

Klauzule o zakazie konkurencji w procesie koncentracji w europejskim i polskim prawie konkurencji

Piotr Barczak, Andrzej Michałowski

Wraz z wejściem Polski do Unii Europejskiej prawo wspólnotowe stanie się częścią polskiego porządku prawnego. Odnosi się to w szczególności do prawa konkurencji, które stanowi jedną z najbardziej rozbudowanych gałęzi prawa europejskiego. Jakkolwiek, ze względu na zaawansowany poziom implementacji unijnych zasad konkurencji, sytuacja ta nie spowoduje zmian o charakterze rewolucyjnym, to jednak dorobek Unii, szczególnie w sferze orzecznictwa może stanowić silny impuls dla rozwoju prawa konkurencji w Polsce. Wydaje się, że korzystanie z tego dorobku przy wykładni norm krajowych pozwoli szybciej dostosować praktykę stosowania prawa antymonopolowego w Polsce do standardów unijnych co jest szczególnie istotne w związku ze zmianą unijnych reguł konkurencji i przekazaniem krajowym organom i sądom antymonopolowym kompetencji dotychczas przysługujących organom unijnym.

Jeden z obszarów, w którym wyraźnie można dostrzec potrzebę korzystania z dorobku wspólnotowego, to kontrola procesu koncentracji. W podstawowym zakresie prawo polskie i prawo europejskie regulują te zagadnienia w sposób identyczny. Dział III Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów¹ stanowi implementację postanowień Rozporządzenia Rady 4064/89 o kontroli koncentracji przedsiębiorstw². Jednak na *acquis communautaire* obok tej podstawowej regulacji składa się również szereg decyzji Komisji Europejskiej (KE) i sądów europejskich (Sądu Pierwszej Instancji – SPI i Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości - ETS) oraz wyjaśnień Komisji³. Te ostatnie, jakkolwiek niewiążące, stanowią syntetyczny zbiór zasad wykładni prawa wspólnotowego powstały w oparciu o analizę dotychczasowej praktyki orzeczniczej KE i sądów, a co za tym idzie mają zasadnicze znaczenie przy ocenie poszczególnych stanów faktycznych. Ten ogromny dorobek unijny wyznacza drogę, jaką mają przed sobą polskie orzecznictwo i nauka prawa; wskazuje także kierunek, w którym powinny one podążać.

We wspólnotowym dorobku prawnym z zakresu prawa konkurencji zwraca uwagę ogromna liczba rozstrzygnięć dotyczących stosowania przez przedsiębiorców, w toku procesu koncentracji, klauzuli o zakazie konkurencji (*non-competitive clause*) i rozbudowane zasady regulujące ich dopuszczalność.

Klauzula o zakazie konkurencji jest typowym sposobem zabezpieczenia interesów podmiotów biorących udział w koncentracji służącym ochronie interesów stron transakcji. W szczególności dotyczy to podmiotu przejmującego kontrolę nad przedsiębiorstwem innego uczestnika rynku, dla którego opłacalność inwestycji w dużym stopniu zależy od zaniechania przez kontrahenta prowadzenia określonej dotychczasowej działalności. **Z drugiej strony klauzulę o zakazie konkurencji w świetle przepisów prawa konkurencji traktować można jako porozumienie o podziale rynku.** To z kolei uznawane jest za jedno z najcięższych naruszeń zasad konkurencji⁴.

W takiej sytuacji szczegółowe określenie zasad stosowania klauzuli o zakazie konkurencji na gruncie polskiego prawa uznać należy za wskazane dla pewności obrotu i zminimalizowania ryzyka

¹ Ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. Dz. U. z 2003 r. Nr 86, poz. 804) – dalej: u.o.k.k. lub Ustawa.

² Rozporządzenie Rady (EWG) 4064/89 z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. U. 1990, L 257/13) zmienione Rozporządzeniem Rady (WE) nr 1310/97 z 30 czerwca 1997 r. (Dz. U. 1997, L 180/1) – dalej Rozporządzenie 4064/89.

³ Chodzi tu w szczególności o: Obwieszczenie Komisji w sprawie pojęcia koncentracji w związku z rozporządzeniem Rady 4064/89 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. U. 1998, C 66/5), Obwieszczenie Komisji w sprawie pojęcia przedsiębiorstw uczestniczących w koncentracji w związku z rozporządzeniem Rady 4064/89 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. U. 1998, C 66/14), Obwieszczenie Komisji w sprawie ograniczeń bezpośrednio związanych z koncentracją i koniecznych dla jej przeprowadzenia (Dz. U. 2001, C 188/3).

⁴ E. Modzelewska-Wąchał, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów – Komentarz*, Warszawa 2002, s. 73.

związanego z konsekwencjami zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję (kary sięgające 5 mln €). Dorobek wspólnotowy może się tu okazać niezwykle pomocny.

Warto również zwrócić uwagę, że **skutki wprowadzenia klauzuli o zakazie konkurencji jako elementu koncentracji mogą być różne w zależności czy dana koncentracja podlega notyfikacji, czy też ze względu na wielkość transakcji zwolniona jest z obowiązku zgłoszenia Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes UOKiK).** **W pierwszym przypadku istnienie takiej klauzuli może bowiem zostać ujawnione Prezesowi UOKiK jeszcze przed dokonaniem koncentracji.** W związku z tym konsekwencje zastosowania zbyt restrykcyjnych ograniczeń ograniczają się – pomimo wątpliwości, o których będzie mowa poniżej – do możliwości zablokowania, a częściej modyfikacji procesu koncentracji. Nie istnieje natomiast groźba nałożenia kar na podstawie art. 101 ust. 2 u.o.k.k. Udzielając zaś zgody na dokonanie koncentracji Prezes UOKiK niejako wyłącza stosowanie do danego porozumienia przepisów o zakazie porozumień ograniczających konkurencję. Natomiast w **przypadku koncentracji, które nie podlegają obowiązkowi zgłoszenia Prezesowi UOKiK, podmioty w nich uczestniczące nie mają możliwości uzyskania wstępnej wiążącej oceny dopuszczalności klauzuli o zakazie konkurencji**, a co za tym idzie w przypadku uznania takiego postanowienia za niedopuszczalne jako ograniczające konkurencję, mogą ponieść niewspółmiernie większą odpowiedzialność.

1. Charakterystyka procesów koncentracyjnych

Punktem wyjścia do oceny dopuszczalności i zasad stosowania klauzuli o zakazie konkurencji powinno być wyjaśnienie pojęć „koncentracja” i „przedsiębiorstwo” jakimi posługuje się prawo wspólnotowe⁵.

a) Pojęcie „koncentracja”

Pojęcie koncentracji w podstawowym zakresie zdefiniowane zostało w art. 3 Rozporządzenia 4064/89 w wersji nadanej Rozporządzeniem 1310/97. Definicja ta uznaje za koncentrację:

- **połączenie** dwóch lub więcej **niezależnych przedsiębiorstw** – tzw. fuzja;
- samodzielne lub wspólne **przejęcie** bezpośredniej lub pośredniej **kontroli nad całym przedsiębiorstwem lub jego częścią**, w tym poprzez utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa (*joint venture*) – tzw. akwizycja.

Dodatkowo pkt. 23 preambuły Rozporządzenia stwierdza, że koncentracją są tylko operacje, które przynoszą trwałą zmianę w strukturze przedsiębiorstw uczestniczących w koncentracji. Preambuła nie ma wprowadzić charakteru wiążącego, jednakże nie można nie doceniać znaczenia wyrażonej w niej zasady.

Ze względu na ogólnikowy charakter tej definicji KE w 1994 roku wydała obwieszczenie, w którym szczegółowo wyjaśniła znaczenie terminu koncentracja na gruncie Rozporządzenia 4064/89⁶. Obwieszczenie to zostało następnie zastąpione Obwieszczeniem Komisji z 1998 roku⁷.

Zgodnie z obwieszczeniem z 1998 r. o połączeniu możemy mówić, gdy dwa lub więcej wcześniej niezależne przedsiębiorstwa łączą się w nowy podmiot w ten sposób, że dotychczasowe podmioty przestają istnieć⁸. Za identyczne z punktu widzenia stosowania przepisów uważa się takie połączenie, w wyniku którego mimo braku formalnego połączenia powstaje pojedynczy podmiot gospodarczy. Jako przykład wskazuje się sytuację, w której dwa lub więcej podmioty powołają

⁵ U.o.k.k. w przeciwieństwie do regulacji unijnych posługuje się pojęciem „przedsiębiorca”. O konsekwencjach wynikających z tej różnicy mowa będzie poniżej.

⁶ Obwieszczenie Komisji w sprawie pojęcia koncentracji w związku z rozporządzeniem Rady 4064/89 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. U. 1994, L 385/5)

⁷ Patrz przyp. 3.

⁸ Pkt 6. Obwieszczenia.

umownie wspólny zarząd gospodarczy. Istnienie wspólnego zarządu uważa się za warunek wstępny istnienia wspólnego podmiotu gospodarczego⁹.

Kluczowe dla drugiego typu koncentracji **pojęcie kontroli** określono w art. 3 ust. 3 Rozporządzenia 4064/89 jako **możliwość wywierania decydującego wpływu na przedsiębiorstwo** na podstawie praw, umów lub wszelkich innych środków.

Uzyskać kontrolę może osoba lub osoby, które już kontrolują samodzielnie lub wspólnie co najmniej jedno przedsiębiorstwo¹⁰. Nie jest traktowana jako koncentracja wewnętrzna restrukturyzacja wewnątrz grupy spółek¹¹, chyba że ich właścicielem jest Państwo¹².

W punkcie 11. Obwieszczenia wskazano, że **przejęcie kontroli dotyczyć może jednego lub więcej przedsiębiorstw posiadających osobowość prawną, całego majątku takich przedsiębiorstw lub wyłącznie części tego majątku**. W przypadku przejęcia części majątku **musi stanowić on działalność, której można przypisać obrót rynkowy**. W skład tej działalności wchodzić mogą m. in. marki i licencje.

b) Pojęcie „przedsiębiorstwo”

Ostatnia uwaga wskazuje na szerokie rozumienie pojęcia „przedsiębiorstwo” na gruncie przepisów wspólnotowych dotyczących koncentracji. Rozporządzenie odnosi się wszak tylko do przedsiębiorstw, a nie do ich zorganizowanych części. Konieczność precyzyjnego zdefiniowania, od kiedy można mówić o przedsiębiorstwie ma znaczenie podstawowe, jako że wyznacza granicę, od której dopuszczalne jest stosowanie przepisów o kontroli koncentracji. **Wszelkie transakcje, których przedmiotu nie da się określić jako przedsiębiorstwo, podlegają ocenie tylko na podstawie przepisów dotyczących praktyk ograniczających konkurencję.**

Jak wskazuje się w literaturze w przypadku koncentracji w prawie wspólnotowym pojęcie „przedsiębiorstwo” rozumiane jest – inaczej niż w postępowaniach w sprawach praktyk ograniczających konkurencję i nadużycia pozycji dominującej¹³ - przedmiotowo, czyli jako zorganizowany zespół osób i zasobów materialnych, przeznaczony do realizacji określonych celów gospodarczych w długiej perspektywie (*business*)¹⁴.

W praktyce orzeczniczej KE kilkakrotnie wskazywała, że za przedsiębiorstwo w rozumieniu przepisów o kontroli koncentracji przedsiębiorstw może być uznany zespół aktywów¹⁵. Przykładowo w sprawie Zürich/MMI¹⁶ Komisja stwierdziła, że za przejęcie kontroli nad przedsiębiorstwem uznać można przejęcie:

- renomy (*goodwill*) i informacji handlowych;
- praw własności nieruchomości i praw wynikających z umów najmu;
- świadczeń z tytułu umów o pracę;
- praw własności intelektualnej i innych praw własności należących do spółki zależnej.

2. Klauzula o zakazie konkurencji

Klauzula o zakazie konkurencji jest, jak już wspomniano, jednym z typowych postanowień związanych z procesem koncentracji mającym na celu zabezpieczenie interesów ekonomicznych stron¹⁷. **Ma ona szczególne znaczenie w przypadku przejęcia kontroli nad**

⁹ Pkt 7. Obwieszczenia.

¹⁰ Pojęcie „osoba” oznacza w tym miejscu publiczne osoby prawne (*public bodies*), podmioty prywatne, w tym również osoby fizyczne.

¹¹ Nie mamy tu bowiem do czynienia z przejęciem kontroli.

¹² Pkt 8. Obwieszczenia.

¹³ Art. 81 i 82 Traktatu o Wspólnocie Europejskiej.

¹⁴ Tak T. Skoczny w: Jan Barcz (red.), *Prawo Unii Europejskiej, Prawo materialne i polityki*, Warszawa 2003, s. 241.

¹⁵ Tak np. Sprawa nr IV/M214 – Du Pont/ICI, Dz. U. 1992, C 7/13

¹⁶ Sprawa nr IV/M286 – Zürich /MMI, Dz. U. 1993, C 112.

¹⁷ Por. z nowszych decyzji m. in.: sprawa nr COMP/M3149 – Procter&Gamble/Wella, Dz. U. 2003, C 195/6, sprawa nr COMP/M2230 – Sanmina/Siemens/Inboard Leiterplattentechnologie, Dz. U. 2001, C 145/4, sprawa nr COMP/M2547 – Bayer/Aventis Crop Science.

przedsiębiorstwem, jeżeli stronami takiej transakcji są konkurenci (rzeczywiści lub potencjalni), albo jeżeli nabywca nie był dotychczas obecny na rynku właściwym, na którym jego kontrahent ma silną pozycję.

W orzecznictwie organów unijnych jeszcze przed wprowadzeniem szczególnej regulacji odnoszącej się do koncentracji przedsiębiorstw uznano, że korzyści jakie daje stosowanie klauzuli o zakazie konkurencji przesądzają o konieczności dopuszczenia jej w obrocie mimo niewątpliwie antykonkurencyjnego charakteru. Traktowana jest ona jako jedno z tzw. ograniczeń „akcesoryjnych” (*ancillary restrictions*), których dopuszczalność uznał Trybunał Sprawiedliwości¹⁸.

Przełomowe znaczenie w kwestii dopuszczalności stosowania klauzuli o zakazie konkurencji w związku z przejściem kontroli nad przedsiębiorstwem miała decyzja Komisji w sprawie Reuter/BASF¹⁹ z 1976 roku. W decyzji tej KE uznała argumenty nabywcy (BASF), że istotą porozumienia nie było przejście przedsiębiorstwa, tylko transfer renomy (*goodwill*) i technologii (*technical know-how*); wartości te powinny być potraktowane w sposób zbliżony do patentów, a zatem ich sprzedaż powinna skutkować brakiem możliwości posługiwania się nimi przez dotychczasowego posiadacza. Taką możliwość daje właśnie zastosowanie klauzuli o zakazie konkurencji.

W swojej decyzji **KE wskazała warunki dopuszczalności zawarcia klauzuli o zakazie konkurencji**. Wprowadzenie takiego zapisu jest uzasadnione, o ile:

- **dana klauzula jest niezbędna do ochrony wartości przedsiębiorstwa będącego przedmiotem umowy;**
- **środki przewidziane w umowie są niezbędne dla skuteczności tej ochrony.**

W opinii Komisji zawarcie w umowie klauzuli o zakazie konkurencji jest szczególnie uzasadnione właśnie w przypadku, jeśli przedmiotem transakcji jest renoma przedsiębiorstwa lub technologia.

Stosowanie klauzuli o zakazie konkurencji zostało prawnie usankcjonowane po wejściu w życie Rozporządzenia 4064/89. **Art. 8 ust. 2 Rozporządzenia przewiduje, że decyzja uznająca koncentrację za zgodną z regułami wspólnego rynku obejmować będzie również „ograniczenia bezpośrednio związane z koncentracją i konieczne dla jej realizacji”**. Posłużono się więc w tym przypadku zasadami wprowadzonymi pierwszy raz w sprawie Reuter/BASF. Na podstawie tego przepisu i w oparciu o dorobek orzecniczy sprzed jego wejścia w życie KE już w 1990 roku wydała Obwieszczenie w sprawie ograniczeń bezpośrednio związanych z koncentracją przedsiębiorstw i koniecznych dla jej realizacji²⁰, obecnie zastąpione przez Obwieszczenie z 2001 roku o tej samej nazwie²¹. Jakkolwiek obwieszczenia te nie są aktami normatywnymi, to jednak ich znaczenia dla kształtowania się linii orzecniczej nie sposób przecenić.

Pkt. 8. Obwieszczenia z 2001 roku wskazuje, że **ograniczenie konkurencji można uznać za konieczne, jeżeli w braku takiego postanowienia koncentracja nie może być zrealizowana lub może być zrealizowana jedynie na bardziej niepewnych warunkach, po znacznie wyższym koszcie, w znacznie dłuższym okresie lub ze znacznie większym stopniem trudności**²². Ponadto zwraca się uwagę, że przy ustalaniu zakresu koniecznych ograniczeń powinno brać się pod uwagę zarówno jego charakter, lecz równocześnie zapewnić aby czas ich trwania, przedmiot i zasięg geograficzny były zasadne z punktu widzenia realizacji koncentracji²³.

Obwieszczenie z 2001 roku wyraźnie stanowi, że **ochrona za pomocą klauzuli o zakazie konkurencji nie może być generalnie uznawana za konieczną, gdy zbycie faktycznie**

¹⁸ I. Zużewicz, w: Z. Brodecki (red.), *Konkurencja*, Warszawa 2004, s. 147.

¹⁹ Sprawa 76/743 – Reuter/BASF, Dz. U. 1976, L 254/40.

²⁰ Dz. U. 1990, C 203/5.

²¹ Dz. U. 2001, C 188/3.

²² Por. sprawa nr IV/M1863 – Vodafone/BT/Airtel JV, Dz. U. 2001, C 42/11.

²³ Pkt 9. i 14. Obwieszczenia z 2001 r.

ogranicza się do majątku rzeczowego (*physical assets*) lub wyłącznych praw własności przemysłowej i handlowej (*industrial and commercial property rights*)²⁴.

Obwieszczenie z 2001 r. określa również jaki jest zdaniem Komisji dopuszczalny okres obowiązywania Klauzuli o zakazie konkurencji. Zasady te określa szczegółowo pkt. 15. Ustanawia on **trzy typowe okresy obowiązywania klauzuli**:

- jeśli **zbycie przedsiębiorstwa obejmuje wyłącznie jego renomę** co do zasady uzasadnione jest obowiązywanie klauzuli o zakazie konkurencji przez okres **do dwóch lat**;
- jeśli **transakcja obejmuje obok renomy przedsiębiorstwa również elementy *know-how*** zasadniczo dopuszczalne jest obowiązywanie klauzuli przez okres **do lat trzech**;
- **w ograniczonej liczbie przypadków** – na przykład jeśli da się wykazać, że lojalność klienta wobec sprzedawcy przetrwa dłużej niż dwa lata lub jeśli uzasadnia to zakres lub charakter zbywanego *know-how* – **okres ten może być przedłużony**.

Przykładem przedłużenia okresu obowiązywania zakazu konkurencji może być sprawa Volvo/Renault VI²⁵ gdzie okres ten wyniósł pięć lat lub wspomniana już sprawa Reuter/BASF, gdzie w odniesieniu do różnych rodzajów działalności wprowadzono ośmio- i dziesięcioletnie zakazy konkurencji.

Jeżeli chodzi o **zasięg geograficzny i asortymentowy** obowiązywania klauzuli o zakazie konkurencji, to dotychczasowy dorobek KE wskazuje, że **powinien on być ograniczony do obszaru, na którym przed zbyciem przedsiębiorstwa zbywca oferował produkty lub usługi wytwarzane w zakresie działalności tego przedsiębiorstwa i do produktów przez nie wytwarzanych**. Poszerzenie wskazanego zakresu jest możliwe o ile można wykazać, że ochrona taka jest wymagana ze względu na szczególne okoliczności²⁶. Wydaje się, że taką szczególną okolicznością może być renoma zbywcy wykraczająca poza obszar jego działania.

Zakaz konkurencji zawarty w umowie **może obejmować podmiot biorący udział w koncentracji, podmioty od niego zależne**, jak również jego **pełnomocników handlowych**.

Zakaz konkurencji może obejmować zarówno podjęcie przez zbywcę działalności bezpośrednio konkurencyjnej wobec będącej przedmiotem koncentracji, jak i nabywanie akcji lub udziałów innych podmiotów konkurencyjnych zarówno bezpośrednio, jak i za pośrednictwem innych podmiotów. Wyjątkiem od tej zasady jest nabywanie lub posiadanie akcji lub udziałów w celach inwestycyjnych, tzn. o ile nie skutkuje ono wywieraniem istotnego wpływu na podmiot konkurencyjny.

3. Stosowanie klauzuli o zakazie konkurencji w procesach koncentracji podlegających notyfikacji Prezesowi UOKiK

Zasady kontroli procesu koncentracji wywołującej lub mogącej wywoływać skutki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej uregulowane zostały w art. 12 i n. u.o.k.k. Procedura kontroli koncentracji ma na celu, jak na to wskazuje art. 17, przeciwdziałanie koncentracjom, w wyniku których powstanie lub umocni się pozycja dominująca na rynku właściwym, w skutek czego konkurencja zostanie w istotnym stopniu ograniczona.

Zgłoszeniu Prezesowi UOKiK podlegają na mocy art. 12 ust. 1 i 2 koncentracje, jeżeli łączny obrót przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekracza równowartość 50 mln €. **Obowiązek zgłoszenia dotyczy zamiaru**:

- **połączenia** dwóch lub więcej **samodzielnych przedsiębiorców**;
- **przejęcia** bezpośredniej lub pośredniej **kontroli nad całym albo częścią jednego lub więcej przedsiębiorców** przez jednego lub więcej przedsiębiorców;
- **utworzenia** przez przedsiębiorców **wspólnego przedsiębiorcy**.

Art. 12 ust. 3 dodatkowo poszerza katalog przypadków, w których wymagane jest zgłoszenie zamiaru koncentracji o sytuacji: (i) objęcia lub nabycia akcji albo udziałów innego

²⁴ W przypadku tych ostatnich uprawnień mogliby niezwłocznie wszcząć postępowanie z tytułu naruszeń tych praw ze strony zbywcy; pkt 14. Obwieszczenia z 2001 r.

²⁵ Sprawa COMP/M1980 – Volvo/Renault VI, Dz. U. 2000, C 220/6.

²⁶ Pkt 16. i 17. Obwieszczenia z 2001 r.

przedsiębiorcy, powodującego uzyskanie co najmniej 25% głosów na walnym zgromadzeniu lub zgromadzeniu wspólników, (ii) objęcia przez tę samą osobę funkcji członka organu zarządzającego albo organu kontrolnego u konkurujących ze sobą przedsiębiorców oraz (iii) rozpoczęcia wykonywania praw z akcji lub udziałów objętych lub nabytych bez uprzedniego zgłoszenia przez instytucję finansową w celu ich odsprzedaży lub przez przedsiębiorcę w celu zabezpieczenia wierzytelności.

Przejęcie kontroli, o którym mowa w art. 12 ust. 2 może w myśl ustawy nastąpić „poprzez nabycie lub objęcie akcji, innych papierów wartościowych, udziałów, całości lub części majątku lub w jakikolwiek inny sposób”.

Szczególną procedurę ustalania zasad przeprowadzenia transakcji wprowadza art. 18 ust. 2. Na mocy tego przepisu **Prezes UOKiK może na przedsiębiorcę lub przedsiębiorców zamierzających dokonać koncentracji nałożyć obowiązek lub przyjąć ich zobowiązanie** określając termin spełnienia tych warunków. Takie dodatkowe postanowienie może w szczególności zobowiązywać przedsiębiorców do:

- zbycia całości lub części majątku jednego lub kilku przedsiębiorców,
- wyzbycia się kontroli nad przedsiębiorcą lub przedsiębiorcami bezpośrednio nieuczestniczącymi w koncentracji, w szczególności przez zbycie określonego pakietu akcji lub udziałów, lub odwołania z funkcji członka organu zarządzającego lub kontrolnego jednego lub kilku przedsiębiorców,
- udzielenia licencji praw wyłącznych konkurentowi.

Treść wskazanego przepisu odpowiada co do zasady kryteriom dopuszczalności koncentracji przewidzianym w art. 8 ust. 2 *in principio* Rozporządzenia 4064/89. **Polskie prawo nie zawiera natomiast regulacji odpowiadającej unijnej normie zawartej w art. 8 ust. 2 *in fine***, który stanowi, że „decyzja uznająca koncentrację za zgodną ze wspólnym rynkiem obejmuje również ograniczenia bezpośrednio związane z koncentracją i niezbędne dla wprowadzenia jej w życie”, **z której to normy – o czym była mowa powyżej – wynika między innymi dopuszczalność stosowania w transakcjach dotyczących koncentracji klauzuli o zakazie konkurencji.**

Dopuszczalność stosowania klauzuli o zakazie konkurencji na gruncie polskiego prawa może budzić w tych okolicznościach wątpliwości. Powstaje bowiem pytanie, **czy wobec braku normy prawnej analogicznej do tej, którą wprowadził prawodawca europejski, Prezes UOKiK może uznać za dopuszczalną koncentrację, której elementem jest klauzula o zakazie konkurencji, a przede wszystkim, czy zgoda Prezesa UOKiK obejmować będzie również ten element koncentracji.** Jeżeli uznać, że w braku odpowiedniej podstawy prawnej, zgoda na koncentrację nie obejmuje ograniczeń konkurencji z nią związanych, to uzyskanie zgody na dokonanie koncentracji nie wyłączałoby odpowiedzialności przedsiębiorców w niej uczestniczących z tytułu stosowania praktyk ograniczających konkurencję.

Wykładnia celowościowa przepisów u.o.k.k. każe przyjąć interpretację zgodnie z którą **zgoda na koncentrację obejmuje również będące jej częścią ograniczenia konkurencji, w tym klauzulę o zakazie konkurencji.** Art. 17 u.o.k.k. wyraźnie wskazuje, jakim warunkom musi odpowiadać dana koncentracja, aby Prezes UOKiK mógł wydać zgodę na jej dokonanie. Jeżeli warunki te zostaną spełnione, to mimo że elementem takiej transakcji będzie np. klauzula o zakazie konkurencji, należy uznać ją za dopuszczalną. **Decyzja Prezesa powinna wskazywać na ograniczenia konkurencji, do stosowania których zobowiązali się przedsiębiorcy biorący udział w koncentracji i w ten sposób sankcjonować te ograniczenia.** Za przyjęciem takiej wykładni przemawia fakt, że rozwiązanie przeciwne stanowiłoby zbyt daleko idące ograniczenie swobody działalności podmiotów rynkowych, a także stałoby w sprzeczności z zasadami prawa konkurencji. Celem postępowania w sprawach koncentracji jest bowiem niedopuszczenie do powstania lub umocnienia się pozycji dominującej. Natomiast koncentracja przedsiębiorców jako taka jest dopuszczalnym a z ekonomicznego punktu widzenia wręcz wskazanym kierunkiem rozwoju gospodarczego. Tymczasem 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.

W tej sytuacji powstaje pytanie o kryteria, jakimi powinien kierować się Prezes UOKiK przy ocenie dopuszczalności wprowadzenia klauzuli o zakazie konkurencji w ramach koncentracji. Przedstawione powyżej szczegółowe kryteria badania dopuszczalności takich ograniczeń stosowane przez organy unijne każą uznać za w pełni uzasadnione korzystanie w toku postępowania prowadzonego przez Prezesa UOKiK w możliwie szerokim zakresie z dorobku orzecznictwa wspólnotowego. Takie zachowanie – zważywszy na ogromną liczbę zagadnień rozstrzyganych przez organy unijne i stosunkowo dużą dostępność tych rozstrzygnięć – zaowocowałoby prawdopodobnie z jednej strony uwzględnianiem przez przedsiębiorców dorobku wspólnotowego w toku podejmowanych decyzji, z drugiej, niezbędną w obrocie gospodarczym przewidywalnością rozstrzygnięć Prezesa UOKiK.

Szczególny problem w stosowaniu klauzuli o zakazie konkurencji w procesie koncentracji dotyczy sytuacji, kiedy przedmiotem transakcji jest przedsiębiorstwo, rozumiane jako zorganizowany zespół składników. Porównanie regulacji unijnej z polskim porządkiem prawnym pozwala dostrzec, że organy wspólnotowe – w zakresie kontroli koncentracji – przyjmują rozumienie pojęcia przedsiębiorstwa zbliżone do tego, jakim posługuje się polski ustawodawca na gruncie prawa cywilnego²⁷.

W przeciwieństwie do regulacji unijnej polska u.o.k.k. posługuje się pojęciem „przedsiębiorca”, precyzując je w art. 4 pkt 1 przez odwołanie się do definicji zawartej w Prawie działalności gospodarczej²⁸ odpowiednio je rozszerzając na potrzeby prawa konkurencji. Definicja ta ma charakter podmiotowy, co znacząco utrudnia stosowanie postanowień u.o.k.k. do koncentracji mających za przedmiot wyłącznie przedsiębiorstwo w znaczeniu przedmiotowym lub jego część.

Pewną podstawą do rozszerzenia zakresu zastosowania u.o.k.k. może być postanowienie art. 4 pkt 13, który określa czym jest „przejęcie kontroli”. Stanowi on, iż przez **przejęcie kontroli** rozumie się **wszelkie formy** bezpośredniego lub pośredniego **uzyskania uprawnień, które** osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, **umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na określonego przedsiębiorcę** lub przedsiębiorców; uprawnienia takie tworzą **w szczególności**:

- **prawo do całego albo do części mienia przedsiębiorcy,**
- prawa lub umowy przyznające decydujący wpływ na skład, wynik głosowania lub decyzje organów przedsiębiorcy.

Natomiast art. 12 ust. 2 u.o.k.k. stanowi, że obowiązek zgłoszenia koncentracji dotyczy zamiaru przejęcia kontroli, m. in. poprzez nabycie całości lub części majątku jednego przedsiębiorcy przez innego przedsiębiorcę.

Wykładnia językowa powyższego art. 4 pkt 13 wskazuje jednak wyraźnie, że **prawo do całego albo części mienia przedsiębiorcy traktowane będzie jako przejęcie kontroli o ile skutkować będzie uzyskaniem uprawnień, które umożliwiają wywieranie decydującego wpływu. Tymczasem z samej natury przejęcie przedsiębiorstwa (w znaczeniu przedmiotowym) lub jego części wynika, że podmiot przejmujący nie uzyska uprawnień, o których mowa w odniesieniu do podmiotu, którego przedsiębiorstwo przejmuje.** Ścisła wykładnia przepisów prowadzi więc do wniosku, że zbycie przedsiębiorstwa nie podlega kontroli z punktu widzenia przepisów o kontroli koncentracji.

Wykładnia językowa nie odpowiada jednak wymogowi racjonalności i to z dwóch względów. Po pierwsze, przedstawione powyżej rozumienie pojęcia przejęcie kontroli wyłączyłoby z zakresu kontroli Prezesa UOKiK dużą część koncentracji, które podlegałyby jej w przypadku, jeśli przedmiotem transakcji byłby przedsiębiorca. Po drugie, rozwiązanie to byłoby niekorzystne dla podmiotów biorących udział w koncentracji, gdyż uniemożliwiłoby im weryfikację poprawności wprowadzonych ograniczeń w trybie kontroli procesu koncentracji, a co za tym idzie – w przypadku zastosowania na przykład klauzuli o zakazie konkurencji – narażało na odpowiedzialności z tytułu podejmowania praktyk ograniczających konkurencję. Nie sposób

²⁷ Por. art. 55¹ Kodeksu cywilnego.

²⁸ Ustawa z dnia 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 101/2000, poz. 1178, z późn. zm).

również pominąć faktu, że takie rozumienie przepisów u.o.k.k. skutkowałoby powstaniem znaczących różnic pomiędzy prawem polskim a wspólnotowym.

Z tego prawdopodobnie powodu Prezes UOKiK w swoich Wyjaśnieniach²⁹ uznaje, że „za przejęcie kontroli w rozumieniu Ustawy należy również uznać przejęcie kontroli nad przedsiębiorstwem.”³⁰ Zdaniem Prezesa UOKiK w braku definicji przedsiębiorstwa w u.o.k.k. należy stosować definicję zawartą w art. 55¹ k.c. W świetle Wyjaśnień, za przejęcie kontroli należy uznać także „nabycie części przedsiębiorstwa, pod warunkiem iż nabywana część stanowić będzie zorganizowany zespół składników materialnych i niematerialnych przedsiębiorstwa, służących do realizacji określonych celów gospodarczych”³¹.

Pogląd zaprezentowany w Wyjaśnieniach uznać należy za słuszny w warstwie celowościowej, jednak trudno znaleźć argumenty przemawiające za jego uznaniem na *de lege lata*. Nie zmienia to faktu, że praktyka orzecznicza traktuje zbycie przedsiębiorstwa jako typowy przykład przejęcia kontroli w rozumieniu u.o.k.k., co uznać należy za rozwiązanie racjonalne. Równocześnie niezbędne wydaje się wprowadzenie w ramach nowelizacji Ustawy wyraźnej regulacji odnoszącej się wskazanej kwestii.

Przedstawione powyżej argumenty wskazują z jednej strony na dopuszczalność dokonywania oceny klauzuli o zakazie konkurencji w ramach kontroli koncentracji, z drugiej na racjonalność korzystania z dorobku unijnego w tej dziedzinie.

4. Stosowanie klauzuli o zakazie konkurencji w procesach koncentracji nie podlegających notyfikacji

Nieporównywalnie trudniej przedstawia się sytuacja przedsiębiorców, jeżeli koncentracja przez nich przeprowadzana nie podlega kontroli *ex ante*. Może mieć to miejsce, o ile koncentracja podlega wyłączeniu na podstawie art. 13 u.o.k.k. W warunkach krajowych, ze względu na stosunkowo wysoki poziom obrotów przedsiębiorcy determinujący potrzebę uzyskania zgody Prezesa UOKiK na dokonanie koncentracji, opisana sytuacja dotyczy znacznej liczby koncentracji, czasami o znaczącym wpływie na dany rynek właściwy.

Polska regulacja nie przewiduje trybu wstępnej kontroli przeprowadzanej transakcji z punktu widzenia ich zgodności z prawem konkurencji. Tymczasem jak już wspomniano wprowadzenie klauzuli o zakazie konkurencji może być uznane za praktykę ograniczającą konkurencję, w szczególności jako porozumienie o ograniczaniu produkcji lub zbytu oraz o podziale rynku. Co więcej, w przypadku, kiedy Prezes UOKiK stwierdzi istnienie klauzuli konkurencyjnej, nie istnieją klarowne mechanizmy, które pozwoliłyby na uznanie takiego porozumienia za dopuszczalne.

Taka sytuacja rodzi różnorakie skutki. Po pierwsze, **w przypadku jeśli Prezes UOKiK uzna dane porozumienie za praktyką ograniczającą konkurencję, może nałożyć karę pieniężną** w wysokości do 5 mln € nie więcej niż 10 % obrotu. Taka decyzja doprowadzić może do znaczącego pogorszenia sytuacji finansowej przedsiębiorcy, a w sytuacjach skrajnych nawet do upadłości.

Ponadto **art. 5 ust. 2 wprowadza normę o charakterze *ius cogens*, na mocy której porozumienia ograniczające konkurencję, a więc również klauzula o zakazie konkurencji, są w całości lub w odpowiedniej części nieważne**. Tymczasem istnienie takiej klauzuli jest niekiedy warunkiem ekonomicznej racjonalności transakcji.

Przed wszystkim jednak należy zwrócić uwagę na niesłusznosc takiego rozwiązania z ekonomicznego punktu widzenia i jego dyskryminacyjny charakter. Istniejący stan prawny powoduje, że zakres swobody przedsiębiorców w zakresie kształtowania stosunków umownych

²⁹ Wyjaśnienia Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w zakresie kryteriów zgłaszania zamiaru koncentracji, Warszawa 2003 – dalej Wyjaśnienia.

³⁰ Wyjaśnienia ..., s. 12

³¹ J.w.

uzależniony jest w dużej mierze od skali ich działalności z tym, że szersze uprawnienia przyznaje on podmiotom o znaczącej pozycji rynkowej.

Powyższe argumenty wskazują, że **koncentracje nie podlegające notyfikacji, a w szczególności ograniczenia konkurencji stosowane w ramach tych transakcji, w tym klauzula o zakazie konkurencji, powinny być oceniane według zasad przyjętych przy kontroli koncentracji w trybie art. 12 i n. u.o.k.k.** Ocena ograniczeń konkurencji, w oderwaniu od całości dokonywanego procesu powoduje bowiem utratę z pola widzenia rzeczywistych celów i skutków ekonomicznych ich wprowadzenia.

Nie ulega wątpliwości, że **w odniesieniu do wskazanych koncentracji przepisy działu III u.o.k.k. nie mogą być stosowane wprost. Wydaje się jednak dopuszczalne stosowanie w tym zakresie ostrożnej analogii.** Przykładem takiego postępowania może być tutaj praktyka organów europejskich, które wszak dopuszczały stosowanie ograniczeń konkurencji, w tym klauzul o zakazie konkurencji, w ramach procesu koncentracji jeszcze przed wprowadzeniem Rozporządzenia 4064/89, które dało po temu wyraźną podstawę. Wcześniej dopuszczalność tego typu porozumień opierano na wykładni art. 81 TWE, którego art. 5 u.o.k.k. stanowi implementację.

Ustawa daje Prezesowi UOKiK znaczny zakres swobody w ocenie, czy dane porozumienie ma charakter antykonkurencyjny. Art. 5 ust. 1 u.o.k.k. stanowi, że „zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji”. **Dokonując oceny całości transakcji, której częścią była klauzula o zakazie konkurencji można dostrzec, że celem stron nie było ograniczenie konkurencji jako takie, ale raczej dążyły one do zwiększenia efektywności konkurencji.** Taki jest bowiem zwykle cel dokonania koncentracji, którego klauzula o zakazie konkurencji (czy inna) była częścią. **Również skutek aktykonkurencyjny takiego porozumienia przedstawia się zupełnie inaczej w przypadku kiedy ocenia się go w kontekście szerszego procesu jakim jest koncentracja.** W takiej bowiem sytuacji często nie sposób mówić o jakimkolwiek **ograniczeniu konkurencji.** Dzieje się tak na przykład w przypadku przejęcia kontroli (nad przedsiębiorcą lub przedsiębiorstwem), **jeśli przedsiębiorca przejmujący nie prowadził dotychczas działalności na danym rynku. Zmiana podmiotów rynkowych nie skutkuje** w takim przypadku **zmianą struktury rynku** (przynajmniej w krótkim okresie). Natomiast w przypadku kiedy na rynku działa jeden lub kilka podmiotów o silnej pozycji, **koncentracja** pomiędzy ich mniejszymi konkurentami **skutkować może raczej zwiększeniem konkurencyjności** a nie jej zmniejszeniem.

Proponowane rozwiązanie, wraz z postulowanym powyżej oparciem orzecznictwa w sprawach koncentracji na dorobku wspólnotowym, dawałoby ponadto mniejszym przedsiębiorstwom szansę na wprowadzenie w ramach przeprowadzanej koncentracji takich ograniczeń, które nie wykraczają poza próg niezbędności ze względu na charakter transakcji. Dopiero naruszenie tych zasad usprawiedliwiałoby zastosowanie przez Prezesa UOKiK sankcji z tytułu stosowania praktyk ograniczających konkurencję. Takie rozwiązanie pozwoliłoby również na zachowanie równości w traktowaniu podmiotów różnej wielkości.

*Artykuł opublikowany w "Palestrze" nr 1-2/2004.