D. (2003). *E.C. Competition Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Kohutek, K. (2013). *Komentarz do rozporządzenia nr 139/2004/WE w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw*. Lex/el.
- Materna, G. (2009). *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- OECD. (2016). *Local nexus and jurisdictional thresholds in merger control*. Background Paper by the Secretariat OECD, 14–15 June 2016.
- Rosenthal, M. i Thomas, S. (2010). *European Merger Control*. München: C.H. Beck.
- Skoczny, T. (red.) (2014). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: CH Beck.
- Sroczyński, J. (2010). Kiedy koncentracje mogą zaszkodzić konkurencji. W: M. Krasnodębska-Tomkiel (red.), *Zmiany w polityce konkurencji na przestrzeni ostatnich dwóch dekad*. Warszawa: Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów.
- Vos, S. (2007). ECMR Obligation to File Second Transaction Between Same Parties. *European Competition Law Review*, 28(1).
- Whish, R. (2009). *Competition law*. Oxford: Oxford University Press.