

Marcin Kulesza*

Zakaz konkurencji obejmujący podmiot kontrolujący zbywcę w umowach transakcyjnych a komunikat i orzecznictwo KE w sprawie ograniczeń akcesoryjnych

Spis treści

- I. Wstęp
- II. Ograniczenia akcesoryjne
- III. Strona podmiotowa zakazu konkurencji wg Komunikatu KE w sprawie ograniczeń akcesoryjnych
- IV. Zakaz konkurencji obejmujący podmiot dominujący wobec uczestnika transakcji w praktyce Prezesa UOKiK
- V. Podsumowanie

Streszczenie

Artykuł przedstawia analizę Komunikatu Komisji Europejskiej w sprawie ograniczeń bezpośrednio związanych i koniecznych dla dokonania koncentracji oraz orzecznictwo Komisji w sprawach kontroli koncentracji pod kątem dopuszczalności ograniczeń akcesoryjnych w postaci zakazów konkurencji o zakresie podmiotowym obejmującym, obok bezpośredniego zbywcy, podmioty znajdujące się wyżej w strukturze jego grupy kapitałowej, w tym osoby lub podmioty ostatecznie kontrolujące zbywcę. Tego rodzaju klauzule często pojawiają się w praktyce transakcyjnej, wzbudzając niejednokrotnie wątpliwości co do zgodności z prawem ochrony konkurencji. Niniejszy artykuł ma na celu przedstawienie opartych na Komunikacie i decyzjach Komisji argumentów za dopuszczalnością takich klauzul. Ponadto omówiono orzecznictwo Prezesa UOKiK dotyczące tej kwestii.

Słowa kluczowe: zakaz konkurencji; zakaz konkurowania; ograniczenia akcesoryjne; ograniczenia dodatkowe; grupa kapitałowa; podmiot dominujący; kontrola koncentracji.

JEL: K12, K21

* Doktor nauk prawnych; prawnik w praktyce ochrony konkurencji i konsumentów kancelarii Wardyński i Wspólnicy; e-mail: marcin.kulesza@wardynski.com.pl; <https://orcid.org/0000-0002-1569-2244>. Niniejszy artykuł wyraża wyłącznie własne poglądy autora.

I. Wstęp

W praktyce transakcyjnej powszechne jest konstruowanie i analizowanie klauzul o zakazie konkurencji (zakazie konkurowania, *non-compete clauses*). Zazwyczaj obejmują one bezpośredniego zbywcę (sprzedającego) oraz jego podmioty zależne – spółki-siostry przedmiotu transakcji. Niekiedy niezbędne dla zabezpieczenia interesów nabywcy okazuje się jednak objęcie zakazem konkurencji także innych podmiotów z grupy kapitałowej zbywcy. Wówczas, zazwyczaj przez doradców sprzedającego, podnoszone bywają wątpliwości co do dopuszczalności rozszerzenia zakresu takiej klauzuli o podmioty znajdujące się wyżej w strukturze grupy kapitałowej zbywcy, w tym o osoby lub podmioty ostatecznie kontrolujące tę grupę kapitałową.

Niniejszy artykuł ma na celu przedstawienie stanowiska wspierającego dopuszczalność takiego zakresu przedmiotowego klauzuli *non-compete* w oparciu przede wszystkim o Komunikat Komisji w sprawie ograniczeń bezpośrednio związanych i koniecznych dla dokonania koncentracji¹ oraz o orzecznictwo KE. Nie rości on sobie przy tym pretensji do całościowego przedstawienia teorii ograniczeń akcesoryjnych, niejednokrotnie omawianych w literaturze. Jego celem jest wyłącznie uszczegółowienie dotychczasowej dyskusji w zakresie podmiotowej strony dopuszczalnego w świetle tej teorii zakazu konkurencji.

W artykule przedstawiono pokrótce teorię ograniczeń akcesoryjnych oraz omówiono podmiotowy zakres dopuszczalnych ograniczeń akcesoryjnych według Komunikatu KE oraz orzecznictwa TSUE i samej Komisji. Następnie podjęto się próby rekonstrukcji poglądu polskiego organu antymonopolowego w tym zakresie na podstawie Wyjaśnień dotyczących oceny przez Prezesa UOKiK zgłaszanych koncentracji² i szczątkowego orzecznictwa.

II. Ograniczenia akcesoryjne

Teoria ograniczeń akcesoryjnych została wypracowana w orzecznictwie unijnym³. Zgodnie z nią klauzule antykonkurencyjne bezpośrednio związane i niezbędne do przeprowadzenia głównego projektu gospodarczego (przeprowadzenia transakcji) powinny być dopuszczalne na gruncie prawa ochrony konkurencji (Kohutek, 2014, art. 18, teza 7; Krzyżewski, 2018, s. 67). Zatem nie stosuje się do nich art. 101 ust. 1 TFUE, jeżeli są „obiektywnie konieczne do realizacji operacji głównej oraz z drugiej strony, (...) proporcjonalne do tej operacji”⁴. Muszą więc pozostawać w bezpośrednim, funkcjonalnym i koniecznym związku z zasadniczym przedmiotem operacji (Kohutek, 2014, art. 8, teza 6). Bezpośredni związek zachodzi, gdy klauzula wprowadzająca ograniczenie ma znaczenie podrzędne (uzupełniające) wobec głównej operacji, a jednocześnie jest nierozdzielnie związana z głównym przedmiotem porozumienia. Związek jest konieczny, gdy ograniczenie jest obiektywnie niezbędne i zarazem proporcjonalne w stosunku do głównego przedmiotu porozumienia (Wijckmans i Tuytschaever, 2018, pkt 3.140). Pkt 12 Komunikatu KE precyzuje, że za bezpośrednio związane i konieczne dla dokonania koncentracji można uznać ograniczenia, które pozostają „w ścisłym związku z samą koncentracją. Nie wystarczy, że umowa została zawarta

¹ Dz. Urz. UE 2005 C 56/24; dalej: Komunikat KE.

² Dostępne pod adresem <https://www.uokik.gov.pl/download.php?plik=11899> (11.08.2020); dalej: Wyjaśnienia Prezesa UOKiK.

³ Wyr. Sądu z 18.09.2001 r. w sprawie T-112/99 *Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom i Télévision française 1 SA (TF1)* przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, Zb. Orz. 2001, s. II-02459, pkt 104; t. wyr. Sądu z 24.05.2012 r. w sprawie T-111/08 *MasterCard, Inc i in.* przeciwko Komisji Europejskiej, Zb. Orz. el., ZOTSiS 2012/5/II-260, LEX nr 1162557.

⁴ Wyr. Sądu w sprawie *Métropole*, pkt 106.

w tym samym kontekście lub w tym samym czasie co koncentracja. Ograniczenia bezpośrednio związane z koncentracją są ekonomicznie powiązane z główną transakcją, a ich celem jest umożliwienie płynnego przejścia na zmienioną strukturę przedsiębiorstwa po koncentracji”.

Z powyższego wynikają, obok bezpośredniego związku z transakcją główną, dwa podstawowe kryteria dopuszczalności klauzuli potencjalnie ograniczającej konkurencję:

- warunek niezbędności, tj. gdy przy braku klauzuli realizacja głównego przedmiotu transakcji (celu ekonomicznego) byłaby niemożliwa lub utrudniona, czyli, według pkt. 13 Komunikatu KE, „w przypadku braku tych umów koncentracji nie można dokonać lub można jej dokonać na o wiele bardziej niepewnych warunkach, po znacznie wyższych kosztach, w znacznie dłuższym czasie lub ze znacznie większą trudnością”, ponieważ „mają na celu ochronę przeniesionej wartości, utrzymanie ciągłości dostaw po likwidacji byłego podmiotu gospodarczego, lub umożliwienie założenia nowego przedsiębiorstwa”;
- oraz proporcjonalności⁵, tj. ustanawiane nią ograniczenia przedmiotowe, czasowe, terytorialne lub podmiotowe muszą zachować proporcje wobec zamierzonych czynności podstawowych (Kohutek, 2014, art. 8, teza 6; Stawicki, 2016, art. 18, pkt 5), a więc „nie przekraczają rozsądnych wymagań, które należy spełnić przy dokonywaniu koncentracji” (pkt 13 Komunikatu KE). Podkreślić przy tym trzeba, że, jak stanowi Komunikat KE w pkt. 11, bezpośredni związek i niezbędność nie wynikają wyłącznie z okoliczności uznania ograniczeń akcesoryjnych za konieczne i bezpośrednio związane z transakcją przez jej strony.

Teoria ograniczeń akcesoryjnych dotyczy wszystkich kategorii ustaleń między przedsiębiorcami (Krzyżewski, 2018, s. 67). Na gruncie przepisów o kontroli koncentracji, których dotyczy niniejszy artykuł, oznacza to, że zgodą organu ochrony konkurencji na dokonanie koncentracji obejmuje się, obok głównej transakcji, także jej elementy dodatkowe (pod warunkiem spełnienia przesłanek; Krzyżewski, 2018, s. 67)⁶.

Artykuł 6 ust. 1 lit. b akapit 2 oraz art. 8 ust. 1 akapit 2 i ust. 2 akapit 3 rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 z 20.01.2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw⁷ *expressis verbis* stanowią, że decyzja uznająca koncentrację za zgodną ze wspólnym rynkiem uwzględnia (obejmuje również) ograniczenia bezpośrednio związane i niezbędne dla dokonania koncentracji, przy czym, zgodnie z motywem 21 rozporządzenia, jeżeli „kwestia nie jest ujęta w stosownym, obowiązującym obwieszczeniu Komisji lub opublikowanej decyzji Komisji”, „na wniosek zainteresowanych przedsiębiorstw, 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”.

Należy zauważyć, że uokik z 2007 r. nie zawiera podobnego przepisu, a Wyjaśnienia Prezesa UOKiK wprost stwierdzają, że „tego rodzaju postanowienia umowne towarzyszące koncentracji nie są przedmiotem kontroli, ani oceny w trakcie postępowania antymonopolowego w sprawie zamiaru koncentracji przedsiębiorców”⁸. Ich oceny dokonuje się w ewentualnym odręb-

⁵ Niekiedy, na gruncie pkt. 13 Komunikatu KE, przyjmuje się, że przesłanka proporcjonalności stanowi element przesłanki niezbędności (np. Drobysz, 2006), jednakże za pkt 106 wyroku Sądu w sprawie *Métropole* uważam za wskazane – także dla ułatwienia i zwiększenia przejrzystości analizy ograniczeń akcesoryjnych – wydzielenie jej jako odrębnej przesłanki.

⁶ Teoria stosuje się także oczywiście na gruncie porozumień ograniczających konkurencję, gdzie oznacza, że nie ma konieczności przeprowadzania testu wyłączeń indywidualnych na podstawie art. 8 uokik z 2007 r. lub art. 101 ust. 3 TFUE (wyr. Sądu w sprawie *Métropole*, pkt 107; Krzyżewski, 2018, s. 67).

⁷ Dz. Urz. UE 2004 L 24/1.

⁸ Pkt 4, s. 67 Wyjaśnień Prezesa UOKiK.

nym postępowaniu antymonopolowym dotyczącym porozumienia ograniczającego konkurencję. W doktrynie prezentowany jest jednak pogląd, że gdy zgłaszający wskaże klauzule zawierające ograniczenia akcesoryjne, zgoda na koncentrację jest równoznaczna z akceptacją przez organ tych ograniczeń, nawet jeżeli w decyzji wyrażającej zgodę na koncentrację Prezes UOKiK nie zajął w tej sprawie stanowiska (Stawicki, 2016, art. 18, pkt 5; Skoczny i Aziewicz, 2014, art. 18, pkt 10). Skutkiem wydania wówczas zgody na dokonanie koncentracji byłoby wyłączenie stosowania do tych klauzul przepisów o zakazie porozumień ograniczających konkurencję (Barczak i Michałowski, 2004, s. 31). Mimo sprzeczności tego podejścia z Wyjaśnieniami Prezesa UOKiK należy uznać, że zgodnie z wymogiem wykładni pronunijnej wskazane byłoby, w braku uregulowania tej kwestii w polskich przepisach, stosowanie przesłanek wyznaczonych przez prawo unijne wraz z wytycznymi interpretacyjnymi zawartymi w Komunikacie KE (Krzyżewski, 2018, s. 68–69; Kohutek, 2014, art. 8, teza 6, art. 18, teza 7; Stawicki, 2016, art. 18, pkt 5; Skoczny i Aziewicz, 2014, art. 18, pkt 9; por. t. uwagi w części IV poniżej).

III. Strona podmiotowa zakazu konkurencji wg Komunikatu KE w sprawie ograniczeń akcesoryjnych

Rozporządzenie nr 139/2004 ogranicza się w kontekście ograniczeń akcesoryjnych, jak uważano powyżej, do stwierdzenia, że, po pierwsze, badając je na wniosek stron, KE powinna ustalić istnienie bezpośredniego związku oraz konieczności dla dokonania koncentracji⁹, a także, po drugie, że decyzja stwierdzająca zgodność koncentracji ze wspólnym rynkiem uwzględnia ograniczenia akcesoryjne spełniające kryteria bezpośredniości i niezbędności¹⁰. Kryteria, którymi organ unijny kieruje się w ocenie ograniczeń akcesoryjnych, szczegółowo przedstawiono w Komunikacie KE. Zawarte w Komunikacie wytyczne interpretacyjne wydano, „aby zagwarantować pewność prawną zainteresowanym przedsiębiorstwom”. Oddają one „istotę praktyki Komisji i określają zasady oceny, czy i do jakiego stopnia najpowszechniej stosowane rodzaje umów uważane są za dodatkowe ograniczenia”¹¹. KE zastrzega jednocześnie, że „przypadki spowodowane wyjątkowymi okolicznościami a nieobjęte niniejszym obwieszczeniem, mogą uzasadniać odejście od tych zasad”. Dalszych wytycznych interpretacyjnych podmioty zainteresowane powinny szukać w opublikowanym orzecznictwie KE¹².

Jak wynika z dalszej analizy Komunikatu KE i orzecznictwa Komisji, poruszane w niniejszym artykule kwestie nie stanowią nowej, nierozwiązanej kwestii w rozumieniu motywu 21 rozporządzenia nr 139/2004¹³, poniższe można zatem traktować jako przyczynek do wymaganej od stron transakcji samooceny wprowadzanych przez nie w transakcji ograniczeń podmiotowych pod kątem spełnienia przesłanek uznania ich za dopuszczalne ograniczenia akcesoryjne w rozumieniu rozporządzenia.

Klauzule o zakazie konkurencji, jeżeli chodzi o ograniczenia związane z transakcjami dotyczącymi przejęcia kontroli nad przedsiębiorcą, przedsiębiorstwem lub jego częścią, omawiane

⁹ Motyw 21 rozporządzenia nr 139/2004.

¹⁰ Art. 6 ust. 1 lit. b akapit 2 oraz art. 8 ust. 1 akapit 2 i ust. 2 akapit 3 rozporządzenia nr 139/2004.

¹¹ Pkt 4 Komunikatu KE.

¹² Pkt 5 Komunikatu KE; przez opublikowane orzecznictwo KE rozumie się, zgodnie z przypisem 2 na s. 1 (24) Komunikatu, decyzje opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE lub udostępnione do publicznej wiadomości na stronie internetowej KE.

¹³ Por. pkt 5 i 6 Komunikatu KE.

są w części III.A Komunikatu KE (pkt 18–26). W części IV.A Komunikatu omawiane są klauzule *non-competé* związane z koncentracjami obejmującymi utworzenie wspólnego przedsiębiorcy, bez odniesienia się jednak do ich zakresu podmiotowego.

Punkt 18 Komunikatu odnosi się do zobowiązań wynikających „z zakazu konkurencji nałożonych **na zbywcę** [podkreślenie autora] w kontekście przeniesienia przedsiębiorstwa lub jego części” w celu uzyskania przez nabywcę pełnej wartości przenoszonych aktywów, poprzez „pewną ochronę przed konkurencją w celu pozyskania lojalności klientów oraz przyswojenia i wykorzystania know-how”. Jak wynika z cytowanego fragmentu, to „zbywca winien jest zapewnić” taką ochronę nabywcy. Nawiązując do przesłanek niezbędności i proporcjonalności, w pkt. 19 Komunikatu KE podkreślono natomiast, że „klauzule o zakazie konkurencji są uzasadnione usankcjonowanym celem w postaci dokonania koncentracji wyłącznie wówczas, gdy (...) osoby im podlegające nie przekraczają tego, co jest racjonalnie uznane za niezbędne dla osiągnięcia tego celu”¹⁴. Należy zatem ustalić, jaki zakres podmiotowy klauzuli o zakazie konkurencji KE uznaje za bezpośrednio związany i niezbędny do dokonania transakcji oraz czy dopuszcza objęcie nim innych podmiotów z grupy kapitałowej sprzedającego, zwłaszcza podmioty ją kontrolujące.

Precyzując dopuszczalny zakres podmiotowy zakazu konkurencji, KE stwierdziła, że taką klauzulą „**zbywca może zobowiązać siebie, swoje spółki zależne i przedstawicieli handlowych** [podkreślenia autora]”¹⁵. Jednocześnie podkreśla się, że tego rodzaju ograniczeń nałożonych na „**innych**” nie uznaje się za bezpośrednio związane i konieczne dla dokonania koncentracji. Kategoria „innych” jest otwarta, a KE podaje jako przykłady „w szczególności” klauzule ograniczające „swobodę odsprzedawców lub użytkowników dokonywania przywozów lub wywozów”¹⁶. Podobnie tylko o „zbywcy” mowa w pkt. 25 i 26 Komunikatu KE w kontekście klauzul antykonkurencyjnych dotyczących zaangażowania kapitałowego w konkurencyjnym przedsiębiorstwie oraz wykonywania pracy i klauzul o zachowaniu poufności. W obu przypadkach brakuje wykluczenia omawianego zakresu podmiotowego klauzuli *non-competé*.

Kluczowa dla oceny przedmiotu niniejszego artykułu jest więc definicja zbywcy (sprzedającego) w rozumieniu Komunikatu KE oraz – gdyby Komunikat okazał się niewystarczającym źródłem interpretacji – zakres tego pojęcia zrekonstruowany na podstawie orzecznictwa KE. Na podstawie pkt. 24–26 Komunikatu można wstępnie założyć, że przez zbywcę Komunikat KE rozumie ogólnie podmioty wchodzące w skład jego grupy kapitałowej (Krzyżewski, 2018, s. 73), w tym te usytuowane wyżej w strukturze grupy niż bezpośredni zbywca.

Komunikat KE, posługując się pojęciem zbywcy wielokrotnie, nie wykląda go w żaden sposób. W największym znaczeniu należy rozumieć zbywcę jako bezpośrednią stronę umowy nabycia udziałów, przeniesienia własności przedsiębiorstwa, praw i obowiązków stanowiących zorganizowaną część przedsiębiorstwa itp. umowy stanowiącej podstawę koncentracji. Na potrzeby zakresu podmiotowego zakazu konkurencji rozszerza to pojęcie o podmioty zależne bezpośredniego sprzedającego (oraz, co pozostaje poza zakresem artykułu, jego przedstawicieli handlowych) (por. Kohutek, 2014, art. 18, teza 7). Zastrzeżenie, że rozszerzenie zakazu konkurencji na „innych” nie jest dopuszczalne, jest w tym kontekście niewystarczające, zwłaszcza w świetle podanych

¹⁴ Z odesłaniem od wyr. TSUE z 11.07.1985 r. w sprawie 42/84 *Remia BV i inni przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, Zb. Orz. 1985, s. 02545, pkt 20, oraz w sprawie *Métropole*, pkt 106.

¹⁵ Pkt 24 zd. 1 Komunikatu KE.

¹⁶ Pkt 24 zd. 2 i 3 Komunikatu KE.

w pkt. 24 zd. 3 Komunikatu KE przykładów podmiotów zewnętrznych wobec sprzedającego i jego grupy kapitałowej. Należy zatem uznać, że Komunikat KE jest w tej kwestii niewystarczającym narzędziem interpretacyjnym, i zbadać, czy objęcie zakazem konkurencji także innych podmiotów lub osób należących do grupy, a w zasadzie kontrolujących zbywcę lub jego grupę kapitałową, jest dopuszczalnym ograniczeniem w rozumieniu rozporządzenia nr 139/2004. Moim zdaniem zakwestionowanie w pkt. 24 Komunikatu KE dopuszczalności rozszerzania zakazu konkurencji na „innych” nie dotyczy grupy kapitałowej zbywcy (por. cyt. wyżej Krzyżewski, 2018, s. 73). Badanie należy oprzeć na orzecznictwie KE (w tym, co należy podkreślić, na decyzjach dotyczących koncentracji obejmujących przejęcie wspólnej kontroli lub utworzenie wspólnego przedsiębiorcy).

W kontekście zakresu podmiotowego zakazu konkurencji Komunikat KE odsyła do decyzji KE z 4 lutego 1993 r. w sprawie IV/M.301 *Tesco/Catteau*; z 14 grudnia 1997 r. w sprawie IV/M.884 *KNP BT/Bunzl/Wilhelm Seiler*; z 12 kwietnia 1999 r. w sprawie IV/M.1482 *Kingfisher/Grosslabor* oraz z 6 kwietnia 2000 r. w sprawie *Ahold/ICA Förbundet/Canica*¹⁷.

Ich analiza nie daje jednak wystarczających argumentów za lub przeciw dopuszczalności rozszerzenia zakazu konkurencji na podmiot ostatecznie kontrolujący bezpośredniego zbywcę. Jak wynika z pkt. 10 decyzji KE w sprawie *Tesco/Catteau*, w decyzji badano ograniczenia obejmujące zakaz konkurencji nałożony na osoby fizyczne należące do rodziny Catteau (Jacques’a i Jeana Catteau i ich rodziny oraz Patricka, Francois’a i Philippe’a Catteau), jednakże osoby te były bezpośrednimi sprzedającymi lub osobami z nimi związanymi. Podobna sytuacja miała miejsce w decyzji w sprawie *Kingfisher/Grosslabor*, gdzie klauzule zakazu konkurencji dotyczyły Michaela i Matthiasa Wegertów, również będących bezpośrednimi zbywcami udziałów objętych transakcją. Z kolei w decyzji KE w sprawie *KNP BT/Bunzl/Wilhelm Seiler* analizowano zakazy konkurencji nałożone na grupę kapitałową Bunzl, w tym na kontrolującą ją spółkę Bunzl plc (pkt. 10–20 decyzji), jednak także i w tym przypadku Bunzl plc był jednym z bezpośrednich zbywców (KNT BT nabywało od tej spółki udziały w jednej ze spółek będących przedmiotem transakcji – pkt 4 decyzji). Zatem żadna z decyzji powołanych wprost w Komunikacie KE nie daje odpowiedzi na pytanie, czy zakazem konkurencji można objąć podmiot lub osobę znajdującą się wyżej w strukturze grupy kapitałowej, kontrolującą bezpośredniego zbywcę.

Ślad dopuszczalności takiego graniczenia znaleźć można w decyzji KE z 22 lipca 1997 r. w sprawie IV/M.937 *Lear/Keiper*. Transakcja ta dotyczyła przejęcia przez Lear Corporation kontroli nad Keiper Car Seating GmbH & Co. od grupy Keiper Recaro. Grupa ta była wyłącznie kontrolowana przez rodzinę Putsch, posiadającą 100% udziałów w spółkach grupy Keiper Recaro poprzez jedną spółkę holdingową (pkt. 1 i 3 decyzji). Analizowane w części VI decyzji ograniczenia, zwłaszcza przedstawione w pkt. 19–29 klauzule zakazujące konkurowania, dotyczą całej grupy Keiper Recaro (KE odnosi się tu wyłącznie do *Keiper Recaro group*). Nic nie wskazuje, by należało rozumieć grupę Keiper Recaro inaczej niż jako wszystkie podmioty należące do tej grupy, w tym kontrolującą ją rodzinę Putsch, nie zostało to jednak wskazane wprost. KE w decyzji nie kwestionuje w żaden sposób zakresu podmiotowego zakazu konkurencji.

Należy wreszcie zwrócić uwagę na dotyczące przejęcia wspólnej kontroli lub utworzenia wspólnego przedsiębiorcy decyzje KE w sprawach IV/M.319 *BHF/CCF/Charterhouse* (z 30 sierpnia 1993 r.) i IV/M.1636 *MMS/DASA/Astrium* (z 21 marca 2000 r.).

¹⁷ Przypis 2 na s. 5 (28) Komunikatu KE.

Sprawa *BHF/CCF/Charterhouse* dotyczyła wspólnego nabycia przez Berliner Handels- und Frankfurter Bank (dalej: BHF) i CréditCommercial de France S.A. (dalej: CCF) od Royal Bank of Scotland plc (dalej: RBS) kontroli nad wyłącznie kontrolowaną przez RBS spółką Charterhouse plc (dalej: Charterhouse)¹⁸. KE w pkt. 16–22 decyzji poddała analizie i wydając zgodę bezwarunkową zaakceptowała przedstawione ograniczenia akcesoryjne, w tym zakaz konkurencji (zakaz pozyskiwania pracowników – pkt 16 decyzji). Po stronie RBS zakaz odnosi się do grupy kapitałowej RBS (KE mówi o *RBS group*), przy czym warto podkreślić, że RBS nie był podmiotem kontrolującym grupę RBS. Sam był wraz z całą grupą kontrolowany przez spółkę Royal Bank of Scotland Group plc. Dla odmiany w odniesieniu do analogicznych zobowiązań nabywców mowa jest wprost o nich i ich podmiotach zależnych (*the purchasers and their subsidiaries* – pkt 16 decyzji). Z brzmienia ograniczeń opisanych i zaakceptowanych w decyzji należy więc wnosić, że zakazy dotyczyły całej grupy kapitałowej RBS.

Decyzją w kluczowej sprawie *MMS/DASA/Astrium* KE wydała zgodę na zawiązanie wspólnego przedsiębiorcy przez Matra Marconi Space N.V. (dalej: MMS) i DaimlerChrysler Aerospace AG (dalej: DASA, za pośrednictwem DASA DornierRaumfahrt Holding GmbH; dalej: DDRH) poprzez przejście wspólnej kontroli nad Astrium, nowo zawiązaną spółką, do której zamierzano przenieść całą działalność MMS i większość działalności DASA (pkt 1 decyzji). Z pkt. 155 decyzji wynika, że strony oraz ostatecznie je kontrolujące spółki dominujące (*their ultimate parent companies*), Lagardère, Aérospatiale Matra, DaimlerChrysler i BAe, zawarły umowę o zakazie konkurencji dotyczącą niewykonywania określonej działalności będącej przedmiotem działania Astrium. Jedyne wątpliwości KE z punktu widzenia bezpośredniego związku i niezbędności wywołał zakres czasowy ograniczenia (pkt 156 decyzji). Zakaz konkurencji miał obowiązywać strony i ich podmioty dominujące (należy podkreślić, że KE wprost odniosła się do nich w ten sposób w tekście tego punktu decyzji) nawet wówczas, gdy nie będą posiadały udziałów dających kontrolę nad Astrium, czyli nie będą miały decydującego wpływu na spółkę. W pkt. 157 decyzji KE stwierdziła w konkluzji, że omawiany zakaz konkurencji jest bezpośrednio związany z transakcją i niezbędny do jej przeprowadzenia, a więc objęty decyzją, tylko dopóty, dopóki strony lub ich podmioty dominujące (ponownie *the parties or their parent companies*) posiadają kontrolne pakiety udziałów w Astrium, natomiast w żaden sposób nie zakwestionowała podmiotowego zakresu zakazu. Należy więc uznać, że zdaniem KE zakaz konkurencji obejmujący zarówno bezpośrednich uczestników koncentracji, jak i podmioty znajdujące się wyżej w strukturze ich grup kapitałowych, w tym podmioty ostatecznie ich kontrolujące, jest co do zasady dopuszczalny, z zastrzeżeniem spełnienia przesłanek bezpośredniego związku, niezbędności i proporcjonalności. Spełnienie tych przesłanek badane jest przez KE całościowo (pkt 19 Komunikatu KE). Ostatecznie dopuszczalność klauzuli o zakazie konkurencji obejmującej podmioty należące do grupy kapitałowej zbywcy uzależniona jest zatem przede wszystkim od jej aspektu przedmiotowego (pkt 23 Komunikatu KE), zakresu geograficznego (pkt 22 Komunikatu), okresu obowiązywania (np. czy, zależnie od tego czy transakcja obejmuje tylko wartość firmy (*goodwill*), czy też know-how, okres dwu-, trzyletni lub inny jest właściwy – pkt 20 Komunikatu), cech związku z transakcją, niezbędności i proporcjonalności

¹⁸ Jak wynika z pkt. 4 decyzji, konstrukcja transakcji zakładała, że współkontrolowana przez BHF i CCF spółka holdingowa ECF Holding miała poprzez inną, wyłącznie kontrolowaną spółkę Charterhouse European Holding Ltd nabyć 90,1% akcji Charterhouse, przy czym RBS pozostała w posiadaniu pozostałych 9,9% akcji (z opcjami *put i call*), a część dotychczasowej działalności Charterhouse wydzielono i pozostawiono w grupie kapitałowej RBS.

oraz wpływu na rynek i konkurencję, a zakres podmiotowy jest badany przez pryzmat wszystkich tych czynników.

IV. Zakaz konkurencji obejmujący podmiot dominujący wobec uczestnika transakcji w praktyce Prezesa UOKiK

Warto na koniec przyrzeć się, jak do omawianego zakresu podmiotowego zakazu konkurencji w transakcjach koncentracyjnych odnosi się Prezes UOKiK na tle polskich przepisów antymonopolowych.

Jak zaznaczono w części I powyżej, uokik z 2007 r. nie zawiera przepisu analogicznego do art. 6 ust. 1 lit. b akapit 2, art. 8 ust. 1 akapit 2 i art. 8 ust. 2 akapit 3 rozporządzenia nr 139/2004, zgodnie z którymi decyzja uznająca koncentrację za zgodną ze wspólnym rynkiem obejmuje także ograniczenia akcesoryjne. Co więcej, Wyjaśnienia Prezesa UOKiK wprost odrzucają koncepcję, by ograniczenia akcesoryjne były przedmiotem kontroli i oceny w postępowaniu antymonopolowym w sprawach koncentracji. Zgodnie ze stanowiskiem Prezesa UOKiK oceny takiej można dokonać tylko w ewentualnym odrębnym postępowaniu antymonopolowym dotyczącym porozumienia ograniczającego konkurencję¹⁹.

Obecne są jednak istotne głosy doktryny, według których klauzule zawierające ograniczenia akcesoryjne wskazane wyraźnie organowi przez zgłaszającego powinny być objęte badaniem i zgodą na dokonanie koncentracji, czego skutkiem byłoby wyłączenie stosowania do nich przepisów o zakazie porozumień ograniczających konkurencję (por. literaturę powołaną w części I powyżej).

Po pierwsze, popierając te poglądy należy uznać, że analizy ograniczeń akcesoryjnych w ogólności należy dokonywać w postępowaniu przed Prezesem UOKiK w sprawach koncentracji zgodnie z wymogiem wykładni prounijnej, zgodnie z którym także można się w niej posługiwać przesłankami określonymi w prawie i orzecznictwie UE, w tym w orzecznictwie i Komunikacie KE.

Po drugie, przechodząc do kwestii zakresu podmiotowego ograniczeń, o których mowa, należy zauważyć – owszem, nieliczne, niemniej istniejące – orzecznictwo Prezesa UOKiK, w którym organ oceniał zakazy konkurencji ujęte w umowach transakcyjnych dotyczących koncentracji będących przedmiotem postępowań antymonopolowych.

W szczególności istotna jest decyzja Prezesa UOKiK nr DDI-92/2002 z 16 października 2002 r. w sprawie *Teksid*²⁰. Jak wynika z uzasadnienia decyzji, transakcja obejmowała nabycie przez fundusz inwestycyjny Questor Bermuda od Teksid S.p.A. kontroli nad spółkami zależnymi Teksid S.p.A. składającymi się na jej dział odlewnictwa (składnikami Teksid Aluminium). W części faktycznej uzasadnienia dotyczącej opisu transakcji (ss. 2–3) Prezes UOKiK przedstawił i przeanalizował klauzulę zakazu konkurencji zawartą w umowie dotyczącej transakcji, zgodnie z którą Teksid S.p.A. zobowiązała się, że przez pięć lat „żadna ze spółek należących do Grupy Fiat, tj. grupy kapitałowej, do której należy Teksid S.p.A., nie rozpocznie działalności konkurencyjnej wobec Teksid Aluminium na żadnym z rynków, na których Teksid Aluminium była obecna w dniu podpisania umowy”. Prezes UOKiK poddał klauzulę badaniu z punktu widzenia przesłanek dopuszczalności ograniczeń akcesoryjnych.

¹⁹ Pkt 4, s. 67 Wyjaśnień Prezesa UOKiK.

²⁰ Dec. dostępna na stronie UOKiK pod adresem [https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/43104c28a7a1be23c1257eac006d8dd4/9e4d7d2d3016443ec1257ec6007b92c4/\\$FILE/Decyzja%20DDI%2092-2002.pdf](https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/43104c28a7a1be23c1257eac006d8dd4/9e4d7d2d3016443ec1257ec6007b92c4/$FILE/Decyzja%20DDI%2092-2002.pdf) (14.08.2020).

Uznał, wyrażając to wprost w treści uzasadnienia decyzji, że klauzula „ma podstawowe znaczenie dla przeniesienia składników Teksid Aluminium i jest związana bezpośrednio z podstawowym celem transakcji”. Czynnikiem decydującym o niezbędności ograniczenia dla dokonania transakcji było, według ustaleń Prezesa UOKiK, posiadanie przez Grupę Fiat istotnej wiedzy handlowej, kontaktów, know-how, wyszkolonego personelu i doświadczenia związanego z działalnością Teksid Aluminium, które nabywca musiał dopiero zdobyć. „Mogłyby one zostać wykorzystane do [na] korzyść przedsiębiorcy konkurencyjnego wobec Teksid Aluminium i spowodować znaczne umniejszenie wartości Teksid Aluminium. Utrzymanie klauzuli o zakazie konkurencji jest zatem konieczne dla zachowania ekonomicznego sensu przedmiotowej transakcji, a nabycie Teksid Aluminium przez Questor Bermuda nie nastąpiłoby w przypadku jej braku”²¹. Prezes UOKiK oceniał klauzulę o zakazie konkurencji obejmującą całą dużą grupę kapitałową, do której należał bezpośredni zbywca, poprzez kryteria analogiczne do wymienionych w rozporządzeniu nr 139/2004 i Komunikacie KE, ostatecznie uznając ją za uzasadnione ograniczenie akcesoryjne, nie kwestionując przy tym, a nawet zaznaczając niezbędność tak ujętego jej zakresu podmiotowego. Należy uznać, że, wyrażając decyzją zgodę na dokonanie transakcji, objął nią także tak opisany zakaz konkurencji.

Należy również odnotować np. decyzję Prezesa UOKiK nr RWA-17/2005 z 20 czerwca 2005 r.²², w której również organ badał w ramach oceny skutków koncentracji, krytycznie, ale akceptująco, ograniczenia akcesoryjne w postaci zakazu konkurencji (obejmującego jednak bezpośredniego zbywcę akcji – osobę fizyczną); ograniczenia te stanowią bardzo istotną część oceny skutków koncentracji w uzasadnieniu decyzji²³. Ponadto w dotyczącej nałożenia kary i nałożenia obowiązku zbycia nabytego przedsiębiorstwa przez nabywcę decyzji nr RWR-7/2004 z 11 lutego 2004 r.²⁴ Prezes UOKiK, argumentując za uznaniem koncentracji dokonanej bez zgody organu za trwale i istotnie ograniczającą konkurencję, poddał krytycznej analizie zakaz konkurencji obejmujący nie tylko bezpośredniego zbywcę, ale wszystkie podmioty z jego grupy kapitałowej („oraz inne podmioty działające na zlecenie lub na ich rachunek lub w inny sposób”). Zakres podmiotowy zakazu konkurencji wraz pozostałymi cechami ograniczenia i skutkami koncentracji (pięcioletni okres zakazu konkurencji oraz objęty nim obszar geograficzny działalności zbywanego przedsiębiorstwa, silna pozycja dominująca nabywcy na zduopolizowanym rynku)²⁵ był jednym z czynników decydujących o stwierdzeniu istotnego ograniczenia konkurencji. Zatem Prezes UOKiK uznał tak ujęte ograniczenie akcesoryjne w kontekście transakcji i warunków rynkowych za niespełniające przede wszystkim kryterium proporcjonalności.

Na podstawie przytoczonych decyzji Prezesa UOKiK można uznać, że w okolicznościach uzasadniających stwierdzenie bezpośredniego związku z transakcją, niezbędności i proporcjonalności ograniczenia zakaz konkurencji obejmujący zbywcę i inne, usytuowane wyżej w strukturze jego grupy kapitałowej podmioty mogłyby zostać zaakceptowany przez organ, gdyby poddał on takie ograniczenie analizie. Ponadto niekiedy, jak wskazują powyższe przykłady, badanie ograniczeń akcesoryjnych jest wręcz niezbędne dla kompleksowej oceny skutków koncentracji.

²¹ Dec. Prezesa UOKiK nr DDI-92/2002, s. 3.

²² Dostępna pod adresem [https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/43104c28a7a1be23c1257eac006d8dd4/9132af30c19d2852c1257ec6007b7b69/\\$FILE/Decyzja_nr_RWA17_2005_z_dnia_20.06.2005.pdf](https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/43104c28a7a1be23c1257eac006d8dd4/9132af30c19d2852c1257ec6007b7b69/$FILE/Decyzja_nr_RWA17_2005_z_dnia_20.06.2005.pdf) (14.08.2020).

²³ Por. s. 8–10 decyzji Prezesa UOKiK nr DDI-92/2002.

²⁴ Dostępna pod adresem [https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/43104c28a7a1be23c1257eac006d8dd4/b5edca503703a1cdc1257ec6007b7a89/\\$FILE/Decyzja_nr_RWR_72004_z_11.02.2004.pdf](https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/43104c28a7a1be23c1257eac006d8dd4/b5edca503703a1cdc1257ec6007b7a89/$FILE/Decyzja_nr_RWR_72004_z_11.02.2004.pdf) (14.08.2020).

²⁵ Por. s. 30 dec. Prezesa UOKiK nr RWA-17/2005.

W świetle powyższych uwag można stwierdzić, że badanie ograniczeń akcesoryjnych w ogóle, w tym w szczególności w kształcie omawianym w niniejszym artykule, oraz samo takie ukształtowanie zakazu konkurencji jest dopuszczalne w świetle polskiego prawa ochrony konkurencji, a dopuszczalność tę należy badać w oparciu o doktrynę ograniczeń akcesoryjnych powstałą na gruncie prawa unijnego, orzecznictwa i Komunikatu KE.

V. Podsumowanie

Przedstawione powyżej źródła dają asumpt do potwierdzenia dopuszczalności w transakcjach ograniczeń akcesoryjnych w postaci zakazu konkurencji obowiązującego nie tylko bezpośredniego zbywcę, ale także podmioty znajdujące się nad nim w strukturze jego grupy kapitałowej, w tym osoby lub podmioty ostatecznie kontrolujące sprzedającego.

Komunikat KE daje podstawy do potwierdzenia, że zbywca i jego grupa kapitałowa mogą być objęci zobowiązaniami z zakazu konkurencji, jednakże nie można na jego podstawie sformułować jednoznacznego wniosku co do dopuszczalności ustanowienia takiego zakazu wobec osoby ostatecznie kontrolującej grupę zbywcy. Z orzecznictwa KE, zwłaszcza decyzji w sprawach *BHF/CCF/Charterhouse* i *MMS/DASA/Astrium* wynika jednak, że zakaz konkurencji o takim zakresie podmiotowym jest dopuszczalnym ograniczeniem akcesoryjnym, pod warunkiem, że zakres ten jest bezpośrednio związany z transakcją, niezbędny i proporcjonalny oraz że pozostałe aspekty ograniczenia również mieszczą się w tych kryteriach.

Na podstawie rozporządzenia nr 139/2004 decyzja stwierdzająca zgodność ze wspólnym rynkiem koncentracji, w której konstrukcji zawarto zakaz konkurencji obejmujący grupę kapitałową zbywcy, w tym podmioty znajdujące się wyżej niż zbywca w jej strukturze, obejmuje także takie ograniczenie.

Co więcej, choć Prezes UOKiK odżegnuje się od dokonywania oceny i akceptacji ograniczeń akcesoryjnych w postępowaniu antymonopolowym w sprawach koncentracji²⁶, istnieją decyzje tego organu, które, podobnie jak decyzje KE, wskazują na dopuszczalność, pod warunkiem bezpośredniego związku, niezbędności i proporcjonalności, zakazów konkurencji o omawianym zakresie podmiotowym. Jednakże w obecnym stanie prawnym analiza ich zgodności z prawem ochrony konkurencji jest w Polsce możliwa w praktyce jedynie przez pryzmat przepisów o porozumieniach ograniczających konkurencję. Nawet wówczas jednak przydatne będą wskazówki interpretacyjne wynikające z omówionych w artykule Komunikatu i orzecznictwa KE.

Bibliografia

- Barczak, P. i Michałowski, A. (2004). Klauzule o zakazie konkurencji w procesie koncentracji w europejskim i w polskim prawie konkurencji. *Palestra*, (1–2), 30–43.
- Drobysz, M. (2006). Komentarz do art. 81. W: Z. Brodecki, M. Drobysz, S. Majkowska-Szulc, D. Pyć, M. Tomaszewska, I. Zużewicz, *Traktat o Unii Europejskiej, Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską z komentarzem*. Warszawa: LexisNexis.

²⁶ Mimo teoretycznej dopuszczalności takiej analizy. Uważam, a moim zdaniem potwierdzają to omówione przykłady z orzecznictwa Prezesa UOKiK, że analiza ograniczeń akcesoryjnych w postępowaniach koncentracyjnych jest nie tylko dopuszczalna, ale i niekiedy konieczna z punktu widzenia prawidłowej oceny skutków koncentracji. *De lege ferenda* należy rozważyć jasne uregulowanie tej kwestii w polskich przepisach antymonopolowych.

- Kohutek, K. (2014). Komentarz do art. 8, komentarz do art. 18. W: K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Krzyżewski, T. (2018). Klauzula zakazu podejmowania działalności konkurencyjnej jako ograniczenie akcesoryjne stosowane w ramach koncentracji przedsiębiorców. *iKAR*, 3(7), 66–73.
- Skoczny, T. i Aziewicz, D. (2014). Komentarz do art. 18. W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Stawicki, E. (2016). Komentarz do art. 18. W: A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Wijckmans, F. i Tuytschaever F. (2018). Prawo Konkurencji. W: F. Wijckmans, F. Tuytschaever, A. Jurkowska-Gomułka, M. Modzelewska de Raad, O. Szejnert-Roszak, *Porozumienia dystrybucyjne w prawie konkurencji. Unia Europejska–Polska*. Warszawa: Wolters Kluwer.