

Materialnoprawne i proceduralne przesłanki stosowania doktryny ograniczeń akcesoryjnych w postępowaniu antymonopolowym w sprawie koncentracji przedsiębiorców

I. Wstęp

Częścią składową operacji gospodarczych prowadzących do zewnętrznego wzrostu przedsiębiorców są nierzadko postanowienia umowne, które w innym stanie faktycznym mogłyby zostać uznane za ograniczające konkurencję (np. postanowienia o zakazie konkurencji). Z prywatnoprawnego punktu widzenia służą one zabezpieczeniu interesów stron transakcji¹. Z tego względu mają duże znaczenie dla sprawnego funkcjonowania wolnego rynku. Dlatego w większości przypadków są uznawane za zgodne z publicznoprawnymi regułami konkurencji jako tzw. ograniczenia akcesoryjne (ang. *ancillary restraints*). Ograniczenia akcesoryjne to postanowienia umowne, które generują potencjał ograniczenia konkurencji, są jednak niezbędne do zawarcia i wykonania operacji gospodarczej, której towarzyszą, a także są z nią bezpośrednio związane. U podstaw ich legalizacji znajduje się praktyczne znaczenie, jakie posiadają dla głównej operacji gospodarczej².

Z uwagi na swój antykonkurencyjny potencjał, postanowienia umowne przejawiające przesłanki akcesoryjności nie powinny umykać nadzorowi państwa. W zależności od przedmiotu prowadzonych postępowań, mogą zostać objęte zarówno nadzorem prewencyjnym, jak i nadzorem represyjnym. W praktyce może często dojść do zatarcia granic pomiędzy wskazanymi rodzajami nadzoru administracyjnego i powstania wątpliwości – w ramach którego z nich należy ocenić konkretną klauzulę umowną. Za niesatysfakcjonujące należy uznać rozwiązanie, w którym po stronie uczestników rynku powstaje niepewność co do trybu oce-

* dr Dariusz Aziewicz – doktor nauk prawnych, Absolwent LL.M. in Comparative law na University of Florida G. Levin College of Law.

¹ Zob. J. Jastrzębski, Glosa do wyroku SN z 9.10.2014 r., IV CSK 29/14, Glosa 2015, Nr 2, s. 19–26: „nie mogą uzyskać takiego zabezpieczenia, inwestor będzie skłonny zaoferować jedynie niższą lub inaczej skonstruowaną cenę, co z kolei będzie rodziło po stronie zbywcy wrażenie, że nie odpowiada ona pełnej wartości przedsiębiorstwa. Odmienne ocena jest oderwana od realiów gospodarczych”.

² Zob. N. Levy, *European Merger Control Law, a guide to the merger control regulation*, Warszawa 2013, § 19.02.

ny klauzul umownych, jak i wyniku ich oceny merytorycznej. W szczególności związane jest to z prewencyjnym nadzorem państwa nad koncentracjami przedsiębiorców. Jego charakter powoduje bowiem uzależnienie wdrożenia postanowień umownych od konkretnego, władczego rozstrzygnięcia organu administracji. Podjętym w niniejszym artykule rozważaniom przyświeca przekonanie, że konieczne jest jasne określenie stosowania doktryny ograniczeń akcesoryjnych w postępowaniach antymonopolowych, w sprawach koncentracji, prowadzonych przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK).

II. Związek doktryny ograniczeń akcesoryjnych z koncentracjami przedsiębiorców

Praktyczne stosowanie doktryny ograniczeń akcesoryjnych w prawie ochrony konkurencji jest immanentnie związane z przeprowadzaniem operacji gospodarczych prowadzących do zewnętrznego wzrostu przedsiębiorców. Teza znajduje oparcie w praktyce stosowania prawa ochrony konkurencji w USA. Już w pierwszych latach obowiązywania tzw. ustawy *Shermana*³, zauważono, że nie wszystkie faktyczne ograniczenia gry rynkowej powinny być zakazywane. Taka wykładnia przepisów dotyczyła również tzw. ograniczeń konkurencji zakazanych *per-se*⁴, do których należy podział rynku pomiędzy konkurentami. W sprawie *Stany Zjednoczone v. Addyston Pipe & Steel Co.* wyrokujący sąd federalny wskazał, że przeciwstawianie się ograniczeniom handlu (*restrains of trade*) przez rękę publiczną, początkowo nie miało żadnych wyjątków, lecz stało się jasne, iż w interesie handlu, niektóre ograniczające go zobowiązania powinny być uznawane za zgodne z prawem⁵. Uzasadnienie wskazywanego wyroku ogniskowało się na ograniczeniach konkurencji związanych ze skutecznym przeprowadzeniem transakcji kapitałowych. U podstaw takiej wykładni przepisów prawa antymonopolowego znalazło się przekonanie, że: „po doprowadzeniu do zbudowania działalności gospodarczej oraz *good will*, przedsiębiorca powinien mieć możliwość sprzedaży prowadzonego biznesu wraz z *good will* na jak najkorzystniejszych warunkach, nie otrzyma ich zaś, jeśli nie będzie mógł zobowiązać się przez wiążącą umowę do nieangażowania się w ten sam rodzaj działalności, by nie powodować strat kupującego (z prowadzenia zakupionej działalności)”⁶. Cytowany fragment orzeczenia stał się podstawą do bezpośredniego aplikowania znanej już wcześniej, w systemie prawa *common law*, doktryny ograniczeń akcesoryjnych, do prawa ochrony konkurencji.

Referowane identyfikowało podstawowe okoliczności, w których zasadne jest zastosowanie doktryny ograniczeń akcesoryjnych. Były to sytuacje, gdy postanowienia umowne zobowiązywały: (i) sprzedającego przedsiębiorstwo do niekonkurowania z nabywcą; (ii) odchodzącego partnera do niekonkurowania z firmą, w której dotychczas pracował; (iii) partnera w firmie, by nie dokonywał działań konkurencyjnych lub sprzecznych z jej interesem w trak-

³ Sherman Act, 26 Stat. 209, 15 U.S.C. §§ 1–7.

⁴ Federalne prawo antymonopolowe USA zasadniczo rozpoznaje dwa standardy oceny praktyk uważanych za antykonkurencyjne. Pierwszym jest standard nielegalności *per se* – *Northern Pac. Ry. Co. v. United States*, 356 U.S. 1, 5 (1958). Drugim jest standard *rule of reason*, tzw. reguły rozsądku – *Chicago Board of Trade v. United States* – 246 U.S. 231 (1918).

⁵ Orzeczenie *United States v. Addyston Pipe & Steel Co.* 85 F. 271 (6th Cir. 1898), *aff'd* 175 U.S. 211 (1899).

⁶ *Ibidem*. Ukształtowanie legalności tego rodzaju klauzul umownych w szeroko rozumianych umowach sprzedaży przedsiębiorstwa wiąże się więc z ochroną interesów sprzedającego, pośrednio prowadząc do ochrony interesów kupującego.

cie trwania stosunku partnerskiego; (iv) nabywcy własności, by nie używał jej wobec biznesu zachowanego przez sprzedawcę; (v) asystenta czy pracownika, by nie podejmował działalności konkurencyjnej po skończeniu współpracy⁷. Jednocześnie zastosowanie doktryny ograniczeń akcesoryjnych odbyło się w oderwaniu od prewencyjnego nadzoru państwa nad skutkami rynkowymi transakcji kapitałowych. Został on bowiem wprowadzony w USA po wydaniu analizowanego orzeczenia, tj. w 1914 r.⁸

Pomimo wczesnego implementowania doktryny ograniczeń akcesoryjnych do prawa ochrony konkurencji, nie została ona w pełni dostrzeżona przez praktykę sądowniczą, aż do lat 80. XX w. Można to tłumaczyć ukształtowaniem podobnego, z aksjologicznego punktu widzenia, standardu oceny praktyk rynkowych, według tzw. reguły rozsądku⁹. Sytuację zmieniło coraz szersze aplikowanie do prawa antytrustowego założeń tzw. chicagowskiej szkoły prawa ochrony konkurencji i wzrostu aktywności organów w zakresie nadzoru nad koncentracjami przedsiębiorców. W orzeczeniu *Rothery Storage & Van Co. v. Atlas Van Lines* wyrokujący sędzia R. Bork zauważył, że: „by zostać uznany za akcesoryjne i dlatego wyłączone spod zasady nielegalności *per-se*, porozumienie eliminujące konkurencję musi być podporządkowane i dodatkowe do oddzielnej legalnej transakcji”¹⁰. Przesłanki „podporządkowania” i „dodatkowości” zostały zdefiniowane, jako służące większej efektywności osiągnięcia celu stawianego przed główną transakcją. Sam test akcesoryjności klauzuli został natomiast określony we wspomnianym orzeczeniu *Stany Zjednoczone v. Addyston Pipe & Steel Co.* Ograniczenie powinno być zaledwie akcesoryjne (*merely ancillary*) do głównego celu umowy – który jest zgodny z zasadami konkurencji. Ponadto, powinno być niezbędne do ochrony nabywcy w uzyskiwaniu uprawnionych owoców z umowy, lub do ochrony go przed zagrożeniem niesprawiedliwego wykorzystania tych owoców przez drugą stronę umowy.

Także w prawie unijnym doktryna ograniczeń akcesoryjnych pojawia się przed wprowadzeniem prewencyjnego nadzoru nad koncentracjami przedsiębiorców, dotycząc porozumienia zawartego w ramach transakcji kapitałowej¹¹. W sprawie *Remia* sąd wskazał, że ograniczenie sprzedającego w prowadzeniu działalności gospodarczej w zakresie sprzedawanej części przedsiębiorstwa musi być niezbędne dla sprzedaży, a jego długość i zakres muszą być ściśle ograniczone do tego celu¹². Wszystko to podyktowane było zagrożeniem odzyskania przez sprzedającego dotychczasowych klientów bezpośrednio po dokonaniu transferu¹³.

III. Aktualne podejście Komisji Europejskiej do ograniczeń akcesoryjnych w umowach sprzedaży przedsiębiorstwa

Zgodnie z treścią rozporządzenia 139/2004, decyzję stwierdzającą zgodność koncentracji ze wspólnym rynkiem uznaje się za uwzględniającą ograniczenia, które są bezpośrednio zwią-

⁷ *Ibidem*.

⁸ The Clayton Antitrust Act 15 U.S.C. §§ 12–27.

⁹ Orzeczenie *Chicago Board of Trade v. United States* – 246 U.S. 231 (1918): „Prawdziwy test nielegalności polega na tym czy nałożone ograniczenie jest tego rodzaju, że tylko reguluje i w ten sposób promuje konkurencję, czy też tłumi, a nawet eliminuje konkurencję”.

¹⁰ Orzeczenie *Rothery Storage & Van Co. v. Atlas Van Lines, Inc.* 792 F2d 210, 224 (D.C. Cir 1986).

¹¹ Zob. decyzja Komisji w sprawie Nr IV/28.996 z 26.7.1976 r.; *N. Levy*, *European Merger*, 19.02.

¹² Wyr. Trybunału z 11.7.1985 r. w sprawie 42/84, *Remia BV i inni v. Komisja Wspólnot Europejskich*, pkt 20.

¹³ *Ibidem*, pkt 19.

zane i konieczne dla dokonania koncentracji¹⁴. Decyzje tego typu powinny automatycznie obejmować ograniczenia akcesoryjne, jednak bez konieczności rozpatrywania ich przez Komisję w indywidualnych przypadkach¹⁵. Z drugiej strony, w przypadku pojawienia się „nowych lub nierozwiązanych kwestii powodujących poważną niepewność”, Komisja powinna „wyraźnie ocenić czy jakiegokolwiek ograniczenie jest bezpośrednio związane i konieczne dla dokonania koncentracji”¹⁶. Organ czyni tak na żądanie przedsiębiorców zgłaszających koncentrację¹⁷. Nową lub nierozwiązaną kwestią powodującą poważną niepewność jest kwestia nieujęta w stosownym obwieszczeniu Komisji lub opublikowanej decyzji. Procedura dotycząca nadzoru Komisji nad koncentracjami przedsiębiorców przewiduje więc w pierwszym rzędzie samocenę klauzul mających antykonkurencyjny potencjał przez uczestników koncentracji. Ocena jest oparta na wskazówkach zawartych w akcie typu *soft-law* – Komunikacie Komisji. Prawodawca unijny nie ustanawia konieczności każdorazowej weryfikacji klauzul umownych, które mogą zostać uznane za ograniczenia akcesoryjne. W praktyce Komisji można zauważyć przypadki odmowy oceny klauzul skierowanych do organu przez strony postępowania¹⁸.

Zgodnie treścią Komunikatu Komisji, ograniczenia akcesoryjne muszą być bezpośrednio związane i konieczne do dokonania koncentracji, a spełnienie tych przesłanek powinno być rozpatrywane obiektywnie. Ograniczenia nie są zaś obiektywne i konieczne do dokonania koncentracji tylko dlatego, że strony uważają je za takowe¹⁹. Za ograniczenie będące **bezpośrednio związane** z koncentracją uważa się takie, które jest z nią powiązane ekonomicznie, a jego celem jest umożliwienie płynnego przejścia na zmienioną strukturę przedsiębiorstwa po dokonaniu koncentracji²⁰. W sprawie *Metropole Television* orzekający sąd wskazał, że jest to ograniczenie podporządkowane wejściu w życie operacji i posiadające z nią ewidentne powiązanie²¹. Przesłanka **konieczności** cechuje się natomiast nie tylko tym, że w przypadku braku zastosowania klauzuli nie można dokonać koncentracji, ale także tym, że można ją dokonać, lecz na o wiele bardziej niepewnych warunkach, po znacznie wyższych kosztach, w znacznie dłuższym czasie lub ze znacznie większą trudnością²². By spełnić przesłankę konieczności wymagane jest również zweryfikowanie okresu, przedmiotu oraz obszaru geograficznego, na którym ograniczenie będzie zastosowane²³. W praktyce Komisji przesłankę konieczności spełniały klauzule służące ochronie wartości przenoszonego przedsiębiorstwa²⁴, utrzymaniu łańcucha dostaw²⁵, czy ułatwiające utworzenie nowego podmiotu²⁶.

¹⁴ Rozporządzenie Rady (WE) Nr 139/2004 z 20.1.2004 r., w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.Urz. UE L Nr 24, s. 1), pkt 6(1) b.

¹⁵ *Ibidem*, pkt 21 preambuły.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *N. Leyr*, European Merger, 19.02; Rozporządzenie Rady (WE) 139/2004, pkt 21 preambuły.

¹⁸ Decyzja Komisji w sprawie Nr COMP/M.6127, Atos Origin/Siemens IT Solutions & Services, pkt 8–11.

¹⁹ Komunikat Komisji w sprawie ograniczeń, pkt 11.

²⁰ *Ibidem*, pkt 12.

²¹ Orzeczenie SPI, w sprawie T-112/99, *Metropole Television (M6) v. Commission*; E.C.R. II-2459, pkt 113.

²² Komunikat Komisji w sprawie ograniczeń, pkt 13.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Zob. decyzja Komisji Europejskiej, sprawa Nr COMP/M.2330 *Cargill/Banks*, pkt 30; decyzja Komisji Europejskiej, w sprawie Nr COMP/M.277, *Goldman Sachs/Messer Griesheim*, pkt 11.

²⁵ Zob. decyzja Komisji Europejskiej, w sprawie Nr COMP/M.1841, *Celestica/IBM*, pkt 21.

²⁶ Decyzja Komisji Europejskiej w sprawie Nr COMP/M.2243, *Stora Enso/AssiDoman/JV*, pkt 49 i 56.

Zdaniem Komisji, przedsiębiorcy powinni wybierać takie ograniczenia, które w najmniejszym stopniu ograniczają konkurencję. Unijny organ ochrony konkurencji rozpatruje legalność ograniczeń akcesoryjnych, z punktu widzenia zabezpieczenia interesu kupującego, a nie sprzedającego. Nabywca, zdaniem Komisji, ma bowiem większą potrzebę korzystania z ochrony, niż zbywca. Co do zasady, ograniczenia przynoszące korzyść zbywcy nie są bezpośrednio związane, ani konieczne do dokonania koncentracji, bądź ich zakres lub okres obowiązywania powinny być bardziej ograniczony, niż w przypadku klauzul przynoszących korzyści nabywcy²⁷.

W przypadku zbycia przedsiębiorstwa Komisja zwraca uwagę na trzy podstawowe klauzule. Przedstawia też przesłanki do ich samooceny. **Pierwszą klauzulą jest zakaz konkurencji.** Postanowienie służy uzyskaniu pełnej wartości przenoszonych aktywów, na które składają się zarówno wartości materialne, jak i niematerialne (*good will* czy *know how*). Komisja uznaje, że, co do zasady, klauzule zakazu konkurencji służą doświadczeniu do skutku planowanej sprzedaży przedsiębiorstwa²⁸. Są więc bezpośrednio związane z koncentracją, a także niezbędne do jej dokonania, posiadając istotne znaczenie praktyczne dla koncentracji²⁹. Klauzule nie mogą jednak przekraczać racjonalnych ograniczeń. Zakaz konkurencji, co do zasady, dopuszczalny jest na okres do 3 lat w przypadku gdy w wyniku koncentracji dojdzie do przeniesienia lojalności klientów w formie *good will*, jak i przeniesienia *know-how*. W przypadku gdy dochodzi jedynie do przenoszenia *good will*, należy czas obowiązywania takich klauzul ograniczyć do lat 2³⁰. Dłuższy okres obowiązywania klauzuli zakazu konkurencji może być uzasadniony lojalnością konsumentów. Było tak np. w sprawie *Volvo/Renault*³¹ czy *RWE/DEA/Augusta (II)*³². W praktyce Komisji można odnaleźć decyzje, w których nieograniczony w czasie zakaz konkurencji został uznany za nieuzasadniony³³.

Kluczowa dla unijnego organu ochrony konkurencji jest wartość firmy i *know-how*. Samo przeniesienie wartości materialnych nie uzasadnia nałożenia zakazu konkurencji³⁴. Jeśli chodzi zaś o obszar geograficzny, to powinien on obejmować taki teren na jakim produkty oferował zbywca przed dokonaniem koncentracji³⁵. Jego rozszerzenie jest możliwe, jeśli zbywca już poczynił odpowiednie inwestycje do wejścia na dodatkowe obszary geograficzne³⁶. Zakaz konkurencji musi dotyczyć także produktów stanowiących przedmiot działalności zbywcy. Takie założenie oparte jest na możliwym do obalenia domniemaniu, że nabywca nie potrzebuje ochrony przed działaniem zbywcy na innym rynku produktowym, niż ten, którego dotyczy przenoszona działalność gospodarcza³⁷. Uzasadnione może okazać się jednak objęcie zakazem produktów będących ulepszonymi wersjami przenoszonego produktu lub jego sukcesorami³⁸. Zakazem kon-

²⁷ Komunikat Komisji w sprawie ograniczeń, pkt 7.

²⁸ Komunikat Komisji w sprawie ograniczeń, pkt 18.

²⁹ I. Kokkoris, H. Shelanski, EU Merger Control, A Legal and Economic Analysis, Oxford 2014, s. 151.

³⁰ Komunikat Komisji w sprawie ograniczeń, pkt 20.

³¹ Decyzja Komisji Europejskiej, w sprawie Nr COMP/M. 1980 Volvo/Renault, pkt 56.

³² Zob. Decyzja Komisji Europejskiej, w sprawie Nr IV/M.612, *RWE-DEA/Augusta (II)*.

³³ Zob. Decyzja Komisji Europejskiej, w sprawie Nr IV/M.301, *Tesco Ltd/Catteau SA*.

³⁴ Komunikat Komisji w sprawie ograniczeń, 21.

³⁵ *Ibidem*, pkt 22.

³⁶ Zob. Decyzja *Tesco/Catteau*, pkt 12.

³⁷ N. Ley, European Merger, 19.04.

³⁸ Decyzja Komisji Europejskiej, w sprawie Nr IV/M.651, *AT&T/Philips*, pkt VII.

kurencji może zostać objęty nie tylko zbywca, ale także jego spółki zależne i przedstawiciele handlowi. Nie zostanie jednak uznany za uzasadniony zakaz nakładany na dystrybutorów.

Podobnie oceniane są klauzule ograniczające prawo zbywcy do zakupu udziałów w przedsiębiorstwach konkurencyjnych, chyba że uniemożliwiają one zbywcy zakup lub posiadanie udziałów wyłącznie w celach inwestycji finansowych, bez przyznawania mu prawa do sprawowania funkcji zarządczych lub wywierania istotnego wpływu na to przedsiębiorstwo. Analogiczne dopuszczalne okresy czasowe dotyczą tzw. *non-solicitation agreements*.

Drugim przypadkiem ograniczeń akcesoryjnych są **porozumienia licencyjne**, kiedy zbywca zachowuje prawa własności intelektualnej. Komisja stoi na stanowisku, że licencje na *know-how*, czy patenty, można uznać za konieczne do dokonania koncentracji i mogą one zostać uznane za integralną jej część³⁹. Jednocześnie nie muszą być ograniczone w czasie⁴⁰. Zagrożenie mogą powodować głównie ograniczenia terytorialne nałożone na produkcję⁴¹.

Trzecim przykładem ograniczeń akcesoryjnych są **zobowiązania z tytułu zakupów i dostaw**, spowodowane likwidacją podmiotu zbywcy. Ich celem jest zapewnienie ciągłości dostaw produktów niezbędnych do prowadzenia działalności gospodarczej zbywcy. Okres takiego zobowiązania nie może przekraczać 5 lat⁴². W tym przypadku nie zostaną uznane za konieczne do dokonania koncentracji takie zobowiązania, które przewidują wyłączność, nieograniczone ilości lub nadające uprzywilejowanie dostawcy lub nabywcy⁴³. Takie same zasady dotyczą dystrybucji towarów.

Na przedstawionym podejściu do oceny ograniczeń akcesoryjnych wzorują się krajowe organy ochrony konkurencji Państw Członkowskich Unii Europejskiej. Jest tak chociażby w Wielkiej Brytanii, której organ ochrony konkurencji wprost wskazuje na stosowanie oceny ograniczeń akcesoryjnych ukształtowanej przez Komisję Europejską⁴⁴. Jest tak również we francuskim porządku prawnym, w ramach stosowania przepisów art. L. 430-5 lub L. 430-7 francuskiego kodeksu handlowego⁴⁵. Podejście wzorowane na treść Komunikatu Komisji stosuje się także w prawie Greckim⁴⁶ czy Włoskim⁴⁷.

IV. Podejście Prezesa UOKiK do ograniczeń akcesoryjnych – uwagi wstępne

W ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów⁴⁸ (dalej: Ustawa) brak jest wzorca normatywnego *explicite* traktującego o ograniczeniach akcesoryjnych. Jest tak zarówno w zakresie przepisów dotyczących porozumień ograniczających konkurencję, jak i nadzoru nad

³⁹ Decyzja Komisji Europejskiej, w sprawie Nr IV/M.1167, *ICI/Williams*, pkt 24.

⁴⁰ Komunikat Komisji w sprawie ograniczeń, pkt 28.

⁴¹ *Ibidem*, pkt 29.

⁴² *Ibidem*, pkt 33.

⁴³ *Ibidem*, pkt 34.

⁴⁴ *J. Parker, A. Majumdar*, UK Merger Control, Hart Publishing, 2011 pkt 6.12.

⁴⁵ *Autorite de la concurrence*, Merger Control Guidelines, wersja angielska, pkt 485.

⁴⁶ *Hellenic Competition Commission*, Decision No 279/IV/2005, Procter and Gamble/Carpentras.

⁴⁷ *Istituto Centrale delle Banche Popolari Italiane/Bu Bankamericard* (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato), Case C7748, Provvedimento n° 16345, Bollettino n° 2/2007.

⁴⁸ Ustawa z 16.2.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r. poz. 229).

koncentracjami przedsiębiorców. Inaczej niż w prawie unijnym, przepisy Ustawy nie przyznają Prezesowi UOKiK wprost kompetencji do legalizacji ograniczeń akcesoryjnych w decyzji wyrażającej zgodę na dokonanie koncentracji⁴⁹. Nie oznacza to jednak, że ograniczenia tego typu są zupełnie pomijane przez rodzimy organ ochrony konkurencji.

Stanowisko Prezesa UOKiK dotyczące podejścia do ograniczeń akcesoryjnych w ramach stosowania nadzoru nad koncentracjami przedsiębiorców można odnaleźć w wyjaśnieniach dotyczących oceny zgłaszanych koncentracji (dalej: Wyjaśnienia)⁵⁰.

Organ uważa m.in., że zgoda na przeprowadzenie koncentracji nie rozciąga się na antykonkurencyjne postanowienia umowne „towarzyszące” koncentracji. Zakres wydawanej decyzji administracyjnej nie dotyczy więc, zdaniem Prezesa UOKiK, postanowień umowy, na podstawie której dokonywana jest koncentracja. Organ twierdzi również, że ograniczenia akcesoryjne „nie są przedmiotem kontroli, ani oceny w trakcie postępowania antymonopolowego w sprawie zamiaru koncentracji przedsiębiorców”⁵¹.

W dalszej części Wyjaśnień organ przyznaje, iż może zwrócić uwagę przedsiębiorcy, że określone postanowienie umowne towarzyszące koncentracji, budzi wątpliwości w zakresie zgodności z przepisami prawa ochrony konkurencji. Klauzule towarzyszące koncentracji, z jednej strony, nie są zatem „przedmiotem kontroli ani oceny w trakcie postępowania”, chociaż, z drugiej strony, faktycznie stają się przedmiotem „kontroli” w momencie, kiedy organ w trakcie postępowania zwróci uwagę przedsiębiorcy na treść określonego postanowienia. Prezes UOKiK czyni tak, gdy dana klauzula wzbudzi jego wątpliwości. Trudno jest jednak stwierdzić, w jaki sposób i jakiego rodzaju wątpliwości organu miałyby wzbudzić postanowienie umowne, jeśli ten ani nie obejmuje go nadzorem, ani nie weryfikuje jego skutków rynkowych.

Według stanowiska Prezesa UOKiK, odmowa zmiany budzących wątpliwości postanowień może spowodować konieczność wszczęcia postępowania antymonopolowego w celu oceny, czy doszło do antykonkurencyjnego porozumienia przedsiębiorców (tj. naruszenia przepisu art. 6 OKiKU⁵²). Treść Wyjaśnień wskazuje też, że zwrócenie uwagi przedsiębiorcy na indywidualne klauzule nie jest obowiązkowym działaniem organu. Prezes UOKiK twierdzi więc, iż nie jest zobligowany do poszukiwania tego typu postanowień w przedłożonych mu umowach identyfikujących czynności, na podstawie których ma zostać dokonana koncentracja⁵³. Konsekwencją może być to, że w sytuacjach: (i) pominięcia przez organ klauzuli znajdujących się w treści umowy identyfikującej czynności koncentracyjne i np. wykrycia jej przez już po wydaniu decyzji, oraz (ii) wykrycia takiej klauzuli przez Prezesa UOKiK i braku zajęcia przez organ stanowiska, podczas postępowania antymonopolowego w sprawie koncentracji, przedsiębiorca może liczyć się ze wszczęciem postępowania antymonopolowego w sprawie porozumienia ograniczającego konkurencję⁵⁴.

⁴⁹ T. Skoczny, D. Aziewicz, [w:] T. Skoczny (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2014, s. 649; zob. też przepisy ustawy art. 94–99.

⁵⁰ Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Wyjaśnienia dotyczące oceny przez Prezesa UOKiK zgłaszanych koncentracji. Chociaż nie jest to powszechnie obowiązujący akt prawa, to dokument przedstawia oficjalne podejście organu antymonopolowego do zagadnień związanych z prowadzonymi postępowaniami administracyjnymi.

⁵¹ *Ibidem*, s. 67.

⁵² Art. 6 OKiKU.

⁵³ Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Wyjaśnienia, s. 67.

⁵⁴ Art. 49 OKiKU.

Prezes UOKiK nie uzależnia zgody na dokonanie koncentracji od ewentualnych zmian klauzul antykonkurencyjnych⁵⁵. Nie jest więc jasne, czy dana klauzula, w przypadku zwrócenia uwagi organu musiałaby zostać przez uczestników koncentracji usunięta w trakcie postępowania antymonopolowego w sprawie koncentracji, czy też po jego zakończeniu. Należałoby wręcz przyjąć stanowisko, że jeśli wydanie zgody na dokonanie koncentracji nie jest warunkowane usunięciem lub zmianą klauzul potencjalnie antykonkurencyjnych, to ich wyeliminowanie mogłoby odbyć się po wydaniu decyzji wyrażającej zgodę na dokonanie koncentracji. Takie twierdzenie może być jednak sprzeczne z przepisami Działu III Ustawy, ustanawiającymi co do zasady prewencyjny charakter nadzoru nad koncentracjami przedsiębiorców. Niewątpliwie rodzi to niepewność także po stronie przedsiębiorcy – odnośnie do trybu wyeliminowania postanowień umownych z obrotu. Czy miałyby się to odbywać w jakimś bliżej nieregulowanym postępowaniu po wydaniu decyzji dotyczącej koncentracji, czy może po wszczęciu postępowania w sprawie praktyk ograniczających konkurencję i przykładowo wydaniu tzw. decyzji zobowiązaniowej⁵⁶.

W Wyjaśnieniach brak jest także przedstawienia podejścia do merytorycznej oceny klauzul towarzyszących koncentracjom. Jest tak, pomimo, że dokument dokładnie przedstawia przesłanki merytorycznej oceny skutków koncentracji oraz pomimo, że ocena klauzul związanych z transakcjami kapitałowymi jest obecna w praktyce Prezesa UOKiK⁵⁷.

Poza referowanym podejściem Prezesa UOKiK należy wskazać pominięcie aspektu ograniczeń akcesoryjnych przez prawodawcę. Brak jest bowiem formalnego trybu w jakim zgłaszający zamiar koncentracji przedsiębiorca mógłby z własnej inicjatywy zgłosić istnienie klauzul umownych mających antykonkurencyjny potencjał, a mogących zostać uznany za ograniczenia akcesoryjne. Prawodawca określający treść formularza – Wykazu Informacji i Dokumentów będącego załącznikiem do rozporządzenia Rady Ministrów z 23.12.2014 r. w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji przedsiębiorców⁵⁸, nie wskazał miejsca w tym formularzu, w którym dokonujący zgłoszenia przedsiębiorca mógłby wskazać Prezesowi UOKiK fakt istnienia klauzul akcesoryjnych w umowie identyfikującej czynności, na podstawie których ma zostać dokonana koncentracja⁵⁹. W takiej sytuacji jedyną formalną podstawą do identyfikacji klauzul jest działanie Prezesa UOKiK.

Obowiązujące podejście do oceny postanowień umownych mogących nieść antykonkurencyjne skutki sprawia w głównej mierze, że u przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji powstaje stan niepewności co do tego, jak może potoczyć się postępowanie administracyjne. Przedsiębiorca nie może całkowicie wykluczyć wszczęcia przeciwko niemu postępowania w sprawie praktyk ograniczających konkurencję i nałożenia kary pieniężnej – za każdym razem kiedy brakuje całkowitej pewności co do oceny konkretnego postanowienia umownego. Z uwagi np. na charakter porozumień dzielących rynek, z nałożeniem kary muszą także liczyć się osoby zarządzające przedsiębiorstwem⁶⁰.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Art. 12 OKiKU.

⁵⁷ Decyzja Prezesa UOKiK Nr RWA – 30/2004, z 29.10.2004 r.

⁵⁸ Dz.U. z 2015 r. poz. 80 ze zm.

⁵⁹ Załącznik do rozporządzenia Rady Ministrów z 23.12.2014 r. w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji przedsiębiorców (Dz.U. z 2015 r. poz. 80 ze zm.).

⁶⁰ Art. 6a OKiKU.

V. Poglądy doktryny

Odmienne od prezentowanego przez Prezesa UOKiK stanowisko jest przedstawiane przez przedstawicieli doktryny prawa ochrony konkurencji. Wskazuje się, m.in. że stosowanie ograniczeń akcesoryjnych w prawie polskim powinno zostać implementowane, ponieważ kryteria ich dopuszczalności zostały określone w komunikacie Komisji Europejskiej w sprawie ograniczeń bezpośrednio związanych i koniecznych dla dokonania koncentracji (dalej: Komunikat Komisji)⁶¹. Autor tej tezy niestety nie precyzuje jaka jest podstawa bezpośredniego zastosowania przez polski organ administracji komunikatu Komisji Europejskiej. Wskazuje się także na stosowanie doktryny ograniczeń akcesoryjnych ze względu na potrzebę jednolitego stosowania prawa unijnego⁶², jak i pro-unijnej wykładni prawa krajowego⁶³. Podkreśla się wymóg aplikowania wykładni celowościowej⁶⁴.

Dodatkowo, w piśmiennictwie można odnaleźć twierdzenie, że: „niemożliwość zastosowania w ramach koncentracji klauzuli o zakazie konkurencji lub niepewność co do jej dopuszczalności mogłaby spowodować znaczące zmniejszenie liczby koncentracji oraz ograniczyć pewność obrotu”⁶⁵. Wydaje się, że w praktyce w głównej mierze problemu nie rodzi jednak możliwość zastosowania tego typu klauzul, lecz pewność co do trybu ich oceny, w tym stopień prawdopodobieństwa wszczęcia postępowania w sprawie naruszenia przepisu art. 6, jak i 6a Ustawy, a później nałożenia kar pieniężnych.

VI. Materialnoprawne i proceduralne podstawy oceny ograniczeń akcesoryjnych przez Prezesa UOKiK w trakcie postępowania w sprawach koncentracji

Pomimo braku odniesienia się przez ustawodawcę do stosowania doktryny ograniczeń akcesoryjnych w postępowaniach antymonopolowych w sprawach koncentracji, decyzje w sprawach koncentracji powinny obejmować ocenę ograniczeń akcesoryjnych, będących częścią składową tego rodzaju operacji gospodarczych. Z materialnoprawnego punktu widzenia podstawą artykułowanej tezy jest możliwość doprowadzenia przez klauzule umowne do powstania siły rynkowej, jak i podyktowane prewencyjnym charakterem nadzoru warunkowanie ich wprowadzenia w życie decyzją wydaną przez Prezesa UOKiK.

Zgodnie z treścią Ustawy, Prezes UOKiK, co do zasady, prewencyjnie ocenia skutki koncentracji według zawartego w normach art. 18 oraz art. 20 ust. 1 Ustawy, tzw. testu istotnego ograniczenia konkurencji. Z ekonomicznego punktu widzenia polega to na weryfikacji, czy w wyniku dokonania koncentracji dojdzie do powstania siły rynkowej przedsiębiorcy lub kilku przedsiębiorców. W związku z tym, zreferowane w pkt 4 powyżej podejście Prezesa UOKiK do ograniczeń akcesoryjnych można by uznać za uzasadnione jedynie, jeśli przyjąć,

⁶¹ K. Kohutek, [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2014.

⁶² E. Stawicki, [w:] A. Stawicki, E. Stawicki, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz, Warszawa 2016, s. 476.

⁶³ T. Skoczny, D. Aziewicz, [w:] T. Skoczny (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, s. 649.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ P. Barczak, P. Michałowski, Klauzule o zakazie konkurencji w procesie koncentracji w europejskim i w polskim prawie konkurencji, Pal. 2004, Nr 3–4.

że do istotnego ograniczenia konkurencji może dojść tylko i wyłącznie poprzez internalizację aktywów uczestników koncentracji, a nie przez uregulowanie ich zachowań rynkowych postanowieniem umownym. Niemniej jednak chociażby ekonomicznym skutkiem klauzuli o zakazie konkurencji jest w rzeczywistości podział rynku, a takie działanie może skutkować uzyskaniem przez przedsiębiorcę powstałego w wyniku koncentracji monopolu (siły rynkowej) na określonym obszarze geograficznym – spełniając przesłanki istotnego ograniczenia konkurencji. Nie jest więc uzasadniony całkowity brak objęcia tego typu klauzul badaniem prowadzonym w trakcie postępowania antymonopolowego w sprawach koncentracji.

Fakt, że ustawodawca nie odnosi się wprost w treści przepisów Ustawy do legalizacji poszczególnych klauzul umów jako ograniczeń akcesoryjnych, wcale nie oznacza, że nie znajdują się one w zakresie badania organu ochrony konkurencji. Obowiązek badania wpływu postanowień umownych na konkurencję wynika bowiem z wykładni celowościowej norm art. 13, 18 oraz art. 20 ust. 1 OKiKU. Jeśli określona klauzula umowna nie okazałaby się „akcesoryjna” do głównego celu transakcji, a skutkiem jej wprowadzenia byłoby wykreowanie siły rynkowej przedsiębiorcy powstałego w wyniku koncentracji, to powinno być to podstawą do prewencyjnego zablokowania koncentracji przez organ ochrony konkurencji.

Konsekwentnie należy przyjąć, że zgoda na dokonanie koncentracji jest wydawana przez organ po stwierdzeniu, że w wyniku jej skonsumowania nie dojdzie do istotnego ograniczenia konkurencji – w ramach wszystkich okoliczności towarzyszących transakcji, a nie tylko w wyniku gospodarczego scalenia przedsiębiorców. Z punktu widzenia testu istotnego ograniczenia konkurencji, należy więc uznać, że zakres wydawanej decyzji administracyjnej dotyczy skutków klauzul umowy, na podstawie której dokonywana jest koncentracja.

Sam obowiązek weryfikacji klauzul umownych na etapie postępowania w sprawie koncentracji wynika również z zasad ogólnych postępowania administracyjnego. Na taką podstawę, bez szczegółowego uzasadnienia, wskazali już prof. *T. Skoczny* oraz autor niniejszego artykułu⁶⁶.

Prezes UOKiK jest centralnym organem administracji rządowej⁶⁷. W związku z tym, zgodnie z treścią art. 1 ustawy Kodeks postępowania administracyjnego (dalej: KPA), postępowanie przed Prezesem UOKiK jest postępowaniem administracyjnym. W sprawach nieuregulowanych w Ustawie do postępowania przed Prezesem UOKiK stosuje się przepisy KPA. Przepisy KPA znajdują wprost zastosowanie w sytuacjach, które nie zostały w Ustawie uregulowane. Prezes UOKiK ma obowiązek stosowania m.in. zasad ogólnych ustanowionych w KPA. Dla przedstawionego problemu badawczego należy wskazać na trzy wyrażone tam zasady.

Artykuł 7 KPA statuuje zasadę prawdy obiektywnej, która wymaga od organu administracji podjęcia wszelkich czynności niezbędnych do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz do załatwienia sprawy, mając na względzie interes społeczny i słuszny interes obywateli. W doktrynie prawa ochrony konkurencji podkreśla się, że z uwagi na fakt działania Prezesa UOKiK w interesie publicznym, uzasadniony jest obowiązek dochodzenia prawdy obiektywnej i podjęcia wszelkich kroków dla wyjaśnienia stanu faktycznego⁶⁸. Z kolei wymogiem ukonstytuowanym przez prawodawcę jest przedstawienie Prezesowi UOKiK przez zgła-

⁶⁶ *T. Skoczny, D. Aziewicz*, [w:] *T. Skoczny* (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, s. 649.

⁶⁷ Art. 29 ust. 1 OKiKU.

⁶⁸ *C. Banasiński, E. Piontek*, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz*, Warszawa 2009, s. 721.

szającego koncentrację przedsiębiorcę „ostatecznych lub aktualnych umów lub dokumentów identyfikujących czynności, na podstawie których ma dokonać się koncentracja”⁶⁹. Jeśli więc organ administracji jest obowiązany do podjęcia „wszelkich czynności niezbędnych do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego”, to działanie, zgodne z art. 7 KPA, wyklucza sytuację, w której organ pomija istotne treści dostarczonych mu dokumentów, których wdrożenie może prowadzić do istotnego ograniczenia konkurencji. Z drugiej strony, przeprowadzenie weryfikacji treści dokumentów i wydanie zgody na dokonanie koncentracji, oznacza że klauzule w nich zawarte są zgodne z przepisami prawa antymonopolowego.

Niemniej następstwem takiego podejścia powinno być to, że w świetle prewencyjnego charakteru nadzoru i skuteczniejszą w takim wypadku eliminacją działań szkodzących konkurencji⁷⁰, organ informuje przedsiębiorcę o budzących wątpliwości klauzulach i daje szansę na ich wyeliminowanie przed wydaniem decyzji – celem umożliwienia przeprowadzenia operacji gospodarczej. Bierze się to także z tzw. czasowej sensytywności koncentracji – konieczność ponownego zgłoszenia może bowiem zdezaktualizować np. opłacalność planowanego procesu gospodarczego. Dodatkowo trzeba mieć na względzie, że zasada prawdy obiektywnej wymaga od organu administracji dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego, mając na względzie m.in. słuszny interes obywateli. Trudno byłoby jednak mówić o dbaniu o taki interes, jeśli mając możliwość usunięcia budzących wątpliwości postanowień na etapie postępowania w sprawie koncentracji, zachowanie organu narażałoby przedsiębiorcę na wszczęcie zupełnie odrębnego postępowania w sprawie praktyk ograniczających konkurencję.

Artykuł 8 KPA statuuje zasadę pogłębiania zaufania do państwa. W doktrynie prawa administracyjnego wskazuje się m.in., że władza ma prawny obowiązek dążyć do stworzenia takiej atmosfery postępowania, w której obywatel ma zaufanie i jest przekonany, że stojąc przed urzędem – reprezentacją władzy, będzie potraktowany w sposób **sprawny, kompetentny**, zgodny z prawem oraz **maksymalnie uwzględniający jego interesy**⁷¹. Z interpretacji zasady pogłębiania zaufania bierze się postulat przewidywalności działań administracji publicznej. W państwie praworządnym standardem powinna być możliwość przewidzenia jakiego rozstrzygnięcia dokona władza wydająca akt administracyjny w określonych warunkach prawnych⁷². Zapewnienie uczestnikowi postępowania przewidywalności przebiegu postępowania wywodzi się z zasady sprawiedliwości proceduralnej⁷³. Wskazuje się, że obywatel musi mieć możliwość układania swoich spraw w zaufaniu, iż nie narazi go to na niekorzystne skutki prawne swoich działań i decyzji⁷⁴. W świetle zreferowanej wykładni zasady zaufania, należy wskazać że oddanie sprawy organowi administracji będzie budzić zaufanie, jeśli przedsiębiorca nie będzie w każdym przypadku, gdy pojawiają się jakiegokolwiek wątpliwości co do klauzul umownych, odczuwał zagrożenia wszczęcia następczego postępowania w sprawie praktyk

⁶⁹ Zob. pkt 6.1 rozdział VI Załącznika do rozporządzenia Rady Ministrów z 23.12.2014 r. w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji przedsiębiorców (Dz.U. z 2015 r. poz. 80 ze zm.).

⁷⁰ C. Banasiński, E. Piontek, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, s. 322.

⁷¹ J. Malanowski, [w:] M. Wierzbowski, A. Wiktorowska (red.), Kodeks postępowania administracyjnego, Komentarz, Warszawa 2013, s. 57, 65.

⁷² *Ibidem*, s. 66.

⁷³ P. Tuleja, [w:] M. Saffan, L. Bosek (red.), Konstytucja RP, Warszawa 2016, Art. 2.

⁷⁴ K. Celińska-Gregorczyk, Zasada pogłębiania zaufania obywateli do organów państwa w orzecznictwie sądów administracyjnych, [w:] J. Niczyporuk (red.), Kodyfikacja postępowania administracyjnego na 50-lecie K.P.A., Lublin 2010, s. 61.

ograniczających konkurencję. Właściwe jest zatem zidentyfikowanie, ocena i ewentualne wyeliminowanie z obrotu klauzul antykonkurencyjnych już na etapie postępowania w sprawie koncentracji przedsiębiorców.

Ostatecznie można wskazać też na zasadę udzielenia informacji zawartą w art. 9 KPA. W orzecznictwie odnaleźć można pogląd, że nie można ograniczać tego nakazu wyłącznie do toczącego się postępowania, jeśli charakter danej regulacji nie tylko usprawiedliwia, ale wymaga takiego działania⁷⁵. Możliwość wszczęcia postępowania następczego sprzeciwiałaby się takiej wykładni art. 9 KPA.

Wskazane wyżej zasady ogólne KPA są wystarczającą podstawą do obligatoryjnej oceny klauzul umownych, w świetle doktryny ograniczeń akcesoryjnych, w trakcie postępowania w sprawie koncentracji przed Prezesem UOKiK. Równocześnie, zasady te nie dają podstaw do wprowadzenia, wzorem prawa unijnego, procedury samooceny klauzul przez przedsiębiorców.

Należy więc wskazać, że w obecnym stanie prawnym przeciwnie do stanowiska przedstawionego w Wyjaśnieniach Prezesa UOKiK istnieje obowiązek oceny klauzul umownych w świetle doktryny ograniczeń akcesoryjnych w postępowaniach w sprawie koncentracji. Nie wyklucza to jednak możliwości doprecyzowania takiego obowiązku na poziomie ustawowym. Tym bardziej wobec przedstawionych w niniejszym artykule kontrowersji wobec stanowiska Prezesa UOKiK. *De lege ferenda* – do usprawnienia weryfikacji klauzul w świetle doktryny ograniczeń akcesoryjnych mogłaby natomiast przyczynić się zmiana formularza zgłoszeniowego w ten sposób, by przedsiębiorcy zgłaszający zamiar koncentracji wskazywali klauzule o antykonkurencyjnym potencjale Prezesowi UOKiK. Takie rozwiązanie musi jednak kreować obowiązek przedsiębiorcy do wskazywania klauzul we wniosku zgłoszeniowym.

Powyższe oznacza też, że organ ochrony konkurencji powinien przedstawić wskazówki, według których dokonywać powinno się oceny potencjalnych ograniczeń akcesoryjnych⁷⁶. Mogłoby to bowiem przyspieszyć postępowania w sprawach koncentracji przedsiębiorców, prowadząc m.in. do uniknięcia weryfikacji klauzul (zmniejszenia ilości klauzul wymagających oceny – przez zwiększenie świadomości przedsiębiorców). Wzorem innych europejskich organów ochrony konkurencji można w tym aspekcie odwołać się do Komunikatu Komisji.

⁷⁵ Wyr. NSA z 27.11.2008 r., II OSK 1470/07, OSP 2009, Nr 9, poz. 100; wyr. NSA z 17.4.2012 r., II GSK 1319/11, Legalis.

⁷⁶ Art. 31a. Ustawy – Prezes Urzędu może wydać i ogłosić wyjaśnienia i interpretacje mające istotne znaczenie dla stosowania przepisów w sprawach objętych zakresem działania Prezesa Urzędu.