

Antymonopolowe aspekty transakcji M&A w świetle najnowszego orzecznictwa organów ochrony konkurencji

adw. Szymon Gołębiowski

Warszawa, 8 października 2018 r.

O czym będziemy rozmawiać?

- ogólne informacje o prawie ochrony konkurencji i specyfice transakcji M&A
- obowiązki przedsiębiorców przed podpisaniem dokumentów transakcyjnych
- kiedy transakcja podlega obowiązkowi zgłoszenia organowi antymonopolowemu?
- obowiązek *standstill* - okres „przejściowy” poprzedzający zamknięcie transakcji
- obowiązki przedsiębiorców po zamknięciu transakcji (*ancillary restraints*)

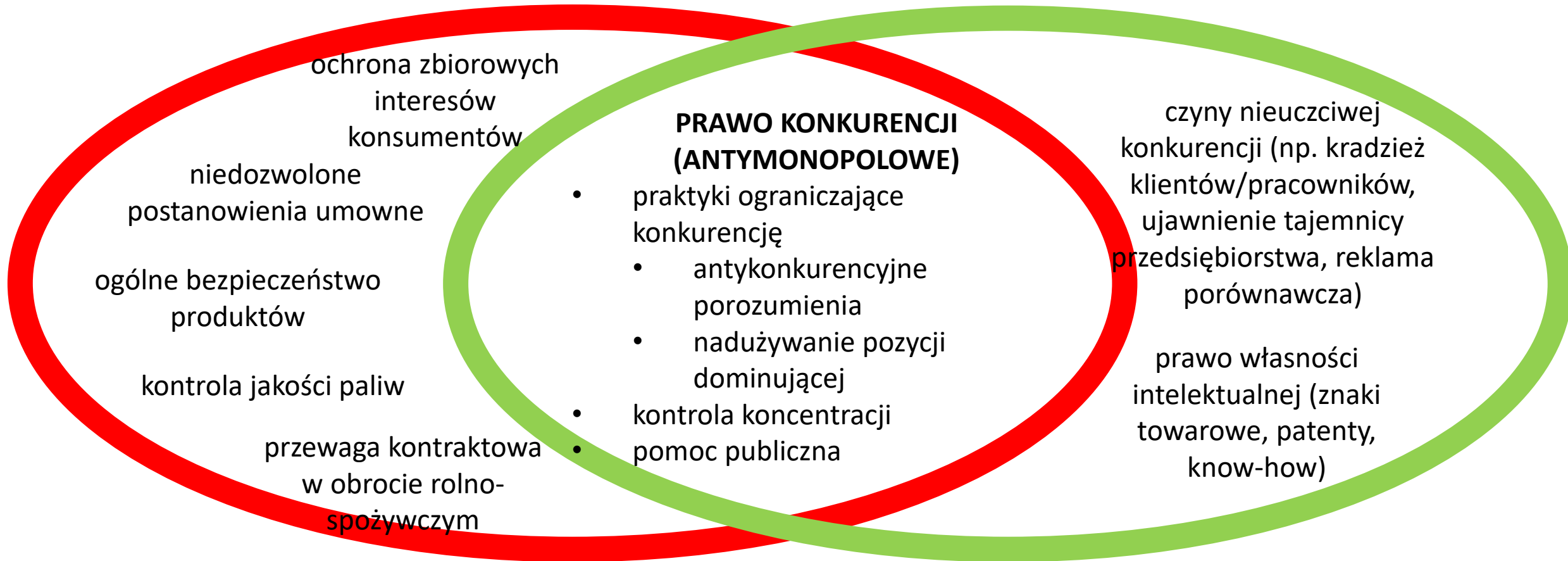
Prawo ochrony konkurencji

Specyfika transakcji M&A

UOKiK i prawo konkurencji

UOKiK

ochrona konkurencji



Źródła prawa

Unijne:

- art. 101 i 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej [wcześniej: art. 81 i 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską]
- rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu
- rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (*EU Merger Regulation*)
- rozporządzenie Komisji (WE) nr 802/2004 z dnia 7 kwietnia 2004 r. w sprawie wykonania rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (*Implementing Regulation*)

Polskie:

- ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 16 lutego 2007 r.
- rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2014 r. w sprawie sposobu obliczania obrotu przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji
- rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2014 r. w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji przedsiębiorców

Dokumenty urzędowe

Unijne:

- Skonsolidowane obwieszczenie Komisji dotyczące kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw
- Komunikat Komisji w sprawie ograniczeń bezpośrednio związanych i koniecznych dla dokonania koncentracji (*Ancillary restraints notice*)
- Komunikat Komisji – Wytyczne w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych
- decyzje Komisji Europejskiej: <http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm>

Polskie:

- Wyjaśnienia w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK
- decyzje Prezesa UOKiK: https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf

Ważne rozstrzygnięcia organów i sądów

Unijne:

- decyzja Komisji Europejskiej z 17.05.2017 w sprawie COMP/M.8228 – *Facebook/WhatsApp*
- decyzja Komisji Europejskiej z 24.04.2018 w sprawie COMP/M.7993 – *Altice / PT Portugal*
- wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 31.05.2018 w sprawie C-633/16, *Ernst & Young P/S przeciwko Konkurrenserådet*

Polskie:

- sprawa *BP Europa/mienie Jackiewicz i Wspólnicy*
- decyzja Prezesa UOKiK z 5.06.2017 nr DKK-86/2017 – *BAĆ-POL(Sezam)/Klementynka*
- decyzja Prezesa UOKiK z 19.09.2017 nr DKK-145/2017 – *Fermy Drobiu „Woźniak”/mienie Ferm Drobiu Borkowski*
- decyzja Prezesa UOKiK z 29.12.2017 nr DKK-210/2017 – *M.O./Empik Media & Fashion*

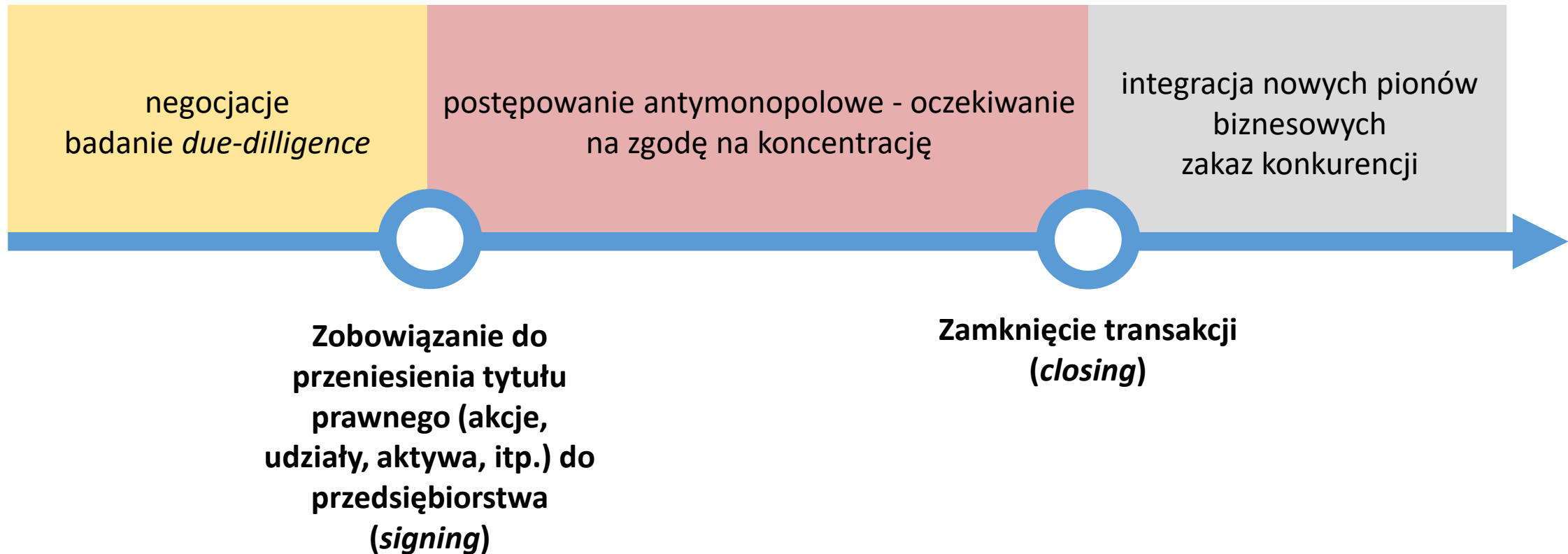
Zagraniczne:

- decyzja francuskiego Urzędu Ochrony Konkurencji (*Autorité de la concurrence*) nr 16-D-24 z 8.11.2016 dotycząca sytuacji Grupy Altice wydana na podstawie art. L.430 pkt II Kodeksu Handlowego

Przykłady transakcji M&A

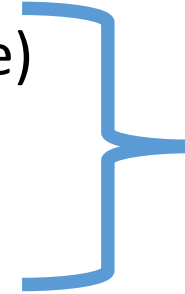
- połączenie przedsiębiorców (*merger*)
- nabycie udziałów lub akcji (*share deal*)
- podział spółki (*spin-off*)
- rozbiór (*demerger*)
- nabycie aktywów (*asset deal*)
- utworzenie wspólnego przedsiębiorcy (*joint-venture*)

Transakcje M&A



Organy właściwe

- Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (krajowe)
albo
- Komisja Europejska (o wymiarze wspólnotowym/unijnym)

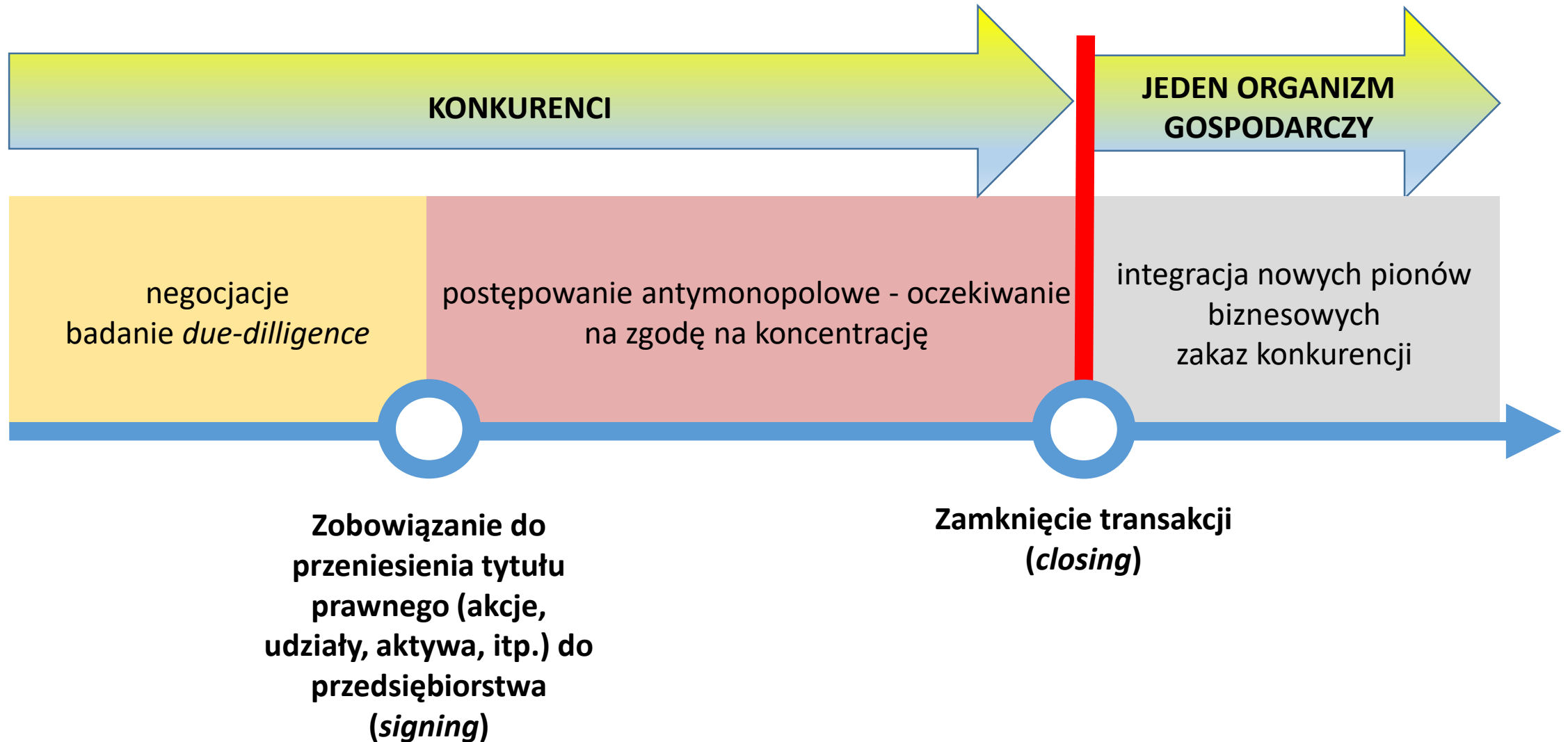


Zasada *one-stop-shop*

- ✓ organ ochrony konkurencji innego państwa

Sytuacja przedsiębiorców przed zamknięciem transakcji

Transakcje M&A



Zakaz porozumień ograniczających konkurencję

Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów

Art. 6. 1. Zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na: [...]

Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej

Art. 101. 1. Niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane są wszelkie porozumienia między przedsiębiorstwami, wszelkie decyzje związków przedsiębiorstw i wszelkie praktyki uzgodnione, które mogą wpływać na handel między Państwami Członkowskimi i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego, a w szczególności te, które polegają na: [...]

Antykonkurencyjna wymiana informacji

Wytyczne KE w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych

*Wymiana informacji może zatem stanowić praktykę uzgodnioną, jeśli prowadzi do zmniejszenia strategicznej niepewności na rynku, ułatwiając tym samym znowę, tj. wymienia się dane o charakterze strategicznym. Z tego względu dzielenie się **danymi strategicznymi** z konkurentami jest równoznaczne z uzgodnieniami, ponieważ zmniejsza niezależność zachowań konkurentów na rynku i osłabia ich motywację do konkurowania.*

[...]

*Prawdopodobieństwo wejścia w zakres art. 101 wymiany między konkurentami danych strategicznych, tj. danych, które prowadzą do **zmniejszenia strategicznej niepewności na rynku**, jest większe niż wymiany innych rodzajów informacji. Dzielenie się danymi strategicznymi może wywołać skutki ograniczające konkurencję, ponieważ **zmniejsza niezależność stron w podejmowaniu decyzji poprzez osłabienie ich motywacji do konkurowania.***

Antykonkurencyjna wymiana informacji

Wytyczne KE w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych

Informacje strategiczne mogą dotyczyć cen (np. aktualne ceny, bonifikaty, wzrosty, obniżki, rabaty), wykazów klientów, kosztów produkcji, ilości, obrotów, sprzedaży, mocy produkcyjnych, jakości, planów marketingowych, zagrożeń, inwestycji, technologii oraz programów badawczo-rozwojowych i ich wyników.

Antykonkurencyjna wymiana informacji

Przy ocenie wymiany informacji bada się:

- ✓ **charakterystykę rynku** (transparentność, koncentracja, złożoność, stabilność, symetryczność)
- ✓ **rodzaj informacji** (informacje strategiczne)
- ✓ **pokrycie rynku** (możliwość zapobiegania skutkom wymiany informacji)
- ✓ **szczegółowość danych** (dane zagregowane lub zindywidualizowane)
- ✓ **aktualność informacji** (dane historyczne lub dane aktualne)
- ✓ **częstotliwość wymiany informacji** (zależy od charakterystyki rynku)
- ✓ **informacje jawne/niejawne** (rzeczywiście jawne, z ang. *genuinely public*)
- ✓ **wymiana jawna/niejawna** (również publiczna wymiana informacji)

Wymiana informacji przed sfinalizowaniem transakcji

- Brak wyłączenia dla wymiany/przekazywania informacji w związku z planowaną koncentracją
- Szczególne ryzyka w związku z badaniem *due diligence* i wyceną wartości przedsiębiorstwa
- Wiele informacji jest koniecznych dla prawidłowej oceny wartości przedsiębiorstwa/transakcji
- Informacje pozyskiwane w ramach *due diligence* nie są dostępne w normalnym toku działalności na rynku

Badanie *due diligence*

- informacje w rozsądny sposób konieczne do należytej oceny wartości (*reasonably related to a party's understanding of future earnings and prospects*)
- umowa o zachowaniu poufności
- odpowiedni dobór osób do przygotowania transakcji (ograniczenie dostępu), tzw. *clean team*
- zaangażowanie zewnętrznego podmiotu do wykonania badania i przedstawienia wniosków bez ujawniania danych poufnych
- ograniczenia w przekazywaniu danych sensytywnych

Obowiązek powstrzymania się z zamknięciem transakcji do czasu uzyskania zgody organu antymonopolowego (*standstill*)

Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów

Art. 97. 1. Przedsiębiorcy, których zamiar koncentracji podlega zgłoszeniu, są obowiązani do wstrzymania się od dokonania koncentracji do czasu wydania przez Prezesa Urzędu decyzji lub upływu terminu, w jakim decyzja powinna zostać wydana.

Rozporządzenie 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji

Art. 7. 1. Koncentracja o wymiarze wspólnotowym zdefiniowana w art. 1, lub mająca zostać zbadana przez Komisję zgodnie z art. 4 ust. 5, nie zostaje wprowadzona w życie ani przed jej zgłoszeniem, ani do czasu uznania jej za zgodną ze wspólnym rynkiem, stosownie do decyzji, podjętej zgodnie z art. 6 ust. 1 lit. b), 8 ust. 1 lub 8 ust. 2, lub na podstawie domniemania, zgodnie z art. 10 ust. 6.

Sankcje

- kary pieniężne do **10%** zeszłorocznego przychodu
- decyzja dekoncentracyjna
 - nakaz podziału połączonego przedsiębiorcy
 - zbycie całości lub części majątku przedsiębiorcy
 - zbycie udziałów lub akcji zapewniających kontrolę nad przedsiębiorcą lub przedsiębiorcami lub rozwiązanie spółki, nad którą przedsiębiorcy sprawują wspólną kontrolę
- kara w wysokości równowartości 10.000 euro (w prawie polskim) za każdy dzień zwłoki w wykonaniu ww. decyzji

„Okres przejściowy” przed uzyskaniem zgody na koncentrację

**Ochrona wartości
nabywanego
przedsiębiorstwa**

VS.

Ochrona konkurencji na rynku

- umożliwienie niezakłóconego przejęcia przedsiębiorstwa z chwilą uzyskania zgody
- przeciwdziałanie czynnościom sprzedającego mogącym spowodować spadek wartości przedmiotu transakcji
- przed dokonaniem koncentracji strony planowanej transakcji są odrębnymi i niezależnymi podmiotami i jako takie powinny konkurować – obowiązuje ogólny zakaz porozumień ograniczających konkurencję
- brak jest uniwersalnych wytycznych odnośnie tego co jest zakazane a co dozwolone

Gun-jumping – sprawa Altice/PT Portugal (COMP/M.7993)

- koncentracja horyzontalna w sektorze telekomunikacyjnym (Portugalia)
- 9.12.2014 – Transaction Agreement (zobowiązanie do nabycia akcji PT Portugal)
- 20.04.2015 – warunkowa zgoda na koncentrację – obowiązek wyzbycia się przez kupującego portugalskich spółek Cabovisão i ONI
- 2.06.2015 – zamknięcie transakcji
- przed wydaniem zgody ukazały się artykuły na temat spotkań przedstawicieli Altice z PT Portugal
- Komisja zażądała wyjaśnień, a także szeregu dokumentów, w tym całych skrzynek mailowych imiennie wskazanych pracowników obu spółek

Gun-jumping – sprawa Altice/PT Portugal (COMP/M.7993)

- na podstawie zebranych informacji Komisja uznała, że Altice wywierała wpływ na strategiczne decyzje PT Portugal jeszcze przed uzyskaniem zgody:
 - bardzo daleko idące uprawnienia Altice w „okresie przejściowym” wynikające z Umowy Transakcyjnej, m.in. bardzo niskie progi kwotowe odnoszące się do działań niewymagających zgody nabywcy (nieznajdujące oparcia w wartości umowy ani wielkości nabywanego przedsiębiorstwa)
 - ingerencja kupującego w umowy dotyczące bieżącej działalności spółki (*ordinary course of business*)
 - wspólne uzgadnianie strategii biznesowych PT Portugal – prośby o zatwierdzenie pewnych działań przez Altice
 - przekazywanie sensytywnych informacji, m.in. aktualne dane finansowe dotyczące sprzedaży w segmencie B2B, B2C oraz zagranicznej, dane dotyczące odpływu klientów i pozyskiwania nowych klientów
- Komisja uznała, że działania te za wykraczające poza środki uzasadniające ochronę wartości nabywanego przedsiębiorstwa i naruszenie art. 4 ust. 1 i art. 7 ust. 1 EUMR
- kara **124,5 mln euro** (2 x 62 250 000 euro za każde naruszenie)
- skarga do Sądu UE – sprawa T-425/18 (w toku)

Gun-jumping – sprawa Altice/PT Portugal (COMP/M.7993)

Klauzula umowna dotycząca funkcjonowania PT Portugal przed Datą Zamknięcia

„[...] do zamknięcia, Sprzedawca zobowiązuje się, że bez pisemnej zgody Kupującego [...] nie podejmie żadnego z następujących działań:

[...]

ii. zawarcie jakiejkolwiek transakcji lub zobowiązania albo przeniesienie lub zaciągnięcie zobowiązania (w tym zobowiązania warunkowego), którego łączna wartość przekracza [...] euro; lub

iii. zawarcie zobowiązania, którego wartość przekracza [...] euro, a czas jego trwania przekracza trzy miesiące lub takiego, które nie może zostać wypowiedziane w okresie trzymiesięcznym albo krótszym; lub [...]

vii. zawarcie, rozwiązanie lub zmiana umowy zaliczającej się do Istotnych Umów; lub [...]

ix. z zastrzeżeniem wydatków ujętych w Budżecie, nabycie lub wyrażenie zgody na nabycie jakiegokolwiek mienia, którego wartość przekracza [...] euro; lub [...]

xviii. zatrudnienie jakiegokolwiek nowego członka zarządu lub kierownika; lub [...]

xx. rozwiązanie lub zmiana warunków jakiejkolwiek umowy z którymkolwiek członkiem zarządu lub kierownikiem, chyba że istnieje uzasadniona przyczyna takiego rozwiązania; lub [...]

xxvi. zmiana polityki cenowej lub standardowych cen ofertowych produktów i usług dla klientów (innych niż ujęte w Budżecie) lub zmiana jakichkolwiek istniejących ogólnych warunków umów z klientami, za wyjątkiem bieżących działań z określonymi klientami zmierzających do zapobieżenia odejściu klienta; lub

xxvii. zawarcie, zmiana lub rozwiązanie którejkolwiek z Istotnych z nieuzasadnionych przyczyn lub poza bieżącą działalnością spółki; [...]”

Gun-jumping – sprawa Altice-Numericable/SFR/Omer Telecom (16-D-24)

- 30.10.2014 – warunkowa zgoda francuskiego Urzędu Ochrony Konkurencji (*Autorité de la concurrence*) na przejęcie Société Française du Radiotéléphone (SFR) przez Numericable (spółkę z Grupy Altice)
- 27.11.2014 – bezwarunkowa zgoda na przejęcie przez Numericable spółki Omer Telecom Ltd. (Virgin Mobile)
- 2.04.2015 – przeszukania w siedzibach Numericable-SFR oraz Omea Telecom (spółka zależna OTL)
- zaangażowanie Altice w funkcjonowanie SFR przed uzyskaniem zgody:
 - uczestnictwo SFR w przetargu na sieć światłowodową w Departamencie Seine-et-Marne
 - akceptacja warunków umowy z Bouygues Telecom o wspólnym korzystaniu z sieci
 - interwencja w politykę cenową dotyczącą usług bardzo szybkiego internetu szerokopasmowego (wstrzymanie jednej akcji promocyjnej)
 - wspólna polityka dotycząca nowego produktu SFR („marque blanche” project)

Gun-jumping – sprawa Altice-Numericable/SFR/Omer Telecom (16-D-24)

- zaangażowanie Altice-SFR w funkcjonowanie OTL przed uzyskaniem zgody:
 - zatwierdzanie ustaleń poczynionych z Orange w związku z projektem MVNO
 - rozpoczęcie pełnienia obowiązków w SFR przez członka zarządu OTL przed uzyskaniem zgody
- wymiana informacji strategicznych w obu przypadkach (bieżące monitorowanie strategii SFR/OTL)
- kara **80 mln euro**
- brak odwołania od decyzji

Gun-jumping – sprawa Altice-Numericable/SFR/Omer Telecom (16-D-24)

Przykładowa komunikacja e-mail członka zarządu SFR do osoby z Altice dotyczący przetargu na sieć światłowodową:

„W załączeniu rzeczona [prezentacja], zawierająca porównanie wszystkich elementów oferty, które zostały tobie przedstawione, z wersją finalną”.

W uzupełnieniu kolejny mail:

„PROSZĘ NIE ZAPOMNIJ PÓŹNIEJ USUNĄĆ TEJ WIADOMOŚCI!!!”

Gun-jumping – sprawa M.O./Empik Media & Fashion (DKK-210/2017)

- 17.03.2016 – zgłoszenie zamiaru koncentracji do UOKiK – przejęcie przez M.O. współkontroli nad Empik Media & Fashion (drugi współkontrolujący: Penta Investments Ltd.)
- zwrot wniosku i wszczęcie postępowania antymonopolowego w sprawie niezgłoszenia koncentracji
- koncentracja nastąpiła już 3.03.2016 w wyniku:
 - pośredniego nabycia przez M.O. 25,4% akcji EMF
 - zawarcia Umowy Akcjonariuszy przewidującej:
 - uzgadnianie przez strony sposobu wykonywania prawa głosu z akcji EMF;
 - uzgadniania przez Penta i M.O. zmian w składzie i kompetencjach Rady Nadzorczej;
 - w przypadku, gdy przepisy prawa albo dokumenty korporacyjne EMF wymagają podjęcia decyzji Rady Nadzorczej, wówczas Penta i M.O. uzgadniać będą podjęcie takich decyzji oraz zapewnią głosowanie przez członków Rady Nadzorczej,
 - dyskutowanie w dobrej wierze i uzgadniania przez Penta i M.O. zmian w kompetencjach lub składzie Zarządu;
 - wykonywania przez Penta uprawnień osobistych przyznanych statutem EMF wyłącznie po uprzedniej akceptacji sposobu wykonania uprawnień osobistych przez M.O.

Gun-jumping – sprawa M.O./Empik Media & Fashion (DKK-210/2017)

- po 8 miesiącach – jeszcze przed wydaniem decyzji przez Prezesa UOKiK M.O. utracił współkontrolę nad EMF, która „wróciła” do Penta
- celem struktury było umożliwienie realizacji wspólnego wezwania na akcje
- UOKiK nie uznał operacji za transakcję wieloetapową, ponieważ udokumentowany zamiar wyzbycia się przez M.O. współkontroli nad EMF nie istniał w dniu składania wniosku
- kara **22 120 zł**
- brak odwołania – decyzja jest ostateczna

Obowiązek zgłoszenia koncentracji

Koncentracja

Trwała zmiana kontroli (*change of control on a lasting basis*) – wyłącznej lub wspólnej – nad przedsiębiorcą:

- połączenie dwóch lub więcej samodzielnych przedsiębiorców (*merger*)
- przejęcie bezpośredniej lub pośredniej kontroli nad jednym lub więcej przedsiębiorcami przez jednego lub więcej przedsiębiorców (*acquisition*):
 - nabycie udziałów lub akcji (*share deal*)
 - uzyskanie uprawnień osobistych (uprzywilejowanie udziałów/akcji)
 - zawarcie umowy o zarządzanie
- utworzenie przez przedsiębiorców wspólnego przedsiębiorcy (*joint ventures*)
- nabycie części mienia innego przedsiębiorcy (*acquisition – asset deal*)

Czynniki determinujące kontrolę

- posiadanie większościowego pakietu (co najmniej 50%) udziałów lub akcji
- prawo powoływania większości członków zarządu
- uprawnienia osobiste wspólnika (kwalifikowane *quorum* lub większość na ZW/WZA)
- prawo weta wobec strategicznych decyzji dotyczących działalności przedsiębiorstwa
- umowa o zarządzanie przedsiębiorstwem
- zależność faktyczna, np. długoterminowa wyłączność dostaw, niska frekwencja akcjonariuszy mniejszościowych na WZA
- uprawnienia inwestora na Zgromadzeniu Inwestorów FIZ

Koncentracja a prawo konkurencji

Kontrola koncentracji:

- ✓ zapobieganie, w interesie publicznym, antykonkurencyjnym koncentracjom przedsiębiorców, które wywołują lub mogą wywoływać skutki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej
- ✓ zapobieganie koncentracjom, w wyniku których konkurencja na rynku zostanie istotnie ograniczona
- ✓ istotne ograniczenie konkurencji ma miejsce m.in. w przypadku powstania lub umocnienia pozycji dominującej na skutek koncentracji
- ✓ istnieje domniemanie posiadania pozycji dominującej wobec przedsiębiorców posiadających **40% lub więcej** udziału w rynku właściwym

Obowiązek zgłoszenia koncentracji

Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów

Art. 13. 1. Zamiar koncentracji podlega zgłoszeniu Prezesowi Urzędu, jeżeli:

- 1) łączny światowy obrót przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekracza równowartość 1 000 000 000 euro lub
- 2) łączny obrót na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekracza równowartość 50 000 000 euro.

Rozporządzenie 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji

Art. 4. 1. Koncentracje o wymiarze wspólnotowym określone w niniejszym rozporządzeniu zgłasza się Komisji przed ich wykonaniem i po zawarciu umowy, ogłoszeniu publicznej oferty przejęcia lub nabyciu kontrolnego pakietu akcji. [...]

Obowiązek zgłoszenia - progi jurysdykcyjne

✓ łączny światowy obrót przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekracza równowartość **1 mld euro**, lub

✓ łączny obrót na terytorium RP przekracza równowartość **50 mln euro**

oraz

✓ w co najmniej jednym z dwóch lat obrotowych poprzedzających zgłoszenie obrót przejmowanej spółki (części przedsiębiorstwa) przekroczył **10 mln euro**

Koncentracja ma wymiar unijny, jeżeli

- a) łączny światowy obrót wynosi więcej niż **5 mld euro**; oraz
- b) łączny obrót przypadający na Unię, każdego z co najmniej dwóch przedsiębiorstw, wynosi więcej niż **250 mln euro**,

chyba że każde z zainteresowanych przedsiębiorstw uzyskuje więcej niż 2/3 swoich łącznych obrotów w UE w jednym i tym samym Państwie Członkowskim.

Koncentracja, która nie osiąga ww. progów ma wymiar wspólnotowy, w przypadku gdy

- (a) łączny światowy obrót wynosi więcej niż **2,5 mld euro**,
- (b) w każdym z co najmniej 3 Państw Członkowskich łączny obrót wynosi więcej niż **100 mln euro**,
- (c) w każdym z co najmniej 3 Państw Członkowskich powyżej łączny obrót każdego z co najmniej dwóch przedsiębiorstw wynosi więcej niż **25 mln euro**, oraz
- (d) łączny obrót UE każdego z co najmniej dwóch przedsiębiorstw wynosi więcej niż **100 mln euro**,

chyba że każde z zainteresowanych przedsiębiorstw uzyskuje więcej niż 2/3 swoich łącznych obrotów przypadających na Wspólnotę w jednym i tym samym Państwie Członkowskim.

Wszczęcie postępowania antymonopolowego w sprawie koncentracji

- Kiedy najwcześniej?
- Co może być wyrazem zamiaru koncentracji
 - podpisana umowa sprzedaży (przedwstępna)
 - list intencyjny
 - wezwanie na akcje – prospekt emisyjny
 - uchwała o połączeniu spółek (plan połączenia)
- Gdzie jest granica?
 - niepodpisany projekt umowy to nie zamiar

Obowiązek zgłoszenia – sprawa BP Europa/mienie Jackiewicz i Wspólnicy

- 8.05.2012 – zawarcie przez BP Europa umowy dzierżawy nieruchomości stacji paliw + sklep + punkt gastronomiczny na okres 10 lat (z możliwością przedłużenia o kolejne 10 lat)
- 17.12.2012 – przedwstępna umowa sprzedaży ww. nieruchomości, zawierająca warunek uzyskania zgody UOKiK
- 4.01.2013 – zgłoszenie do UOKiK
- 04.2013 – zwrot wniosku i wszczęcie postępowania w sprawie niezgłoszenia koncentracji polegającej na zawarciu długoterminowej umowy dzierżawy

Obowiązek zgłoszenia – sprawa BP Europa/mienie Jackiewicz i Wspólnicy

- BP podnosił, że wykreowanie nowego prawa obligacyjnego (umowy dzierżawy) nie może stanowić nabycia mienia implikującego obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji – czynnością taką jest dopiero przeniesienie istniejącego prawa (w tym przypadku sprzedaż)
- UOKiK opowiedział się za szeroką definicją pojęcia „nabycie” jako obejmującą uzyskanie jakiegokolwiek tytułu prawnego do dysponowania mieniem
- kara **20 tys. zł** (decyzja DKK-173/2014)
- odwołanie do SOKiK, który podtrzymał stanowisko UOKiK (wyrok XVII AmA 14/15)
- Sąd Apelacyjny oddalił apelację BP (wyrok VI Aca 715/16)

Obowiązek zgłoszenia – sprawa BAĆ-POL(Sezam)/Klementynka (DKK-86/2017)

- I poł. 2012 – wymiana korespondencji pomiędzy Klementynką (dolnośląska hurtownia ogólnospożywcza) a Sezamem (hurtownia ogólnospożywcza należąca do Grupy Bać-Pol) – przekazanie wielu informacji poufnych (m.in. Dokumenty finansowe i umowy z kontrahentami i klientami), wizyty przedstawicieli Sezamu w Klementynce
- 04.2012 – Klementynka kończy działalność
- 05.2012 – Sezam rozszerza działalność swojego oddziału w oparciu o towary zakupione od Klementynki pod jej dotychczasowym adresem oraz zatrudnił większość byłych pracowników Klementynki, właściciel Klementynki zostaje szefem nowego oddziału Sezamu

Obowiązek zgłoszenia – sprawa BAĆ-POL(Sezam)/Klementynka (DKK-86/2017)

- na skutek zawiadomienia UOKiK wszczął postępowanie wobec Bać-Pol (następca prawnego Sezamu) w sprawie niezgłoszenia koncentracji
- ustalono, że „Sezam wszedł w posiadanie kluczowych aktywów Klementynki, tj. umów i kontraktów z dostawcami i kluczowymi klientami, przejęła najważniejszych pracowników Klementynki oraz nabyła towary z przeznaczeniem do natychmiastowej dystrybucji. Z punktu widzenia prowadzenia hurtowni ogólnospożywczej są to kluczowe aktywa, które są warunkiem efektywnego prowadzenia działalności gospodarczej”
- pomimo stopniowego przejmowania poszczególnych składników mienia Sezam faktycznie wznowił działalność Klementynki (przejął mienie przedsiębiorcy)
- kara **527 tys. zł**
- brak odwołania – decyzja ostateczna

Obowiązek zgłoszenia – sprawa Fermy Drobiu „Woźniak”/mienie Ferm Drobiu Borkowski (DKK-145/2017)

- 2014 - FDW (producent jaj kurzych) nabywa wierzytelności FDB (konkurenta) + 40% baterii klatkowych od leasingodawców
- wobec FDB zostaje ogłoszona upadłość (początkowo układowa, a następnie likwidacyjna)
- FDW składa syndykowi najkorzystniejszą ofertę dzierżawy przedsiębiorstwa upadłego
- 5.05.2015 – podpisanie warunkowej umowy dzierżawy (na 36 miesięcy) z prawem pierwokupu
- pomimo negatywnego stanowiska rady wierzycieli wobec ww. umowy, doszło do przekazania przedsiębiorstwa upadłego FDB
- wydzierżawiony majątek obejmował 6 ferm, tj. nieruchomości (baterie klatkowe, baterie do odchowu drobiu, silosy i waga wozowa), które były w znacznej mierze zdewastowane i pozbawione inwentarza żywego
- FDB+FDW posiadały łącznie 33-36% udziału w rynku sprzedaży jaj kurzych
- na skutek skarg innych przedsiębiorców UOKiK wszczął postępowanie w sprawie

Obowiązek zgłoszenia – sprawa Fermy Drobiu „Woźniak”/mienie Ferm Drobiu Borkowski (DKK-145/2017)

- UOKiK uznał, że FDB dokonał koncentracji bez uzyskania uprzedniej zgody organu
- ewentualna nieważność czynności prawnej, na podstawie której FDW uzyskał tytuł prawny do mienia nie ma znaczenia na gruncie przepisów dotyczących kontroli koncentracji – istotne jest faktyczne władanie mieniem
- zły stan nabytej infrastruktury FDB nie oznaczał, że mienie nie miało zdolności generowania obrotu – nabycie przez konkurenta kluczowych składników mienia umożliwiało FDW *„w relatywnie krótkim czasie, od przejęcia mienia, wznowiać sukcesywnie na jego podstawie działalność tożsamą z wcześniejszą działalnością FDB”*
- kara **339 tys. zł**
- brak odwołania – decyzja ostateczna

Obowiązek zgłoszenia – sprawa Ernst & Young P/S przeciwko Konkurrencerådet (C-633/16)

- pytanie prejudycjalne sądu duńskiego
- 18.11.2013 – umowa określająca przyszłe warunki połączenia E&Y i KPMG DK pod szyldem E&Y
- w celu wykonania ww. umowy KPMG DK wypowiedziała umowę o współpracy z „centralą” KPMG (określającą warunki uczestnictwa w międzynarodowej sieci KPMG) ze skutkiem na 30.09.2014
- przejścia klientów (m.in. Carlsberg i Maersk)
- 28.05.2014 – zgoda na koncentrację wydana przez duński organ
- 17.12.2014 – decyzja organu stwierdzająca naruszenie obowiązku *standstill* przez KPMG DK, które wypowiedziało umowę z siecią przed uzyskaniem zgody

Obowiązek zgłoszenia – sprawa Ernst & Young P/S przeciwko Konkurrencerådet (C-633/16)

- Trybunał Sprawiedliwości UE uznał, że działań stron nie należy oceniać przez pryzmat skutku rynkowego (np. migracja klientów)
- dla bytu koncentracji (i naruszenia obowiązku standstill) istotna jest kwestia zmiany kontroli nad KPMG DK – w chwili rozwiązania umowy z siecią KPMG nie można było jeszcze mówić o uzyskaniu przez E&Y wpływu na KPMG DK
- wypowiedzenie umowy miało jedynie charakter czynności przygotowawczej do zamknięcia transakcji

Obowiązek przekazywania informacji niewprowadzających w błąd

Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów

Art. 106. 2. Prezes Urzędu może również nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości stanowiącej równowartość **do 50 000 000 euro**, jeżeli przedsiębiorca ten choćby nieumyślnie:

- 1) we wniosku, o którym mowa w art. 23, lub w zgłoszeniu, o którym mowa w art. 94 ust. 2, podał **nieprawdziwe dane**;
- 2) nie udzielił informacji żądanych przez Prezesa Urzędu na podstawie art. 10 ust. 9, art. 12 ust. 3, art. 19 ust. 3, art. 23c ust. 3, art. 28 ust. 3 lub art. 50 bądź **udzielił nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd informacji**; [...]

Rozporządzenie 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji

Art. 14. 1. Komisja może w formie decyzji nałożyć na osoby określone w art. 3 ust. 1 lit. b), przedsiębiorstwa lub związki przedsiębiorstw, grzywny w wysokości **nieprzekraczającej 1% łącznego obrotu** danego przedsiębiorstwa lub związku przedsiębiorstw, w rozumieniu art. 5, w przypadku gdy umyślnie lub nieumyślnie:

- a) udzielają one informacji nieprawidłowych lub wprowadzających w błąd przy wnioskowaniu, certyfikacji, zgłoszeniu lub uzupełnieniu ich, zgodnie z art. 4, art. 10 ust. 5 lub art. 22 ust. 3;
- b) udzielają one informacji nieprawidłowych lub wprowadzających w błąd w odpowiedzi na wniosek zgodnie z art. 11 ust. 2; [...]

Obowiązek przekazywania informacji niewprowadzających w błąd – sprawa Facebook/WhatsApp (COMP/M.8228)

- 19.02.2014 – umowa FB/WA (*Agreement and Plan of Merger and Reorganisation*)
- w trakcie procedury pre-notyfikacyjnej i postępowania właściwego KE zwróciła się do zgłaszającego o wyjaśnienie kwestii integracji danych Facebook z komunikatorem WhatsApp
- 3.10.2014 – decyzja KE uznająca koncentrację za zgodną z rynkiem wewnętrznym (zgoda bezwarunkowa)
- 30.06.2016 – Facebook przesyła KE aktualizację informacji dotyczących technicznej integracji obu systemów

Obowiązek przekazywania informacji niewprowadzających w błąd – sprawa Facebook/WhatsApp (COMP/M.8228)

- Komisja zwróciła się o wyjaśnienie, czy technologia wzajemnego dostępu do danych FB/WA była znana w czasie postępowania antymonopolowego oraz czy plany automatycznej migracji wówczas istniały
- KE uznała, że brak dodatkowych wyjaśnień ww. kwestii w toku postępowania koncentracyjnego stanowił co najmniej nieumyślne naruszenie obowiązku przekazywania informacji prawdziwych i niewprowadzających w błąd
- kara **110 mln euro** (2 x 55 mln euro za każde naruszenie)
- brak skargi do Sądu UE – decyzja ostateczna

Zakaz konkurencji po zamknięciu transakcji *(ancillary restraints)*

Ancillary restraints

Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw

Art. 6 ust. 1 lit. b oraz art. 8 ust. 2

[...]

Decyzję stwierdzającą zgodność koncentracji ze wspólnym rynkiem uznaje się za uwzględniającą ograniczenia, które są bezpośrednio związane i konieczne dla dokonania koncentracji (restrictions directly related and necessary to the implementation of the concentration).

Ancillary restraints

Dotyczy w szczególności:

- klauzul *non-compete*
- umów licencyjnych
- obowiązków zakupowych/sprzedażowych
- dotyczy także koncentracji niepodlegających obowiązkowi zgłoszenia

Ancillary restraints

**Zapewnienie prawidłowego
prowadzenia działalności
przejętego przedsiębiorstwa**

VS.

Ochrona konkurencji na rynku

- dopuszczalne są ograniczenia ekonomicznie związane z główną transakcją i mające na celu umożliwienie niezakłóconej zmiany w strukturze spółki po dokonaniu koncentracji
- ochrona wartości przejmowanego przedsiębiorstwa
- utrzymanie ciągłości dostaw po zmianie struktury kapitałowej
- umożliwienie rozpoczęcia działalności przez nowy podmiot

Ancillary restraints

Zakaz konkurencji (*non-compete*):

- dopuszczalne ograniczenia **podmiotowe**:
 - ✓ spółki zależne oraz agenci, nie dotyczy dystrybutorów
- dopuszczalne ograniczenia **produktowe**
 - ✓ tylko produkty/usługi związane z przedmiotem transakcji
- dopuszczalne ograniczenia **czasowe**:
 - ✓ przejęcie wartości firmy (*goodwill*) oraz *know-how* – max. 3 lata
 - ✓ przejęcie tylko wartości firmy (*goodwill*) – max. 2 lata
- dopuszczalne ograniczenia **terytorialne**:
 - ✓ na obszarze działania *targetu/JV*

Ancillary restraints

Umowy licencyjne - zakres:

- dopuszczalne ograniczenia **podmiotowe**:
 - ✓ spółki zależne oraz agenci (możliwość udzielenia sublicencji)
- dopuszczalne ograniczenia **produktowe**
 - ✓ pola eksploatacji niezwiązane z przedmiotem transakcji
- dopuszczalne ograniczenia **czasowe**:
 - ✓ zakazane
- ograniczenia **terytorialne**:
 - ✓ na obszarze działania *targetu/JV*

Ancillary restraints

Obowiązki zakupowe/sprzedażowe - zakres:

- dopuszczalne ograniczenia **podmiotowe**:
 - ✓ spółki zależne oraz agenci, nie dotyczy dystrybutorów
- dopuszczalne ograniczenia **produktowe**
 - ✓ produkty/usługi niezbędne do funkcjonowania targetu/JV w okresie przejściowym
 - ✓ narzucanie ilości (*quantity forcing*), nie obejmuje wyłączności
- dopuszczalne ograniczenia **czasowe**:
 - ✓ do 5 lat

Dziękuję za uwagę

adw. Szymon Gołębiowski

szymon.golebiowski@modzelewskapasnik.pl

+48 511 142 767

Modzelewska & Paśnik

ul. Wiejska 17/5

00-480 Warszawa

www.modzelewskapasnik.pl