

Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych

Piotr Semeniuk

Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji

Warszawa 2015



Wydawnictwo Naukowe
Wydziału Zarządzania
Uniwersytetu Warszawskiego

Podręczniki i Monografie

**Koncepcja jednego
organizmu gospodarczego
w prawie ochrony konkurencji**



Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego

Sześćdziesiąta czwarta publikacja Programu Wydawniczego CARS

Seria: Podręczniki i Monografie (19)

Redaktor serii: prof. dr hab. Tadeusz Skoczny

Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych (CARS)

www.cars.wz.uw.edu.pl

CARS powstało w 2007 r. jako grupa badawcza, w skład której wchodził pracownicy naukowcy Wydziału Zarządzania UW, innych wydziałów UW i innych uczelni polskich. W dorobku CARS szczególne miejsce zajmują publikacje książkowe (łącznie 15) oraz periodyki. Od 2008 r. CARS wydaje anglojęzyczne czasopismo naukowe pn. *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies* (YARS) (www.yars.wz.uw.edu.pl), którego cztery ostatnie numery są już w pełni międzynarodowe. Od 2013 r. wydajemy także polskojęzyczny internetowy periodyk pn. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny* (iKAR www.ikar.wz.uw.edu.pl), wychodzący od 2015 r. w dwóch seriach – „Serii Antymonopolowej” i „Serii Regulacyjnej”. Poza działalnością wydawniczą, CARS prowadzi także badania naukowe i świadczy usług doradcze w formie ekspertyz zleconych przez władze publiczne lub przedsiębiorców, ale dostępnych publicznie ze strony www.cars.wz.uw.edu.pl/ekspertyzy. CARS organizuje także konferencje naukowe o wymiarze międzynarodowym (np. ASCOLA Conference Warsaw 2014 (www.ascola-conference-warsaw.2014.wz.uw.edu.pl) lub krajowym (np. 1. Polski Kongres Prawa Konkurencji 2015 (www.1pkpk.wz.uw.edu.pl)). CARS prowadzi również działalność edukacyjną i szkoleniową, oferuje m.in. studia podyplomowe (www.aris.wz.uw.edu.pl) i Otwarte Seminarium Doktoranckie. Współpracuje też z Urzędem Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) oraz polskimi organami regulacyjnymi (UKE, URE, UTK, ULC i KRRiT).

W uznaniu dorobku z lat 2007–2014, z dniem 1.10.2014 r. CARS zostało przekształcone w odrębną – podległą bezpośrednio Dziekanowi – jednostkę organizacyjną o charakterze naukowo-badawczym, zajmującą się ekonomią i prawem ochrony konkurencji i regulacji sektorowych. CARS kontynuuje i intensyfikuje działalność na wszystkich ww. polach badawczych i doradczych w obszarze ochrony konkurencji i konsumentów oraz w sektorach infrastrukturalnych.

Piotr Semeniuk

Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji

Warszawa 2015



Wydawnictwo Naukowe
Wydziału Zarządzania
Uniwersytetu Warszawskiego

Recenzenci:

Prof. nadzw. WSiIz dr hab. Agata Jurkowska-Gomułka

Katedra Prawa Administracyjnego Wyższej Szkoły Informatyki i Zarządzania
w Rzeszowie

Prof. nadzw. WSB dr hab. Zbigniew Jurczyk

Wyższa Szkoła Bankowa we Wrocławiu

Korekta i redakcja: Hanna Januszewska

Projekt okładki: Dariusz Kondefefer

© Copyright by Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu
Warszawskiego and Piotr Semeniuk

ISBN: 978-83-63962-85-2



WYDAWCA:

Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania

Uniwersytetu Warszawskiego

02-678 Warszawa, ul. Szturmowa 1/3

Tel. (+48-22) 55-34-164

E-mail: jjagodziniski@mail.wz.uw.edu.pl

www.wz.uw.edu.pl



SKŁAD I ŁAMANIE:

Dom Wydawniczy ELIPSA,

00-189 Warszawa, ul. Inflancka 15/198

Tel./faks (+48-22) 635-03-01; (+48-22) 635-17-85

E-mail: elipsa@elipsa.pl; www.elipsa.pl

DYSTRYBUCJA

Księgarnia Ekonomiczna

02-094 Warszawa, ul. Grójecka 67

Tel. (+48-22) 822-90-42; faks (+48-22) 823-64-67

E-mail: info@ksiegarnia-ekonomiczna.com.pl

Spis treści

Wykaz skrótów (alfabetycznie)	13
Od Autora	17
Rozdział I. Uwagi wprowadzające	19
1. Obszar badań: koncepcja jednego organizmu gospodarczego	19
2. Cele i założenia pracy	22
2.1. Uwagi ogólne	22
2.2. Wprowadzenie do zagadnienia jednego organizmu gospodarczego (rozdział II)	24
2.3. Podejście strukturalne i behawioralne: ocena <i>ex ante</i> i <i>ex post</i> (rozdział III)	24
2.4. Kontekst inkluzywny i ekskluzywny koncepcji jednego organizmu gospodarczego: <i>joint ventures</i> (rozdział IV)	25
2.5. Absolutny i względny wymiar koncepcji jednego organizmu gospodarczego: umowa agencyjna i pracownicza (rozdział V)	26
2.6. Formalny i materialny aspekt koncepcji jednego organizmu gospodarczego	27
2.6.1. Aspekt materialny (rozdział VI)	27
2.6.2. Aspekt formalny (rozdział VII)	27
2.6.3. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego a pokrewne instytucje prawa ochrony konkurencji oraz inne gałęzie prawa (rozdział VIII)	28
3. Przyjęta metodologia	29
Rozdział II. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w świetle nauk ekonomicznych i prawnych	33
1. Uwagi ogólne	33
2. Uzasadnienie koncepcji jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji	34
2.1. Uwagi ogólne	34

2.2. Cele polityki konkurencji	35
2.3. Uzasadnienie ekonomiczne materialnego aspektu koncepcji jednego organizmu gospodarczego	38
2.3.1. Uwagi ogólne	38
2.3.2. Pierwsze stanowisko uzasadniające sens materialnego aspektu koncepcji jednego organizmu gospodarczego	39
2.3.3. Drugie stanowisko uzasadniające sens materialnego aspektu koncepcji jednego organizmu gospodarczego	42
2.3.4. Trzecie stanowisko uzasadniające sens materialnego aspektu koncepcji jednego organizmu gospodarczego	43
3. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w świetle nauk ekonomicznych	44
3.1. Uwagi ogólne	44
3.2. Teoria firmy Ronalda Coase'a	45
3.3. Inne teorie	46
3.4. „Firma” a osoba prawna i fizyczna	47
3.5. Kryteria wyodrębnienia „firmy” oraz „jednego organizmu ekonomicznego” w prawie ochrony konkurencji	50
3.5.1. Uwagi ogólne	50
3.5.2. Jeden interes ekonomiczny	50
3.5.3. Czynniki niweczące jeden interes ekonomiczny	53
3.6. Trwałość a jeden organizm gospodarczy	56
4. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w różnych porządkach prawa ochrony konkurencji	57
4.1. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji Stanów Zjednoczonych	57
4.2. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji UE	62
4.2.1. Aspekt materialny	62
4.2.2. Aspekt formalny	64
4.2.3. Inne przykłady zastosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji UE	67
4.3. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w polskim prawie ochrony konkurencji	68
4.3.1. Podstawa prawna obowiązywania koncepcji jednego organizmu gospodarczego w polskim prawie ochrony konkurencji	68
4.3.2. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w praktyce polskiego prawa ochrony konkurencji	72
4.3.3. Poglądy doktryny polskiego prawa ochrony konkurencji na temat koncepcji jednego organizmu gospodarczego	75
4.3.4. Odziaływanie porozumienia „na zewnątrz”	78

5. Wnioski	80
5.1. Uzasadnienie koncepcji jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji	80
5.2. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w świetle nauk ekonomicznych	81
5.3. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w różnych porządkach prawa ochrony konkurencji	82

Rozdział III. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego na gruncie przepisów o kontroli koncentracji	83
1. Uwagi ogólne	83
2. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego na gruncie przepisów o kontroli koncentracji UE	84
2.1. Trwała zmiana kontroli	84
2.1.1. Uwagi ogólne	84
2.1.2. Wyłączna kontrola	85
2.1.3. Wspólna kontrola	86
2.2. Dwie formy koncentracji: „połączenie”, „przejęcie” i „wspólne przedsiębiorstwo”	87
2.2.1. Uwagi ogólne	87
2.2.2. Akwizycje mniejszościowych pakietów udziałów lub akcji	89
2.3. „Kontrola” a pojęcia „przedsiębiorstwa uczestniczącego” i ich „grupy” na potrzeby ustalenia jurysdykcji Komisji Europejskiej	91
2.4. Podsumowanie	94
3. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego na gruncie polskich przepisów o kontroli koncentracji	96
3.1. Kontrola	97
3.1.1. Uwagi ogólne	97
3.1.2. Wspólna kontrola	98
3.1.3. Wspólna kontrola a grupa kapitałowa	100
3.2. Grupa kapitałowa	103
3.2.1. Uwagi ogólne	103
3.2.2. Grupa kapitałowa a definicja koncentracji	103
3.2.3. Grupa kapitałowa a <i>jurisdictional nexus</i>	104
3.2.4. Grupa kapitałowa a merytoryczna ocena koncentracji	104
3.2.5. Grupa kapitałowa a wyłączenia grupowe	105
3.3. Grupa kapitałowa a jeden organizm gospodarczy w prawie polskim – relacja zakresów pojęciowych	105
3.3.1. Poglądy doktryny i praktyka	105
3.3.2. Możliwe relacje zakresów pojęciowych „grupy kapitałowej” i „jednego organizmu gospodarczego”	108
4. Różnice pomiędzy analizą zagadnienia „granic przedsiębiorstwa” podczas oceny <i>ex ante</i> i <i>ex post: continuum</i> strukturalno-behawioralne	110

5. Wnioski	116
------------------	-----

Rozdział IV. Pojęcie wspólnego przedsiębiorcy a koncepcja jednego

organizmu gospodarczego	119
--------------------------------------	-----

1. Uwagi ogólne	119
-----------------------	-----

2. Utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa w prawie ochrony konkurencji UE	120
--	-----

2.1. Uwagi ogólne	120
-------------------------	-----

2.2. Pełny zakres funkcji	122
---------------------------------	-----

2.3. Trwałość	123
---------------------	-----

3. Utworzenie wspólnego przedsiębiorcy w polskim prawie ochrony konkurencji	124
---	-----

4. Wspólny przedsiębiorca podlegający obowiązkowi notyfikacji a kryteria wyodrębnienia jednego organizmu gospodarczego	128
--	-----

4.1. Niebagatelny poziom integracji ekonomicznej (pełny zakres funkcji) wspólnych przedsiębiorców	128
---	-----

4.1.1. Uwagi ogólne	128
---------------------------	-----

4.1.2. Kryterium pełnego zakresu funkcji a kooperacyjny aspekt merytorycznej oceny działalności wspólnego przedsiębiorcy	129
--	-----

4.1.3. Kryterium pełnego zakresu funkcji a przywilej koncentracji	131
---	-----

4.1.4. Podsumowanie	134
---------------------------	-----

4.2. Kontrola nad wspólnym przedsiębiorcą	135
---	-----

4.2.1. Uwagi ogólne	135
---------------------------	-----

4.2.2. Wspólny przedsiębiorca a kontrola w prawie ochrony konkurencji UE	135
--	-----

4.2.3. Utworzenie wspólnego przedsiębiorcy a kontrola w polskim prawie ochrony konkurencji	140
--	-----

4.3. Podsumowanie	142
-------------------------	-----

4.3.1. Uwagi ogólne	142
---------------------------	-----

4.3.2. Wspólny przedsiębiorca samodzielny „operacyjnie” a koncepcja jednego organizmu gospodarczego	143
---	-----

4.3.3. „Prawdziwie” samodzielny wspólny przedsiębiorca a koncepcja jednego organizmu gospodarczego	145
--	-----

4.3.4. Wspólny przedsiębiorca nieposiadający pełnego zakresu funkcji a koncepcja jednego organizmu gospodarczego	146
--	-----

5. Wnioski	147
------------------	-----

Rozdział V. Względny wymiar koncepcji jednego organizmu gospodarczego

– status agenta i pracownika	149
---	-----

1. Uwagi ogólne	149
-----------------------	-----

2. Zastosowanie koncepcji jednego organizmu gospodarczego do relacji pomiędzy agentem a pryncypałem	150
---	-----

2.1. Wpływ koncepcji jednego organizmu gospodarczego na system dystrybucji produktów	150
2.2. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego a agencja w prawie ochrony konkurencji Stanów Zjednoczonych	151
2.2.1. Kształtowanie się orzecznictwa	151
2.2.2. Ekonomiczna analiza sędziego Posnera	153
2.2.3. <i>Agency defense</i> a legalność dystrybucyjnych porozumień cenowych	157
2.2.4. <i>Agency defense</i> a ekskluzywny kontekst koncepcji jednego organizmu gospodarczego (na przykładzie franczyzy)	158
2.3. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego a agencja w prawie ochrony konkurencji UE	160
2.4. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego a umowa agencyjna w polskim prawie ochrony konkurencji – dwa rebusy	168
2.4.1. Uwagi ogólne	168
2.4.2. Rebus pierwszy	168
2.4.3. Rebus drugi	173
2.4.4. Kryteria „prawdziwej” agencji w polskim prawie ochrony konkurencji	175
3. Zastosowanie koncepcji jednego organizmu gospodarczego do relacji pomiędzy pracownikiem a pracodawcą	176
3.1. Pracownik a absolutny wymiar koncepcji jednego organizmu gospodarczego	176
3.2. „Prawdziwy” pracownik	177
3.3. Inne konteksty pracownicze w prawie ochrony konkurencji – organizacje pracowników i wolne zawody	178
4. Wnioski	181

Rozdział VI. Formalny aspekt koncepcji jednego organizmu gospodarczego – przypisanie odpowiedzialności za naruszenie prawa ochrony konkurencji

koncepcji	183
1. Uwagi ogólne	183
2. Uzasadnienie formalnego aspektu koncepcji jednego organizmu gospodarczego	185
3. Wywieranie rzeczywistego decydującego wpływu w orzecznictwie TSUE	188
3.1. Decydujący wpływ a udział w naruszeniu prawa ochrony konkurencji UE	189
3.2. Czynniki pozwalające wykazać wywieranie rzeczywistego decydującego wpływu	191
3.3. Domniemanie wywierania rzeczywistego wpływu w orzecznictwie TSUE	193
3.3.1. Uwagi ogólne	193
3.3.2. Obowiązek podania przyczyn	196

3.4. Rzeczywiste wywieranie decydującego wpływu poza kontekstami domniemania wywierania rzeczywistego wpływu: wspólny przedsiębiorca	197
3.4.1. Uwagi ogólne	197
3.4.2. Analiza spraw dotyczących wspólnych przedsiębiorców	199
3.4.3. Wywieranie wpływu na działalność wspólnego przedsiębiorcy a wspólny przedsiębiorca o pełnym zakresie funkcji	201
3.5. Podsumowanie	203
4. Przypisanie odpowiedzialności a zasada osobistej odpowiedzialności, prawa człowieka i zasada winy	205
4.1. Uwagi ogólne	205
4.2. Zasada osobistej odpowiedzialności	205
4.3. Prawa człowieka	207
4.4. Zasada winy	212
4.4.1. Obowiązki zasady winy w polskim prawie ochrony konkurencji i prawie ochrony konkurencji UE	212
4.5. Zagadnienie winy podmiotów kolektywnych	217
4.5.1. Uwagi ogólne	217
4.5.2. Wina podmiotów kolektywnych w polskim prawie karnym i cywilnym	218
4.5.3. Wina podmiotów kolektywnych w prawie ochrony konkurencji UE	220
4.5.4. Wina podmiotów kolektywnych w polskim prawie ochrony konkurencji	222
5. Przypisanie odpowiedzialności w polskim prawie ochrony konkurencji ..	225
5.1. Poglądy doktryny	225
5.2. Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie kartelu cementowego	225
5.3. Przypisanie odpowiedzialności a wina podmiotów kolektywnych w polskim prawie ochrony konkurencji	227
5.4. Podsumowanie	230
6. Wnioski	232

Rozdział VII. Materialny aspekt koncepcji jednego organizmu

gospodarczego	237
1. Uwagi ogólne	237
2. Analiza okoliczności strukturalnych i behawioralnych w materialnym i formalnym aspekcie koncepcji jednego organizmu gospodarczego	238
3. Polskie zmony przetargowe – przykład behawioralnej ekonomicznej analizy koncepcji jednego organizmu gospodarczego	242
3.1. Uwagi ogólne	242
3.2. Polskie zmony przetargowe: tło faktyczne	244
3.3. Strategia „polskiej zmony przetargowej”	246
3.3.1. Opis strategii	246
3.3.2. Ekonomiczna analiza polskiej zmony przetargowej	249

3.4. Polskie zmony przetargowe w świetle przedstawionej teorii	254
3.5. Orzecznictwo sądów polskich w zakresie „polskich zμών przetargowych”	258
4. Wnioski	261

Rozdział VIII. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego a pokrewne instytucje prawa ochrony konkurencji oraz inne gałęzie prawa	263
1. Uwagi ogólne	263
2. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego a pokrewne instytucje prawa ochrony konkurencji	264
2.1. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego a „związek przedsiębiorców”	264
2.1.1. Uwagi ogólne	264
2.1.2. Porozumienia „zawarte” przez związek	266
2.1.3. Związek przedsiębiorców a nadużycie pozycji dominującej ..	267
2.2. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego a nadużycie kolektywnej pozycji dominującej	271
2.2.1. Uwagi ogólne	271
2.2.2. Zastosowanie doktryny nadużycia kolektywnej pozycji dominującej w prawie ochrony konkurencji UE	273
3. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego a inne dziedziny prawa	277
3.1. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie pomocy publicznej	277
3.1.1. Występowanie koncepcji jednego organizmu gospodarczego w prawie pomocy publicznej UE	277
3.1.2. Różnice pomiędzy prawem pomocy publicznej a prawem ochrony konkurencji	280
3.2. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w polskim prawie energetycznym	282
3.2.1. Ustawa o kosztach osieroconych	282
3.2.2. Pojęcie rynku konkurencyjnego	283
3.3. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego a <i>piercing of corporate veil</i>	286
3.4. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w polskim prawie zamówień publicznych	289
3.4.1. Grupa kapitałowa na gruncie polskiego prawa zamówień publicznych	289
3.4.2. Zmony przetargowe w ramach grupy kapitałowej	291
3.4.3. Konsorcja przetargowe: wspólni przedsiębiorcy a koncepcja jednego organizmu gospodarczego	293
4. Wnioski	294
4.1. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego a pokrewne instytucje prawa ochrony konkurencji	294

4.2. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego a inne dziedziny prawa	296
Rozdział IX. Zakończenie	297
1. Niejednorodna analiza zastosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego	297
2. Zastosowanie koncepcji jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji	298
2.1. Uzasadnienie istnienia koncepcji jednego organizmu gospodarczego	298
2.2. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w świetle nauk ekonomicznych i teorii firmy	299
2.3. Podstawowe poglądy piśmiennictwa, sądów oraz organów konkurencji na koncepcję jednego organizmu gospodarczego	299
3. Wykorzystanie koncepcji jednego organizmu gospodarczego podczas antymonopolowej oceny koncentracji	299
4. Wykorzystanie koncepcji jednego organizmu gospodarczego dla oceny działalności wspólnych przedsiębiorców	300
5. Względny wymiar koncepcji jednego organizmu gospodarczego	300
6. Formalny aspekt koncepcji jednego organizmu gospodarczego	301
7. Materialny aspekt koncepcji jednego organizmu gospodarczego	301
8. Wykorzystanie koncepcji jednego organizmu gospodarczego na potrzeby zastosowania pokrewnych instytucji prawa ochrony konkurencji oraz w innych dziedzinach prawa	302
9. Uwagi końcowe	302
Lista aktów prawnych	305
Akty prawne Stanów Zjednoczonych	305
Akty prawne, <i>quasi</i> -prawne UE i dokumenty o charakterze <i>soft-law</i> (chronologicznie)	305
Polskie akty prawne lub <i>quasi</i> -prawne (chronologicznie)	306
Inne akty prawne lub <i>quasi</i> -prawne	308
Lista orzeczeń i decyzji	309
Wyroki sądów Stanów Zjednoczonych (chronologicznie)	309
Wyroki sądów UE, decyzje Komisji Europejskiej i opinie Rzeczników Generalnych (chronologicznie)	309
Wyroki sądów polskich (chronologicznie)	312
Decyzje i postanowienia Prezesa UOKiK (chronologicznie)	313
Wyroki i decyzje innych sądów oraz organów (chronologicznie)	313
Literatura (alfabetycznie)	315

Wykaz skrótów (alfabetycznie)

Admin. Sci. Q.	– Administrative Science Quarterly
Antitrust L.J.	– Antitrust Law Journal
B.C. Int. & Comp. & L. Rev.	– Boston College International and Comparative Law Review
C.M.L. Rev.	– Common Market Law Review
Conn. L. Rev.	– Connecticut Law Review
Cornell L. Rev.	– Cornell Law Review
CPI	– Competition Policy International
Crim. L. Rev	– Criminal Law Review
C.T.L.R.	– Computer and Telecommunications Law Review
	– Competition Policy International
Dz.U.	– Dziennik Ustaw
Dz.Urz.UOKiK	– Dziennik Urzędowy Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Dz.Urz.WE	– Dziennik Urzędowy Wspólnot Europejskich
ECJ	– European Competition Journal
E.C.L.R.	– European Competition Law Review
EKPCz	– Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 4.11.1950 r. (Dz.U. z 1993 r. Nr 61 poz. 284 ze zm.)
E.L.R.	– European Law Review
EPS	– Europejski Przegląd Sądowy
EStAL	– European State Aid Law Quarterly
ETS	– Europejski Trybunał Sprawiedliwości
ETPCz	– Europejski Trybunał Praw Człowieka
Fordham Int'l L.J.	– Fordham International Law Journal
Fordham J. Corp. & Fin. L.	– Fordham Journal of Corporate & Finance Law

Franch. L.J.	– Franchise Law Journal
Franch. L.M.	– Franchising World Magazine
G.C.L.R	– Global Competition Litigation Review
GCR	– Global Competition Review
Geo. U.L. Rev.	– Georgetown University Law Review
GN	– Gospodarka Narodowa
Harv. L. Rev.	– Harvard Law Review
ICN	– Międzynarodowa Sieć ds. Konkurencji (<i>International Competition Network</i>)
iKAR	– Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny
J. Competition L. & Econ.	– Journal of Competition Law & Economics
JRE	– Journal of Regulatory Economics
kc	– ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 1964 r. Nr 16 poz. 93 ze zm.)
kk	– ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1997 r. Nr 16, poz. 93 ze zm.)
KIO	– Krajowa Izba Odwoławcza
Komisja	– Komisja Europejska
KPP	– Karta Praw Podstawowych
KPPr.	– Kwartalnik Prawa Prywatnego
ksh	– ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2000 r. Nr 94 poz. 1037)
NFL	– National Football League Properties
N.Y.U. J. L. & Bus.	– New York University Journal of Law & Business
OZZ	– organizacje zbiorowego zarządzania prawami autorskimi
PiP	– Państwo i Prawo
PPLR	– Public Procurement Law Review
PPH	– Przegląd Prawa Handlowego
Pr. Sp.	– Prawo Spółek
PS	– Przegląd Sejmowy
PUG	– Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego
pzp	– ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2004 r. Nr 19 poz. 177 ze zm.)
PZPN	– Polski Związek Piłki Nożnej

- Rozporządzenie 1/2003 – Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z 16.12.2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz.Urz.WE 2003 Nr L 1/1)
- Rozporządzenie 139/2004 – Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z 20.01.2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.Urz.UE 2004 Nr L 21/1)
- Rozporządzenie 802/2004 – Skonsolidowane Rozporządzenie Komisji nr 802/2004 z 7.04.2004 r. w sprawie wykonania Rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.Urz.UE 2004 Nr L 133/1)
- Rozporządzenie wertykalne PL – Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz.U. z 2011 r. Nr 81 poz. 441 ze zm.)
- Rozporządzenie wertykalne UE – Rozporządzenie Komisji (UE) nr 330/2010 z dnia 20.04.2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz.Urz.UE Nr L 102/1)
- RPEiS – Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny
- SA – Sąd Apelacyjny
- S.A. – spółka akcyjna
- SN – Sąd Najwyższy (Rzeczpospolitej Polskiej)
- SOKiK – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
- SPI – Sąd Pierwszej Instancji
- sp. z o.o. – spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
- St. Eur. – Studia Europejskie
- St. Pr. – Studia Prawnicze
- Tex. L. Rev. – Texas Law Review

TFUE	– Wersja skonsolidowana Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.Urz.UE 2012 Nr C 83/47)
TSUE	– Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
TUE	– Wersja skonsolidowana Traktatu o Unii Europejskiej (Dz.Urz.UE 2012 Nr C 326/13)
UE	– Unia Europejska
UOKiK	– Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
uokk	– ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2007 r. Nr 50 poz. 331 ze zm)
uopz	– ustawa z dnia 18 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz.U. z 2002 r. Nr 197 poz. 1661 ze zm.)
URE	– Urząd Regulacji Energetyki
ustawa o KDT	– ustawa z dnia 29 czerwca 2007 r. o zasadach pokrywania kosztów powstałych u wytwórców w związku z przedterminowym rozwiązaniem umów długoterminowych sprzedaży mocy i energii elektrycznej (Dz.U. z 2007 r. Nr 130 poz. 905 ze zm.)
World Compet. Wyjaśnienia w sprawie koncentracji	– World Competition – Wyjaśnienia w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK z 23.01.2015 r.
Wytyczne wertykalne	– Wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie ograniczeń wertykalnych (Dz.Urz.UE 2010 Nr C 130/1)
Yale J. on Reg.	– Yale Journal On Regulation
Yale L.J.	– Yale Law Journal
YARS	– Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies
Zesz. Nat.	– Zeszyty Natolińskie
ZNUJ	– Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego

Od autora

Książka powstała na bazie rozprawy doktorskiej, którą obroniłem w czerwcu 2015 r. na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego. Jej oryginalny tytuł to: „Przesłanki zastosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji”. Zbieranie materiałów potrzebnych do napisania pracy zacząłem wiosną 2013 r. ale jej zrzęb powstał późnymi wieczorami jesieni i zimy przełomu 2013 i 2014 r. w Brukseli na biurku pod strychowym skosem kawalerki przy Place Sainte-Catherine. Pisząc tę książkę korzystałem przede wszystkim ze zbiorów oraz baz danych biblioteki Wydziału Prawa Uniwersytetu Nowojorskiego, Dyrekcji Generalnej ds. Konkurencji Komisji Europejskiej oraz Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Podziękowania za doprowadzenie do obrony doktoratu i wydania tej książki należą się wielu osobom. Za ojca całego przedsięwzięcia śmiało można uznać prof. Tadeusza Skoczego, dyrektora Centrum Antymonopolowego i Regulacyjnego Uniwersytetu Warszawskiego, pomysłodawcę tematu pracy i promotora rozprawy doktorskiej. Bez jego merytorycznego i organizacyjnego wsparcia książka ta zapewne by nie powstała. Chciałbym też podziękować recenzentkom rozprawy doktorskiej, prof. Agacie Jurkowskiej z Wyższej Szkoły Informatyki i Zarządzania w Rzeszowie oraz dr hab. Annie Piszcz z Uniwersytetu w Białymstoku. Wiele ich cennych uwag znalazło się w finalnej wersji książki. Jestem też niezmiernie wdzięczny mojej *alma mater*, Wydziałowi Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego za umożliwienie mi gościnnej obrony doktoratu w jej historycznych murach. Z grona tej zacnej uczelni podziękowania należą się w szczególności prof. Ewie Nowińskiej, a także mgr Krzysztofowi Kopaczowi: pierwszej za wsparcie merytoryczne, drugiemu za pomoc organizacyjną.

Na koniec dziękuję rodzicom za wiarę we wszystko, do czego się zabieram, a Karolinie za wyrozumiałość i bliskość odkąd pamiętam.

Rozdział I

Uwagi wprowadzające

1. Obszar badań: koncepcja jednego organizmu gospodarczego

Koncepcja jednego organizmu gospodarczego jest nierozzerwalnie wpisana w reguły ochrony konkurencji. Ponieważ reguły te chronią właśnie konkurencję (choć ich ostatecznym celem jest ochrona interesu konsumentów¹), niezbędnym elementem treści każdej hipotezy normy prawa antymonopolowego² jest wyodrębnienie podmiotów, pomiędzy którymi konkurencja zachodzi, jest ograniczona lub zgoła nie istnieje. Wspomniane „podmioty” są przez jurysdykcje antymonopolowe nazywane różnorako. Przykładowo, w prawie ochrony konkurencji Unii Europejskiej³ („UE”) centralną rolę pełni pojęcie „przedsiębiorstwa” (ang. *undertaking*⁴). Artykuł 101 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej („TFUE”) mówi o „porozumieniach między przedsiębiorstwami”, art. 102 zakazuje nadużywania pozycji domi-

¹ Zob. rozdział II.

² Dziedzina prawa stanowiąca w tej pracy przedmiot analizy to prawo antymonopolowe. Zamiennie stosowany jest też termin „prawo ochrony konkurencji” oraz „prawo konkurencji”.

³ W poniższej pracy autor często odwołuje się do porządku prawnego UE. Niekiedy w znaczeniu synonimicznym do terminu „prawo UE” autor będzie się posługiwał terminami takimi, jak: „prawo europejskie” lub „prawo unijne”.

⁴ Autor poniższej pracy starał się używać polskich terminów na określenie pojęć sformułowanych oryginalnie w innych językach (często podając oryginalny termin w nawiasie). Wyjątkowo tam, gdzie dane pojęcie zagraniczne zostało inkorporowane do polskiego języka prawniczego, używane jest ono w oryginalnej formie (np. *joint venture*). Cytując poglądy zagranicznego piśmiennictwa, autorskiemu tłumaczeniu na język polski zawsze towarzyszy cytat z oryginału (najczęściej w przypisie). Tam, gdzie praca odwołuje się do piśmiennictwa zagranicznego, nie przytaczając jednak w głównym tekście cytatu, niekiedy oryginalny cytat znajdzie się w przypisie.

nującej przez „jedno lub więcej przedsiębiorstw”⁵, a unijne Rozporządzenie 139/2004⁶ w samym swoim tytule mówi o „kontroli koncentracji przedsiębiorstw”. Z kolei normy polskiej regulacji antymonopolowej, zamiast do pojęcia „przedsiębiorstwo”, odwołują się do terminu „przedsiębiorcy”⁷. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego służy więc do wyodrębnienia samodzielnych gospodarczych organizmów, tak żeby stosunki zachodzące pomiędzy tymi organizmami można było poddać ocenie pod kątem regulacji antymonopolowej.

Jak słusznie zauważa W. Wils, pojęcie „przedsiębiorstwa” w prawie UE (podobnie jak w prawie polskim pojęcie „przedsiębiorcy”) rodzi dwa zupełnie odrębne zestawy zagadnień prawnych. Pierwsze z nich dotyczy definicji działalności gospodarczej. Na gruncie wspomnianego zestawu zagadnień toczy się np. debata na temat tego, w jakim zakresie reguły konkurencji mogą być stosowane do podmiotów świadczących usługi użyteczności publicznej. Drugi typ zagadnień dotyczy kwestii tzw. granic przedsiębiorstwa (ang. *boundaries of an undertaking*), tj. tego, jak obrazowo określił to W. Wils, kiedy „kończy się jedno przedsiębiorstwo, a zaczyna następne”⁸. Na gruncie zagadnienia granic przedsiębiorstwa doktryna europejskiego prawa konkurencji zgodnie podkreśla, że „prawny status lub forma prawna podmiotu (ang. *entity*) jest bez znaczenia” dla ustalenia tego, jaki podmiot jest „przedsiębiorstwem”⁹ – istotna jest tak zwana „funkcjonalna” analiza¹⁰.

⁵ Wersja skonsolidowana Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej z 30.03.2010 r. (Dz.Urz.UE 2012 Nr C 83/47).

⁶ Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z 20.01.2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.Urz.UE 2004 Nr L 21/1; „Rozporządzenie 139/2004”).

⁷ Pojęcie „przedsiębiorcy” zdefiniowane zostało w art. 4 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, Dz.U. z 2007 r. Nr 50 poz. 331 ze zm., „uokk”).

⁸ W. Wils, *The Undertaking as Subject of E. C. Competition Law and the Imputation of Infringements to Natural or Legal Persons*, E.L.R. 2000, vol. 25(2), s. 100.

⁹ A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law, Text, Cases and Materials*, 4th Ed., Oxford University Press 2011, s. 126; zob. też: Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International 2010, s. 19; R. Whish, D. Bailey, *Competition Law*, 7th Ed., Oxford University Press 2012, s. 84–85.

¹⁰ R. Whish, D. Bailey, *ibidem*. Funkcjonalne podejście do definicji przedsiębiorstwa, przyjęte jednoznacznie w prawie UE, promieniuje zresztą również na inne jurysdykcje i wydaje się wyznaczać obecne światowe standardy. Przykładowo, w przyjętym w 2012 r. prawie konkurencji Hong Kongu (ang. *Hong Kong Competition Ordinance*) wprost uznano, że pojęcie przedsiębiorstwa oznacza „każdy podmiot, bez względu na formę prawną” (ang. *any entity, regardless of its legal status*). Zob. art. 2 prawa konkurencji (*Competition Ordinance*) Hong Kongu, cały akt dostępny pod adresem: [http://www.legislation.gov.hk/blis_pdf.nsf/6799165D2FEE3FA94825755E0033E532/F2091B1D7DE087EC48257A240054AA88/\\$FILE/CAP_619_e_b5.pdf](http://www.legislation.gov.hk/blis_pdf.nsf/6799165D2FEE3FA94825755E0033E532/F2091B1D7DE087EC48257A240054AA88/$FILE/CAP_619_e_b5.pdf), dostęp: 25.08.2015 r. Zob. też: J. Conolly, *An*

Koncepcja *single economic unit* jest próbą uporania się z tym drugim zestawem zagadnień związanych z pojęciem „przedsiębiorstwa” – kilka z pozoru samodzielnych prawnie podmiotów może bowiem w istocie stanowić właśnie „jeden organizm gospodarczy”.

Zauważyć należy, że pojęcia „przedsiębiorstwa” lub „przedsiębiorcy” wydają się być tak naprawdę tożsame z pojęciem „jednego organizmu gospodarczego”, chociaż termin „jednego organizmu gospodarczego” jest czasami używany na określenie prawnej doktryny, której zastosowanie pozwala na uniknięcie nieintuicyjnego traktowania każdego prawnie odrębnego podmiotu jak organizmu samodzielnego gospodarczo.

Koncepcja jednego organizmu gospodarczego nie doczekała się odrębnego potraktowania w doktrynie polskiego prawa konkurencji. W doktrynie europejskiego prawa antymonopolowego koncepcja ta została w dość kompleksowy sposób omówiona w artykułach W. Wilsa¹¹ oraz A. Jones¹². Poza powyższymi pracami, w doktrynie można się spotkać z opracowaniami poszczególnych zastosowań koncepcji jednego organizmu gospodarczego (częste są opracowania z zakresu przypisania odpowiedzialności za naruszenie prawa antymonopolowego¹³, umów agencyjnych¹⁴ czy zagadnienia tzw. *joint ventures*¹⁵).

Na koniec wypada się jeszcze pochylić się nad stosowanym nazewnictwem „jednego organizmu gospodarczego”. Cały wysiłek intelektualny poniższej pracy polega wszakże na wyodrębnieniu podmiotów będących „jednym organizmem gospodarczym”, ze wszystkimi prawnymi konsekwencjami, które pociąga za sobą nadanie takiej etykiety. Poniższa tabela (Tabela 1) zawiera większość pojęć, które będą w tej pracy używane w sposób synonimiczny na opisanie „jednego organizmu gospodarczego”, oraz pojęć używanych na określenie podmiotów, które takim „organizmem” nie będą (tj. podmiotów, które mogą być jedynie częścią większego „jednego organizmu gospodarczego”). Użyte w tabeli określenia są też najczęściej używane zamiennie przez organy konkurencji, sądy i przedstawiciele doktryny. Tabela zawiera ponadto najważniejsze określenia stosowane w języku angielskim.

Overview of the Hong Kong Competition Ordinance, The Asia-Pacific Antitrust Review 2013, GCRSpecial Report.

¹¹ W. Wils, *The Undertaking...*, *op. cit.*

¹² A. Jones, *The Boundaries of an Undertaking in EU Competition Law*, ECJ 2012, vol. 8(2), s. 304.

¹³ Zob. rozdział VII tej pracy.

¹⁴ Zob. rozdział VI tej pracy.

¹⁵ Zob. rozdział IV tej pracy.

Tabela 1. Terminologia jednego organizmu gospodarczego

Jeden organizm gospodarczy	Podmioty niebędące jednym organizmem gospodarczym
jeden podmiot gospodarczy	byt prawny
jedna jednostka gospodarcza	przedsiębiorca (podmiot) odrębny prawnie
samodzielny organizm gospodarczy	„przedsiębiorca” z art. 4 pkt 1 uokk
<i>single economic unit</i>	przedsiębiorca niesamodzielny
<i>single economic entity</i>	przedsiębiorca zależny
firma (w kontekście mikroekonomicznej teorii firmy ¹⁶)	przedsiębiorca nieautonomiczny
przedsiębiorstwo (określenie używane przez TFUE)	„pozornie” niezależny (samodzielny, autonomiczny) podmiot/przedsiębiorca
przedsiębiorca w rozumieniu funkcjonalnym	
przedsiębiorca samodzielny	
przedsiębiorca niezależny	
przedsiębiorca autonomiczny	
grupa kapitałowa ¹⁷	

2. Cele i założenia pracy

2.1. Uwagi ogólne

Warto zauważyć, że koncepcja jednego organizmu gospodarczego nie przewija się w poszczególnych normach antymonopolowych z równą intensywnością. Zastosowanie niektórych norm prawa ochrony konkurencji wymagało szczególnie dokładnej i wysumblimowanej analizy zagadnień jednego organizmu gospodarczego i „granic przedsiębiorstwa”. Takimi normami są przykładowo: normy dotyczące antykonkurencyjnych porozumień (w szczególności w zakresie definicji tego, co jest w ogóle „porozumieniem”, które może być poddane ocenie pod kątem tychże norm), normy dotyczące pojęcia „kontroli”, stosowane podczas oceny koncentracji zgłaszanych organom antymonopolowym, normy dotyczące zagadnienia tzw. wspólnego przedsiębiorcy (ang. *joint venture*), normy związane z zastosowaniem prawa ochrony konkurencji do umów agencyjnych i wreszcie normy dotyczące nakładania oraz wymiaru administracyjnych kar pieniężnych za naruszenie prawa antymonopolowego.

Wysoce funkcjonalny charakter koncepcji jednego organizmu gospodarczego, wiążący się często z koniecznością abstrahowania od przyjętych form

¹⁶ Zob. rozdział II.

¹⁷ Zob. więcej: rozdział III.

prawnych, spowodował, że prawodawca, zarówno ten polski, jak i europejski, wypracowanie standardów interpretacji tej koncepcji pozostawił praktyce stosowania prawa antymonopolowego.

Podstawowym porządkiem prawnym, będącym przedmiotem analizy tej pracy, jest prawo polskie oraz prawo UE (również będące częścią polskiego porządku prawnego). Z powodu wysoce ogólnikowego odwołania się do koncepcji jednego organizmu gospodarczego przez przepisy regulacji antymonopolowej, zarówno polskiej, jak i unijnej, w pracy przedstawione zostaną też rozwiązania przyjęte przez inne porządki prawne. Szczególna uwaga zostanie poświęcona prawu Stanów Zjednoczonych¹⁸. Na gruncie tego najstarszego i jednego z najbardziej rozwiniętych systemów prawa antymonopolowego wydanych zostało wiele niezmiernie przydatnych orzeczeń sądowych omawiających, uniwersalne przecież – bo oparte na ekonomicznych założeniach, zagadnienie jednego organizmu gospodarczego i „granic przedsiębiorstwa”.

Głównym celem tej pracy, poza usystematyzowaniem dotychczasowych poglądów wyrażanych w piśmiennictwie i orzecznictwie, jest wykazanie, że koncepcja jednego organizmu gospodarczego, choć opiera się zjawisku jednolitym ontologicznie (opisywanym przez nauki ekonomiczne), przybiera odmienne znaczenie i podlega niejednorodnej analizie w zależności od rodzajów norm prawnych, dla których stosowania jest ona wykorzystywana. Poszczególnym normom prawnym, również w zakresie prawa antymonopolowego, przyświecają bowiem często odmienne cele i funkcje, zatem odwoływanie się przez te normy do pozornie jednorodnej koncepcji *single economic unit* może być w rzeczywistości dużym uproszczeniem.

Niejednorodna analiza koncepcji jednego organizmu gospodarczego wiąże się z wyodrębnieniem:

- dwóch „etapów” stosowania prawa konkurencji przez organy antymonopolowe (tzw. „ocena *ex ante*” i „ocena *ex post*”);
- odrębnych „kontekstów” koncepcji jednego organizmu gospodarczego (tzw. kontekst „inkluzywny” i „ekskluzywny”);
- odrębnych „wymiarów” tej koncepcji (tzw. wymiar „względny” i „absolutny”); oraz
- odrębnymi jej „aspektów” (tzw. aspekt „materialny” i aspekt „formalny”).

Struktura rozdziałów tej pracy odpowiada niejednorodnej analizie koncepcji jednego organizmu gospodarczego. Poniżej znajduje się omówienie głównych zagadnień poruszanych w poszczególnych rozdziałach tej pracy.

¹⁸ Odwołując się do prawa Stanów Zjednoczonych praca ta posługuje się czasami określeniami takimi jak „prawo amerykańskie” lub „prawo USA”.

2.2. Wprowadzenie do zagadnienia jednego organizmu gospodarczego (rozdział II)

Ponieważ koncepcja jednego organizmu gospodarczego ma swoje źródło w określonym zjawisku ekonomicznym, jej zrozumienie i interpretacja wymagają odwołania się do instrumentarium i dorobku nauk ekonomicznych. Po pierwsze, sam fakt potrzeby (lub nie) istnienia tej koncepcji w prawie ochrony konkurencji może przecież wynikać z ekonomicznych celów regulacji prawa antymonopolowego. Analiza uzasadnienia istnienia koncepcji jednego organizmu gospodarczego w świetle celów regulacji antymonopolowej zostanie przedstawiona w podrozdziale II.2. Po drugie, ponieważ pojęcie jednego organizmu gospodarczego wydaje się być dla norm antymonopolowych tym samym, co pojęcie „firmy” dla nauk ekonomicznych, w podrozdziale II.3 przedstawiony jest dorobek nauk ekonomicznych, dotyczący identyfikacji i opisu zjawiska „firmy” oraz wyodrębnienia jej granic.

W rozdziale 2 tej pracy (podrozdziały II.4.1, II.4.2 oraz II.4.3) omówione są ponadto podstawowe prawne założenia koncepcji jednego organizmu gospodarczego w prawie Stanów Zjednoczonych, prawie UE oraz w prawie polskim. Powyższe omówienie jest wstępem do pogłębionych rozważań prawnych, zawartych w kolejnych rozdziałach pracy.

2.3. Podejście strukturalne i behawioralne: ocena *ex ante* i *ex post* (rozdział III)

Pierwsze z kontrowersyjnych zagadnień związanych z niejednorodną analizą koncepcji jednego organizmu gospodarczego dotyczy tego, czy pojęcie jednego organizmu gospodarczego należy rozumieć bardziej strukturalnie, czy też bardziej behawioralnie. Czy do uznania kilku podmiotów za jeden organizm gospodarczy wystarczy, że istnieje pomiędzy nimi określona relacja kapitałowa lub umowna (nakładająca na te podmioty różne prawa lub obowiązki, mogące świadczyć o braku lub nieekonomicznej samodzielności), czy też konieczne jest, żeby podmioty te zachowywały się w określony sposób na rynku? Być może preferencja dla jednej z dwóch powyższych interpretacji „jednego organizmu gospodarczego” zależy od określonych przepisów prawa ochrony konkurencji i rodzaju kontroli sprawowanej nad działalnością przedsiębiorców przez to prawo. Mówiąc o różnych ocenach działalności przedsiębiorców dokonywanej przez prawo konkurencji, można rozróżnić ocenę *ex post* (w Polsce i w Europie są to przepisy o antykonkurencyjnych porozumieniach i przepisy o nadużyciu pozycji dominującej) i ocenę *ex ante* (chodzi o przepisy o kontroli koncentracji pomiędzy przedsiębiorstwami/przedsiębiorcami).

Rozważania na temat tego, jak powyższa strukturalno-behawioralna dychotomia ma się do oceny *ex post* i oceny *ex ante* (posługującej się pojęciami, takimi jak: „grupa kapitałowa” – prawo polskie bądź „trwała zmiana kontroli” – prawo europejskie) zostały przedstawione w rozdziale III tej pracy.

2.4. Kontekst inkluzywny i ekskluzywny koncepcji jednego organizmu gospodarczego: *joint ventures* (rozdział IV)

Koncepcja jednego organizmu gospodarczego może być analizowana w dwóch kontekstach: inkluzywnym oraz ekskluzywnym. O kontekście inkluzywnym można mówić wtedy, gdy kilka podmiotów stanowi razem ten sam organizm gospodarczy „na skutek” kontroli („decydującego wpływu”) sprawowanego przez jeden podmiot nad innymi podmiotami (np. gdykładowy podmiot A posiada 100% udziałów w podmiotach B i C) ze wszystkimi tego konsekwencjami (przede wszystkim z konsekwencją wyłączenia „porozumienia” pomiędzy A, B i C spod zastosowania prawa konkurencji).

Inna sytuacja ma miejsce, kiedy hipotetyczne podmioty A, B i C powołają do życia podmiot D (*joint venture*). W takiej sytuacji pojęcie „jednego organizmu gospodarczego” również okaże się pomocne, jednak nie tyle do stwierdzenia, że podmiot D stanowi jeden organizm gospodarczy wraz z podmiotami A, B i C, co bardziej do zbadania, czy podmiot D stanowi jeden organizm gospodarczy „sam w sobie” i jest tym samym podmiotem odrębnym od podmiotów A, B i C, a nie jedynie mechanizmem do realizacji porozumienia pomiędzy tymi podmiotami. Może bowiem okazać się, że jeżeli podmiot D osiągnie niebagatelny poziom integracji ekonomicznej i podlega jednocześnie kontroli podmiotów A, B i C, to oderwie się on niejako od swoich podmiotów założycielskich, tworząc nowy, odrębny jeden organizm gospodarczy. W tej drugiej sytuacji chodzi o kontekst ekskluzywny.

Zarówno w kontekście inkluzywnym, jak i ekskluzywnym koncepcja *single economic unit* może być korzystna dla przedsiębiorców, którym zarzucany jest udział w antykonkurencyjnym porozumieniu: w kontekście inkluzywnym przedsiębiorcy dowodzą, że tworzą oni (z racji kontroli sprawowanej przez jednego przedsiębiorcę nad drugim) jeden organizm gospodarczy, a tym samym porozumienia pomiędzy nimi są zwolnione z zastosowania reguł antymonopolowych; w kontekście ekskluzywnym przedsiębiorcy nie kwestionują co prawda swojej odrębności ani tego, że zawarli porozumienie – twierdzą oni jednak, że ich porozumienie poszło tak daleko, że nie jest już porozumieniem (a tym samym nie mają do tego „porozumienia”

zastosowania przepisy o antykonkurencyjnych porozumieniach), ale nowym, odrębnym podmiotem gospodarczym.

Ekskluzywny aspekt koncepcji jednego organizmu gospodarczego ma szczególne znaczenie dla oceny działalności wspólnych przedsiębiorców przez przepisy antymonopolowe. Rozdział IV tej pracy dotyczy właśnie kwestii związanych z zastosowaniem koncepcji jednego organizmu gospodarczego w odniesieniu do antymonopolowej oceny działalności tzw. *joint ventures*.

2.5. Absolutny i względny wymiar koncepcji jednego organizmu gospodarczego: umowa agencyjna i pracownicza (rozdział V)

Koncepcja jednego organizmu gospodarczego może mieć zarówno wymiar „względny”, jak i „absolutny”. W większości przypadków uznanie, że pewna grupa podmiotów stanowi jeden organizm gospodarczy oznacza, że grupa stanowi ów „jeden organizm gospodarczy” dla wszystkich przedsiębiorców spoza tejże grupy – z pewnością jest tak w razie relacji kapitałowych pomiędzy różnymi bytami prawnymi (np. relacji spółki-matki ze spółką-córką). Czasami jednak przedsiębiorcy „utracą” samodzielność jedynie w danej relacji umownej i w związku z realizacją tej właśnie umowy, pozostając jednocześnie samodzielnymi w relacjach ze stronami trzecimi (oczywiście nie zawsze – niekiedy kontrola sprawowana przez jednego przedsiębiorcę nad drugim w sposób umowny może być na tyle kompleksowa, że nie różni się znacząco od kontroli kapitałowej).

Najbardziej oczywistą sytuacją, w której koncepcja jednego organizmu gospodarczego przybiera wymiar względny, jest zagadnienie antymonopolowej oceny tzw. umów agencyjnych. Zarówno w doktrynie prawa polskiego, jak i europejskiego uznaje się, że, w określonych wypadkach, agent i dający zlecenie mogą być traktowani jak jeden organizm gospodarczy na mocy łączącej ich umowy agencyjnej. W tej sytuacji określone postanowienia umowne pomiędzy agentem a dającym zlecenie dotyczące transakcji, w których agent uczestniczy na rzecz dającego zlecenie, nie powinny podlegać ocenie pod kątem przepisów o antykonkurencyjnych porozumieniach, co wcale nie wyklucza tego, że agent albo pryncypał mogą występować jako samodzielne „jedne organizmy gospodarcze” na potrzeby relacji z podmiotami trzecimi. Zastosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego do umowy agencyjnej – a także do podobnej relacji polegającej na względnej utracie samodzielności, czyli do relacji pracowniczej – dotyczy rozdział V.

2.6. Formalny i materialny aspekt koncepcji jednego organizmu gospodarczego

Koncepcja (lub doktryna) jednego organizmu gospodarczego może mieć zastosowanie w dwóch aspektach regulacji antymonopolowej i wydaje się posiadać nieco inne uzasadnienie w zależności każdego z tych aspektów.

2.6.1. Aspekt materialny (rozdział VI)

Materialny aspekt polega na opisanu pewnego stanu faktycznego, zachodzącego pomiędzy kilkoma podmiotami, za pomocą siatki pojęciowej używanej przez prawo konkurencji. Jeżeli hipotetyczne podmioty A i B stanowią jeden organizm gospodarczy, nie są one odrębnymi podmiotami rynkowymi. Skoro tak, podmioty te nie mogą być też stronami „porozumienia” w rozumieniu reguł ochrony konkurencji. Podmioty A i B powinny być traktowane jak jeden organizm gospodarczy na potrzeby przepisów o nadużywaniu pozycji dominującej, a łączny udział rynkowy podmiotów A i B jest „jednym” udziałem, brany pod uwagę podczas merytorycznej oceny danej praktyki rynkowej (np. przy ewentualnym nadaniu statusu dominanta¹⁹ lub przy obliczaniu wskaźnika koncentracji rynkowej głównie dla celów oceny zgłaszanej koncentracji).

Jak jednak powinna wyglądać ocena tego, czy dwa lub więcej podmiotów stanowi jeden organizm gospodarczy w aspekcie materialnym, szczególnie w zakresie zastosowania przepisów o antykonkurencyjnych porozumieniach? W rozdziale VI tej pracy omówione zostały narzędzia badawcze, które powinny być wykorzystane podczas takiej oceny ze szczególnym uwzględnieniem tzw. behawioralnej ekonomicznej analizy. Taka właśnie analiza, na przykładzie spraw z zakresu tzw. polskich zmów przetargowych, przedstawiona jest w rozdziale VI.

2.6.2. Aspekt formalny (rozdział VII)

Materialny aspekt koncepcji jednego organizmu gospodarczego oczywiście pociąga za sobą pewne konsekwencje w zakresie przypisania odpowiedzialności (przede wszystkim brak „porozumienia” pociąga za sobą brak odpowiedzialności za antykonkurencyjne porozumienie), jednak sam w sobie nie polega on na przypisaniu odpowiedzialności za naruszenie prawa konkurencji (zarówno na gruncie odpowiedzialności administracyjnej, jak i cywil-

¹⁹ Uokk wprowadza w art. 4 pkt 10 domniemanie, że pozycję dominującą posiada przedsiębiorca, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40%.

noprawnej). Przepisanie odpowiedzialności to już aspekt formalny. Skoro podmioty A i B są jednym organizmem gospodarczym, to logiczna wydaje się możliwość pociągnięcia A do odpowiedzialności za działania B (np. za porozumienie zawarte z C), i *vice versa*. Innymi słowy, bez względu na to, czy mowa o działaniu A, czy o działaniu B, w istocie chodzi przecież o to samo działanie, a więc również odpowiedzialność jednego, tego samego podmiotu gospodarczego.

Aspekt formalny dotyczy zatem nie tyle oceny zgodności danej praktyki rynkowej z regulacją antymonopolową, co przypisania odpowiedzialności (a tym samym np. możliwości nałożenia sankcji administracyjnej) na podmioty należące do „jednego organizmu gospodarczego”. Czasami bowiem systemy ochrony prawa konkurencji umożliwiają rozszerzenie odpowiedzialności (a tym samym nałożenie sankcji) na osobę fizyczną lub prawną, która nie dopuściła się bezpośrednio działania sprzecznego z regulacjami antymonopolowymi, ale ponieważ osoba ta stanowi część jednego funkcjonalnego bytu (właśnie „jednego organizmu gospodarczego”), odpowiedzialność tej osoby jest z różnych powodów pożądana.

Czy zastosowanie koncepcji jednego organizmu gospodarczego powinno być jednak takie samo w aspekcie materialnym i formalnym? Intuicyjnie wydaje się, że zastosowanie koncepcji jednego organizmu gospodarczego w aspekcie formalnym powinno być bardziej restrykcyjne, gdyż – szczególnie w państwie prawa – do ewentualnego rozszerzania odpowiedzialności prawnej, a tym samym również sankcji (cywilnych, karnych, administracyjnych), nakładanych na odrębnie prawnie podmioty, powinno się podchodzić z wyjątkową ostrożnością. W kontekście takiego przypisania odpowiedzialności mogą mieć znaczenie różnego rodzaju standardy z zakresu ochrony praw człowieka²⁰ oraz ogólne zasady prawne, takie jak zasada osobistej odpowiedzialności i zasada winy. Być może zatem do przypisania odpowiedzialności za naruszenie prawa konkurencji w ramach jednego organizmu gospodarczego (aspekt formalny) potrzebne jest wykazanie dodatkowych, w stosunku do aspektu materialnego, okoliczności behawioralnych. Powyższe rozważania są przedmiotem analizy w rozdziale VII.

2.6.3. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego a pokrewne instytucje prawa ochrony konkurencji oraz inne gałęzie prawa (rozdział VIII)

Koncepcja jednego organizmu gospodarczego, poza tym, że ma istotne znaczenie dla całego systemu antymonopolowego w różnych państwach, bez

²⁰ W teorii prawa konstytucyjnego przyjęło się, że takie standardy mają zastosowanie nie tylko do „ludzi”, czyli osób fizycznych, ale również do przedsiębiorców, w tym osób prawnych.

względu na etap stosowania prawa konkurencji (*ex post* lub *ex ante*), rodzi również wątpliwości związane ze szczególnymi instytucjami określonych porządków prawa antymonopolowego. W prawie polskim i europejskim instytucjami takimi jest szczególnie instytucja tzw. związku przedsiębiorców (lub „związku przedsiębiorstw”) oraz instytucja nadużywania tzw. kolektywnej pozycji dominującej. Powyższe instytucje poddane zostały analizie w świetle zagadnienia jednego organizmu gospodarczego w podrozdziale VIII.2 tej pracy.

Ponadto prawo konkurencji ma to do siebie, że wypracowane przez nie doktryny i pojęcia są często zapożyczane przez inne dziedziny prawa. Podobna sytuacja ma też miejsce z koncepcją i pojęciem *single economic unit*. Niektóre dziedziny prawa wprost posługują się nim, odwołując się do reguł prawa antymonopolowego (np. prawo pomocy publicznej, prawo energetyczne); w innych dziedzinach prawa obecne są instytucje przypominające koncepcję jednego organizmu gospodarczego (np. instytucja tzw. odpowiedzialności przebijającej w prawie spółek czy też pojęcie „grupy kapitałowej”, używane w polskim prawie zamówień publicznych). W podrozdziale VIII.3 przedstawione zostały najważniejsze różnice i podobieństwa pomiędzy koncepcją *single economic unit* w prawie konkurencji i analogicznymi instytucjami w innych dziedzinach prawa, zarówno prawa polskiego, jak i europejskiego. Omówieniu zostały poddane: pojęcie jednego organizmu gospodarczego występujące w europejskim prawie pomocy publicznej; pojęcie rynku konkurencyjnego i wewnątrzgrupowej sprzedaży w kontekście rekompensaty za tzw. koszty osierocone w polskim prawie energetycznym; koncepcja tzw. odpowiedzialności przebijającej (ang. *piercing of the corporate veil*) występująca w systemach prawa korporacyjnego, w tym – co prawda w szacunkowym zakresie – również w polskim prawie spółek, oraz instytucje z pogranicza zagadnienia jednego organizmu gospodarczego (np. grupa kapitałowa, konsorcjum) występujące w polskim prawie zamówień publicznych.

3. Przyjęta metodologia

Skoro celem poniższej pracy jest wykazanie niejednorodnego znaczenia koncepcji jednego organizmu gospodarczego w zależności od rodzaju norm prawnych, dla których ta koncepcja jest wykorzystywana, metodologia w tej pracy jest zdeterminowana przez jej główny cel – badanie norm prawnych. Normy te, bez względu na ich usytuowanie (najczęściej, choć nie zawsze, w przepisach prawa stanowionego), są przede wszystkim fenomenem języ-

kowym podlegającym interpretacji i analizie. Stąd podstawową metodą użytą w poniższej pracy jest metoda językowo-logiczna, polegająca na „wyjaśnianiu, interpretowaniu i porządkowaniu przepisów prawnych”, które „pozostają nadal podstawowym zadaniem prawoznawstwa²¹”. B. Brożek i J. Stelmach mówią co prawda o czterech „metodach prawniczych” o „ugruntowanej historycznie pozycji”: logice, analizie, argumentacji i hermeneutyce²², wydaje się jednak, że powyższy czwórpodział mieści się w metodzie językowo-logicznej, wszystkie bowiem wyodrębnione przez autorów metody mają za zadanie interpretację tekstu prawnego²³.

Z tak rozumianą metodą językowo-logiczną ścisły związek ma pojęcie wykładni (interpretacji) prawnej i jej reguł, czyli „zespołu czynności zmierzającego do ustalenia prawidłowego znaczenia przepisu²⁴ prawnego²⁵”. Wykładnia prawna tradycyjnie dzieli się na trzy typy: wykładnię językową, systemową i funkcjonalną²⁶. Wykładnia systemowa i funkcjonalna pełnią rolę „subsidiarną” w stosunku do wykładni literalnej²⁷. Również w tej pracy wykładnia literalna traktowana jest priorytetowo, choć jedynie tam, gdzie odwołanie się do tej wykładni jest potrzebne i możliwe. Jak już jednak wspomniano, koncepcja jednego organizmu gospodarczego wyrasta ze specyficznego zjawiska ekonomicznego, samo zaś pojęcie jednego organizmu gospodarczego nie jest najczęściej definiowane przez przepisy prawne i podlega wysoce funkcjonalnemu rozumieniu (jak zostanie dowiedzione w tej pracy – rozumieniu niejednorodnemu i zależnemu od rodzaju stosowanych norm prawa ochrony konkurencji). Dlatego też analiza znaczenia koncepcji jednego organizmu gospodarczego podczas stosowania norm prawa antymonopolowego wymaga bardzo często odwołania się do „pozajęzykowych” reguł wykładni, w szczególności reguł wykładni funkcjonalnej (najczęściej tych reguł „nakazujących uwzględnianie przy interpretacji przepisów” kontekstu „ekonomicznego”²⁸).

Z uwagi na charakter tej pracy i badane zjawisko, posiłkowo wykorzystana jest także metoda ekonomicznej analizy prawa²⁹ – metoda jest czę-

²¹ L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Wydanie X, Toruń 2006, s. 17.

²² B. Brożek, J. Stelmach, *Metody prawnicze*, Wydanie 2, WoltersKluwer, Kraków 2006, s. 35.

²³ Przykładowo w „metodologicznym nurcie” hermeneutyki „na pierwsze miejsce wysuwa się tekst i problem jego interpretacji”. *Ibidem*, s. 38.

²⁴ Choć trafniejsze byłoby chyba mówienie o „normie” prawnej, a nie o „przepisie” prawnym.

²⁵ L. Morawski, *op. cit.*, s. 159.

²⁶ W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1979, s. 399.

²⁷ L. Morawski, *op. cit.*, s. 176–179.

²⁸ Zob. L. Morawski, *op. cit.*, s. 179.

²⁹ Mówiąc o „ekonomicznej analizie prawa”, można mieć na myśli zarówno pewną metodologię, jak i – szerzej – cały kompleksowy zespół poglądów na temat prawniczej ontologii

sto sprzężona z wykładnią funkcjonalną. Skoro podstawowym postulatem szkoły ekonomicznej analizy prawa jest postulat ekonomicznej efektywności (sensowności) prawa³⁰, to ilekroć ekonomicznie „sensowne” (efektywne) zastosowanie normy prawnej jest możliwe w ramach obowiązujących reguł wykładni, tylekroć takie zastosowanie polega na funkcjonalnej wykładni tej normy.

Poniższa praca nie jest oparta na metodzie prawnoporównawczej, ale, jak wspomniano wyżej, w pracy wykorzystane zostaną w niektórych miejscach porządki prawa antymonopolowego o zasłużonej tradycji, w szczególności (choć nie tylko) porządek prawny Stanów Zjednoczonych.

(czy prawo jest), aksjologii (czym prawo być powinno) oraz metodologii (jak badać prawo). W Polsce sztandarową pozycją dotyczącą ekonomicznej analizy prawa jest praca B. Brożka, W. Załuskiego i J. Stelmacha (J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Warszawa 2007). W literaturze anglojęzycznej wyróżnia się praca R. Posner’a (R. A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 7th Ed., Aspen Publishers, New York 2007) oraz, przetłumaczona na język polski, książka R. Cooter’a i T. Ulena’a (R. Cooter, T. Ulen, *Ekonomiczna analiza prawa*, C.H. Beck, Warszawa 2009).

³⁰ J. Stelmach, *Spór o ekonomiczną analizę prawa* [w:] J. Stelmach, M. Soniewicka (red.) *Analiza ekonomiczna w zastosowaniach prawniczych*, WoltersKluwer, Warszawa 2007, s. 13.

Rozdział II

Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w świetle nauk ekonomicznych i prawnych

1. Uwagi ogólne

W niniejszym rozdziale zostanie dokonane wprowadzenie do koncepcji jednego organizmu gospodarczego na gruncie nauk ekonomicznych oraz prawnych.

W podrozdziale II.2 przedstawiona zostanie ocena potrzeby istnienia koncepcji jednego organizmu gospodarczego w świetle ekonomicznych oraz tzw. moralnych celów regulacji antymonopolowej. Przyjęta w tym podrozdziale hipoteza badawcza zakłada, że ocena zakresu zastosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego zależy od poglądów danej osoby na pryncypia polityki antymonopolowej. Celem podrozdziału II.2 jest odpowiedź na pytanie, jak poglądy danej osoby na pryncypia polityki antymonopolowej wpływają na ocenę zakresu zastosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji.

W podrozdziale II.3 zostanie pokazane, jak zjawisko „jednego organizmu gospodarczego” może być opisywane w świetle teorii ekonomicznych, ze szczególnym uwzględnieniem tzw. teorii firmy. Zgodnie z przyjętą hipotezą badawczą, kryteria wyodrębnienia tzw. granic przedsiębiorstwa na potrzeby zastosowania w prawie ochrony konkurencji koncepcji jednego organizmu gospodarczego powinny mieć swoje uzasadnienie w naukach ekonomicznych. Celem podrozdziału II.3 jest zatem wypracowanie powyższych kryteriów z wykorzystaniem dorobku nauk ekonomicznych.

W podrozdziale II.4 zostaną przedstawione podstawowe założenia koncepcji jednego organizmu gospodarczego w porządkach prawnych Stanów Zjednoczonych, UE oraz Polski. Zgodnie z przyjętą hipotezą badawczą, ponieważ koncepcja jednego organizmu gospodarczego bierze swoje źródło

dło z uniwersalnego zjawiska ekonomicznego, rozumienie i interpretacja tej koncepcji przez poszczególne porządki antymonopolowe powinny być na tyle jednorodne, na ile jest to możliwe w granicach dopuszczalnych reguł wykładni prawa. Celem podrozdziału II.4 jest zatem odpowiedź na pytanie, do jakiego stopnia koncepcja jednego organizmu gospodarczego podlegać może uniwersalnemu rozumieniu i interpretacji bez względu na analizowany porządek prawny. W szczególności celem tego podrozdziału jest odpowiedź na pytanie, do jakiego stopnia wykładnia polskiego prawa ochrony konkurencji może w zakresie interpretacji i rozumienia koncepcji jednego organizmu gospodarczego wykorzystywać rozwiązania przyjęte w obcych porządkach prawnych.

2. Uzasadnienie koncepcji jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji

2.1. Uwagi ogólne

Koncepcja jednego organizmu gospodarczego posiada silne uzasadnienie „moralne”. Jeżeli chodzi o formalny aspekt tego pojęcia¹, zwykła moralna intuicja, charakterystyczna zarówno dla prawa karnego, jak i cywilnego, każe odpowiedzialnością i sankcją za naruszenie prawa obciążyć podmiot rzeczywiście za to naruszenie odpowiedzialny. Tak więc, jeżeli z pozoru niezależny przedsiębiorca realizuje w istocie decyzje podjęte w ramach centrum decyzyjnego, znajdującego się w jednym organizmie gospodarczym – cały ten organizm powinien ponieść moralną, a więc i prawną odpowiedzialność za swoje działanie.

Podobne moralne uzasadnienie koncepcja *single economic unit* przybiera w jej aspekcie materialnym, polegającym przede wszystkim na braku bezprawności antykonkurencyjnych „porozumień”, zawartych w ramach jednego organizmu gospodarczego. Skoro bowiem przedsiębiorcy należący do jednego organizmu gospodarczego nie posiadają autonomii rynkowej, to nie są oni swoimi konkurentami, a zatem ewentualne „porozumienie” między nimi nie może być określone mianem antykonkurencyjnego. Prawo konkurencji nie powinno przecież ingerować w działalność „wewnątrzorganizacyjną”² firm.

¹ Zob. podrozdział I.2.5 tej pracy.

² Zob. np. G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji*, Oficyna 2009, baza LEX, pkt 4.2.3.

Powyższe rozważania o „moralnym” uzasadnieniu koncepcji jednego organizmu gospodarczego nie tłumaczą jednak, jaki sens, z ekonomicznej perspektywy, ma zwolnienie z reguł prawa konkurencji porozumień zawartych „w ramach” jednego organizmu gospodarczego, a więc jaki ekonomiczny sens ma zastosowanie koncepcji jednego organizmu gospodarczego w aspekcie materialnym. Próba odpowiedzi na powyższe pytanie wymaga odwołania się do debaty na temat pryncypialnych celów polityki konkurencji.

2.2. Cele polityki konkurencji

Uzasadnienie dla reguł konkurencji mówi, iż monopole są niepożądane z punktu widzenia bogactwa społecznego nie tyle dlatego, że powodują wzrost cen dla konsumentów –przecież strata konsumentów (klientów) spowodowana wzrostem cen jest rekompensowana przez wzrost utargu monopolisty; następuje więc jedynie transfer bogactwa, a nie jego społeczna utrata. Sztandarowa mikroekonomia mówi o szkodliwości monopoli (albo karteli, które są formą tymczasowych monopoli), dlatego że „prowadzą one do niższej łącznej produkcji i wyższej ceny produktu”³. W warunkach monopolu część konsumentów nie kupi towaru, który kupiłaby normalnie w warunkach konkurencji (konsumentci, którzy zrezygnują z zakupu towaru po cenie monopolisty P_M wydadzą co prawda swoje pieniądze na coś innego, nie jest to już jednak towar, który ceniliby najbardziej, czyli towar sprzedawany przez monopolistę)⁴. Ci utraceni konsumenci reprezentują tak zwaną zbędną stratę społeczną (ang. *deadweight loss*). W świetle powyższych rozważań prawo ochrony konkurencji to po prostu zestaw reguł stymulujących konkurencję, a tym samym zapobiegających sytuacjom, w których analizowany rysunek i „zbędna strata społeczna” mogą się zmaterializować.

Do powstania zbędnej straty społecznej dojdzie jedynie wtedy, kiedy mamy do czynienia z monopolistą podnoszącym swoją cenę do poziomu

³ R. Milewski, E. Kwiatkowski (red.), *Podstawy ekonomii*, wyd. III, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2005, s. 156. W warunkach konkurencji doskonałej utarg krańcowy równa się utargowi przeciętnemu oraz cenie. W warunkach monopolu z kolei cena równa się utargowi przeciętnemu, który jest jednak wyższy od utargu krańcowego (w przeciwieństwie do konkurencji doskonałej, utarg całkowity monopolisty nie wzrasta proporcjonalnie do sprzedanego towaru – aby sprzedać więcej, monopolista musi obniżyć cenę).

⁴ Zob. R. Cooter, T. Ulen, *Ekonomiczna analiza...*, *op. cit.*, s. 39–42; R.A. Posner, *Antitrust Law*, 2nd Ed., The University of Chicago Press 2001, s. 15–16; R. Pindyck, D. Rubinfeld, *Microeconomics*, 7th Ed., Pearson 2009, s. 352; T. Zadroga, *Mikroekonomia współczesna*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2011, s. 361–362.

ceny monopolowej (P_M) – na rynku konkurencyjnym każde podniesienie ceny powyżej poziomu rynkowego przez przedsiębiorcę spowoduje, że przedsiębiorca ten utraci konsumentów na rzecz swoich konkurentów. Na rynku konkurencyjnym taki spadek popytu, wywołany tzw. mieszaną elastycznością popytu (ang. *cross elasticity of demand*) nie spowoduje „zbędnej straty społecznej”, ponieważ konsumenci, którzy nie chcą kupić towarów jednego przedsiębiorcy, kupią te same towary po niższej cenie u innego przedsiębiorcy. Zatem, w teorii, prawo konkurencji powinno zapobiegać jedynie kartelom lub unilateralnemu praktykom monopolistów, które posiadają tzw. siłę rynkową, czyli możliwość zyskowego podniesienia cen powyżej poziomu cen konkurencyjnych.

O ile jednak większość doktryny polskiego, europejskiego i amerykańskiego prawa konkurencji uznaje argument o szkodliwości monopoli związany z powstaniem zbędnej straty społecznej jako podstawę uzasadniającą potrzebę istnienia reguł antymonopolowych, zdefiniowanie dokładniejszych celów polityki konkurencji nie jest wcale łatwe i podlega nieustającej debacie⁵.

W doktrynie polskiego prawa konkurencji można spotkać się z poglądami, zgodnie z którymi ostatecznym celem polityki konkurencji jest „ochrona długofalowych interesów konsumentów” (ang. *consumer welfare*) zgodnie z tzw. chicagowską, neoklasyczną szkołą ekonomii, która „zdominowała współczesny sposób myślenia o celach polityki antymonopolowej”⁶. Według autorów powyższego poglądu, cel ten znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego („SN”)⁷. Jednak pojawiają się też głosy, że w Polsce za wcześniej jest na przyjęcie „amerykańskiego podejścia” do polityki konkurencji, kojarzonego z celem „ochrony dobrobytu konsumentów”⁸.

Niektórzy z polskich autorów sugerują też, że nieco odmienne cele przyświecają polityce konkurencji w Stanach Zjednoczonych i w Europie. W Europie bowiem, w przeciwieństwie do Stanów Zjednoczonych, do celów polityki konkurencji należą również „elementy polityki przemysłowej, takie jak wspomaganie i ochrona sektora małych przedsiębiorstw, przy czym

⁵ Zob. P. Semeniuk, *Kto posiada pozycję dominującą w Internecie? Uwagi o usługach internetowych i naturze reklamy na tle polskiego i europejskiego prawa konkurencji*, iKAR 2013, 5(2). Niektóre części poniższego rozdziału pochodzą ze stron 44–45 cytowanego artykułu.

⁶ A. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Komentarz do uokk*, WoltersKluwer 2011, baza LEX, *Komentarz do art. 1 uokk*, pkt. 1.1.1. Zob. też: D. Miąsik, T. Skoczny [w:] T. Skoczny (red.), *Uokk...*, s. 52 i 53, a także: D. Miąsik, *Controlled Chaos with Consumer Welfare as the Winner – a Study of the Goals of Polish Antitrust Law*, YARS 2008, 1(1), s. 33-57.

⁷ Tak: A. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *ibidem* (cytując wyrok SN z 19.10.2006 r., III SK 15/06).

⁸ C. Banasiński, E. Piątek (red.), *Uokk. Komentarz*, Wydanie 1, LexisNexis, 2009, s. 16.

ochrona małych przedsiębiorstw traktowana jest jako kreowanie konkurencyjnego środowiska w przemyśle⁹. Wedle tych autorów, cele uokk są szersze od neoklasycznego pojęcia dobrobytu konsumenta i bliższe amerykańskiemu, a nie europejskiemu podejściu¹⁰.

Nawet jeśli można by uznać, że cele polskiego prawa antymonopolowego są szersze od ochrony neoklasycznego „dobrobytu konsumenta” (ang. *consumer welfare*), to rozróżnienie na podejście europejskie, które, poza konsumentami, chroni również konkurentów, oraz na neoklasyczne podejście amerykańskie, jest to jednak sporym uproszczeniem. W rzeczywistości chodzi nie o cel, ale o metodę osiągnięcia tego celu. Uproszczenie owe zauważa również amerykańska profesor E. Fox. Według tej autorki w rzeczywistości zarówno tzw. podejście europejskie, jak i amerykańskie (a dokładniej „chicagowskie”) skupione jest na ochronie konsumentów. Różnica polega jedynie na tym, że podejście „chicagowskie” skupia się na krótkofalowym wzroście ceny płaconej przez konsumentów i dającym się przewidzieć ograniczeniu podaży¹¹, podczas gdy podejście europejskie, troszcząc się o „otwartość i dostęp do rynków”, chroni interesy konsumentów w sposób długofalowy¹². Ochrona „konkurencyjnego procesu i integralności rynków (...) służy [w Europie] zarówno konsumentom, jak i efektywnym oraz progresywnym (...) graczom na rynku”¹³. Ostatecznym jednak celem i dla podręcznikowego podejścia europejskiego, i dla amerykańskiego, powinien być konsument¹⁴,

⁹ Z. Jurczyk, *Cele polityki antymonopolowej w teorii i praktyce* [w:] C. Banasiński, E. Stawicki (red.), *Konkurencja w gospodarce współczesnej*, Warszawa 2007, s. 34. Jeszcze szerzej cele regulacji antymonopolowej zdaje się ujmować Oles Andriychuk w swojej polemice z D. Miąsikiem. Zdaje się on uważać, że konkurencja jest wartością samą w sobie nawet jeżeli nie polepsza sytuacji konsumentów, ponieważ warunkuje prawidłowe funkcjonowanie liberalnej demokracji. Zob. O. Andriychuk, *Does Competition Matter? An Attempt of Analytical 'Unbundling' of Competition from Consumer Welfare: A Response to Miąsik*, YARS 2009, 2(2), s. 11-26. Takie podejście Miąsik uważa za zbyt daleko idące, zob. D. Miąsik, *A short comment on Andriychuk*, YARS 2009, 2(2), s. 27-32.

¹⁰ *Ibidem*, s. 36–38. Podobnie uważa D. Miąsik; zwraca on uwagę, że polskie prawo konkurencji jest skupione na konsumentach (ang. *consumer-oriented*), choć dobrobyt konsumenta postrzega ono w szerszy sposób niż w tradycyjnym „chicagowskim” ujęciu. D. Miąsik, *Controlled Chaos...*, *ibidem*, s. 49-52.

¹¹ E.M. Fox, *We Protect Competition, You Protect Competitors*, *World Compet.* 2000, vol. 26(2), s. 151–155.

¹² *Ibidem*, s. 155.

¹³ *Ibidem*, s. 155–160.

¹⁴ Z tą być może różnicą, że w przeciwieństwie do szkoły chicagowskiej, jak słusznie zauważa Z. Jurczyk, „w europejskiej polityce konkurencji jedno euro nadwyżki konsumenta (ang. *consumer surplus*) nie jest bowiem ekwiwalentem jednego euro nadwyżki producenta (ang. *producer surplus*)”. Zob. Z. Jurczyk, *Cele polityki antymonopolowej...*, s. 33.

a także – zapobieżenie istnieniu rynków monopolistycznych (czyli rynków, na których działają przedsiębiorcy posiadający siłę rynkową) i powstaniu zbędnej straty społecznej. Jurysdykcje (polska, europejska, amerykańska) mogą się różnić jedynie **metodą** osiągnięcia tego celu.

2.3. Uzasadnienie ekonomiczne materialnego aspektu koncepcji jednego organizmu gospodarczego

2.3.1. Uwagi ogólne

Jeżeli chodzi o materialny aspekt koncepcji *single economic unit*, należy w tym miejscu poczynić istotną obserwację, zgodnie z którą pojęcie *single economic unit* ma o wiele większy sens w reżimach antymonopolowych, które zakazują, z powodu domniemanej antykonkurencyjności, pewnych (jakichkolwiek) typów porozumień, bez względu na połączone udziały rynkowe (siłę rynkową) przedsiębiorców-uczestników porozumienia.

W spójnym systemie prawa konkurencji, w którym pewne typy praktyk byłyby poddane takiej samej ocenie merytorycznej, bez względu na to, czy siła rynkowa przedsiębiorców wynikałaby z wysokich udziałów rynkowych powstałych wskutek porozumienia zawartego pomiędzy samodzielnymi przedsiębiorcami, czy też z monopolu jednego „samodzielnego” przedsiębiorcy, zwolnienie porozumienia z odpowiedzialności na mocy koncepcji *single economic unit* powodowałoby automatyczną odpowiedzialność takiego „jednego organizmu gospodarczego” za praktykę unilateralną (czyli, zgodnie z polską terminologią, za nadużycie pozycji dominującej). Taki system jednak nie istnieje w żadnej z liczących się antymonopolowych jurysdykcji, w tym w Polsce – pewne typy porozumień horyzontalnych, a niekiedy również wertykalnych (np. porozumienia ustalające cenę minimalną, podziały rynków, porozumienia ograniczające produkcję), uważane są za sprzeczne z prawem konkurencji, bez względu na siłę rynkową uczestniczących w nich przedsiębiorców. Unilateralne praktyki o analogicznych skutkach rynkowych, co niektóre typy zakazanych porozumień (szczególnie wertykalnych), nie naruszają najczęściej prawa konkurencji.

Dlaczego zatem reżimy antymonopolowe zakazują m.in. horyzontalnych porozumień cenowych, pomiędzy np. dwoma przedsiębiorcami posiadającymi łącznie 5% udziałów w rynku właściwym, a już unilateralne ustalanie cen przez jeden organizm gospodarczy posiadający takie same udziały w rynku właściwym jest legalne? Taki stan prawny, obowiązujący w mniejszym lub większym zakresie w większości jurysdykcji antymonopolowych świata, nie wydaje się przecież racjonalny w świetle przedstawionych powyżej rozważań

o rynku monopolistycznym i zbędnej stracie społecznej¹⁵. Innymi słowy, dlaczego porozumienia poddane są bardziej restrykcyjnemu podejściu przez reżimy antymonopolowe niż przepisy o praktykach unilateralnych (a tym samym – dlaczego koncepcja *single economic unit* jest w ogóle potrzebna)? Najbardziej charakterystyczne są jednak trzy stanowiska odpowiadające na powyższe pytanie.

2.3.2. Pierwsze stanowisko uzasadniające sens materialnego aspektu koncepcji jednego organizmu gospodarczego

Pierwsze stanowisko podkreśla szersze od zaprezentowanego powyżej (neoklasycznego i związanego z pojęciem zbędnej straty społecznej) rozumienie celów polityki konkurencji, zgodnie z którym samo ograniczenie możliwości konkurencji pomiędzy, nawet nieliczącymi się, graczami rynkowymi narusza pewien pożądany model gospodarki. Chociaż cel ten jest powoli wypierany z podręcznikowej dyskusji o celach polityki antymonopolowej, wiąże się on z intuicją, która, co prawda niewyraźna otwarcie, jest jednak głęboko zakorzeniona w prawie konkurencji. Pojedynczy przedsiębiorca, posiadający 50% udziałów w rynku właściwym, może więcej niż dwóch kartelistów, z których każdy posiada w rynku właściwym 25%, choć – w myśl mikroekonomicznej teorii o monopolu – w obu przypadkach stosowane ceny powinny być tak samo szkodliwe dla gospodarki¹⁶. Zauważył to słynny

¹⁵ Zob. podrozdział II.2.1. Część ekonomistów zwraca uwagę na wskazaną tu niespójność również w kontekście porozumień wertykalnych. Punktem odniesienia jest często orzeczenie amerykańskiego Sądu Najwyższego w sprawie *Leegin* (*Leegin Creative Leather Products v. PSKS*, 551 U.S. 877, 2007, „*Leegin*”). W powyższym precedensowym wyroku amerykański Sąd Najwyższy uznał, że wertykalne porozumienia cenowe nie są, jak było do czasu wydania omawianego orzeczenia, *per se* nielegalne, ale powinny być oceniane z punktu widzenia tzw. reguły rozsądku (ang. *rule of reason*). Sąd wskazał jednocześnie w uzasadnieniu, że wertykalne porozumienia cenowe najpewniej nigdy nie są sprzeczne z prawem konkurencji, jeżeli uczestniczący w nich przedsiębiorcy nie posiadają łącznie siły rynkowej. Niektórzy ekonomiści amerykańscy wskazują jednak, że Sąd Najwyższy USA zatrzymał się ze swoją argumentacją w połowie drogi. Skoro bowiem brak siły rynkowej przesądza o legalności wertykalnych porozumień cenowych, tak samo legalne powinny być horyzontalne porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami nieposiadającymi łącznie siły rynkowej.

¹⁶ Co więcej, swoboda w ustalaniu cen po stronie przedsiębiorcy posiadającego 50% w rynku właściwym jest potencjalnie groźniejsza niż dwóch kartelistów, z których każdy posiada w tym rynku po 25% udziałów. Jest tak dlatego, że, w myśl teorii gier, kartele są co do zasady niestabilne. Zob. np. M. Motta, *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press 2004, s. 542–551.

amerykański sędzia Hand w uzasadnieniu zapewne najpoczytniejszego do dzisiaj amerykańskiego wyroku antymonopolowego w sprawie *Alcoa*¹⁷:

Sądy, mówiąc ogólnie, podchodziły z rezerwą do twierdzenia, że pochodzenie monopolu jest krytyczne dla ustalenia jego legalności; (...), a sam rozmiar nie przesądza o winie. (...) Uzasadnienie dla powyższych założeń jest proste: osoby mogą nieświadomie znaleźć się w posiadaniu monopolu w sposób niejako automatyczny (...). Skoro zaś naruszenie ustawy Shermana jest przestępstwem (...), byłoby niesprawiedliwe włączać pod ustawę takie [unilateralne] przypadki¹⁸.

Ceny ustalane przez jednego przedsiębiorcę nie są więc tym samym, co ceny ustalane w ramach porozumienia pomiędzy samodzielnymi przedsiębiorcami, choćby nawet udział rynkowy pojedynczego przedsiębiorcy był większy¹⁹. Jest tak pomimo tego, że część porządków monopolowych, w tym polski²⁰, wprost zakazują unilateralnego stosowania cen nadmiernie wygórowanych. Karanie stosowania przez przedsiębiorców wygórowanych cen jest rzadkością i wymaga zwykle, również poprzez odpowiednie sformułowanie przesłanek ustawowych²¹, szczególnej karygodności wygórowanej ceny²² –

¹⁷ *United States v. Aluminum Co. of America („Alcoa”)*, 148 F. 2d 416, 2nd Cir. 1945. Zob. też: S.W. Waller, *The Story of Alcoa: the Enduring Questions of Market Power, Conduct, and Remedy in Monopolization Cases*, [w:] E.M. Fox, D.A. Crane (red.), *Antitrust Stories*, Foundation Press 2007.

¹⁸ *Alcoa, op. cit.*, s. 429–430. W oryginale: „From the very outset the courts have at least kept in reserve the possibility that the origin of a monopoly may be critical in determining its legality; (...) size does not determine guilt. (...) What engendered these compuncions is reasonable plain: persons may unwittingly find themselves on possession of a monopoly; automatically so to say (...). [Since the Act] makes monopolizing a crime (...) it would be (...) unfair (...) to include such instances”.

¹⁹ Podobną obserwację, w kontekście koncepcji jednego organizmu gospodarczego, poczynił też amerykański Sąd Najwyższy w sprawie *Copperweld (Copperweld, op.cit.)*. Zob. też: O.T. Prell, *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.: An End to the Intraenterprise Conspiracy Doctrine*, 71 Cornell L. Rev. (1986), s. 1167. Zob. też: P. Areeda, *Intraenterprise Conspiracy...*, s. 456.

²⁰ Chodzi o art. 9 ust. 2 pkt 1 uokk.

²¹ W Polsce np. uokk mówi w art. 9 ust. 2 pkt 1 o cenach „nadmiernie wygórowanych”.

²² Przykładowo, w Republice Południowej Afryki stosowana przez monopolistę cena jest zbyt wysoka, a tym samym sprzeczna z południowoafrykańskim prawem konkurencji, jedynie w sytuacji, gdy „nie istnieje żadna rozsądna relacja pomiędzy właściwą ceną a ekonomiczną wartością danego dobra” („There is no reasonable relation between the actual price and the economic value of the good”). Zob. In the Competition Appeal Court of South Africa, *Mittal Steel South Africa v. Harmony Gold Mining*, Case No. 7/CAC/Apr 07 (2009) [w:] E.M. Fox, D.A. Crane (red.), *Global Issues in Antitrust and Competition Law*, West 2010, s. 98–110.

w Stanach Zjednoczonych zresztą wspomniany już wyrok w sprawie *Alcoa*, zapadły 1946 r., był ostatnim znanym przypadkiem uznania unilateralnego pobierania wysokich cen za same w sobie sprzeczne z amerykańskim prawem konkurencji.

Zróżnicowane podejście do praktyk unilateralnych i porozumień da się zapewne wytłumaczyć postrzeganiem unilateralnego monopolu jako swojego rodzaju nagrody za innowacyjność i spryt przedsiębiorcy, któremu udało się osiągnąć pozycję umożliwiającą mu ustalanie cen powyżej cen konkurencyjnych²³. Podobna, tzw. schumpeteriańska logika tłumaczy potrzebę przyznania przedsiębiorcom ochrony patentowej²⁴ – owa logika nagrody nijak ma się do cen kartelowych, gdzie jedynym sprytem wykazanim przez kartelistów jest umiejętność sekretne porozumienia się. Z powyższym stanowiskiem wiąże się jednak pewne zagrożenie: przedsiębiorcy – wiedząc że jeżeli takie samo działanie, wywołujące ten sam ekonomiczny skutek, jest legalne jako działanie unilateralne, ale nielegalne jako porozumienie – mogą we wzmoczony sposób dążyć do integracji²⁵. Można oczywiście twierdzić, że integracje przedsiębiorców, w odróżnieniu od porozumień, podlegają ocenie *ex ante* na podstawie przepisów o kontroli koncentracji, ale w praktyce wielu jurysdykcji antymonopolowych merytoryczne kryteria antykonkurencyjności koncentracji są o wiele łagodniejsze niż kryteria oceny antykonkurencyjności porozumień. Jest tak ponieważ z założenia „koncentracje”, w przeciwieństwie do „porozumień”, wiążą się z dodatkowymi oszczędnościami spowodowanymi przez integrację zasobów dwóch lub więcej przedsiębior-

²³ Podobne stanowisko zajął sędzia Scalia w wyroku Sądu Najwyższego USA w sprawie *Verizon v. Trinko* (540 U.S. 398, 2004): „Samo posiadanie monopolu i towarzyszące temu pobieranie cen monopolistycznych nie tylko nie jest nielegalne; jest też ważnym elementem wolnorynkowej gospodarki. Możliwość pobierania cen monopolistycznych – przynajmniej w krótkiej perspektywie – jest tym, co przyciąga biznesowy spryt i pomysłowość (...)”.

²⁴ Zob. np. E. Pol, *An Appreciative Model of Schumpeterian Evolution*, Working Paper 07-17, Department of Economics, University of Wollongong 2007.

²⁵ Powyższe dążenie przedsiębiorców do integracji zauważa też P. Areeda jeszcze w kontekście stosowania art. 1 ustawy Shermana do porozumień zawartych w ramach „jednego organizmu gospodarczego”, twierdząc, że doktryna *intraenterprisie conspiracy* stymuluje przedsiębiorców do formalnej integracji swojej działalności, zob. P. Areeda, *Intraenterprise Conspiracy...*, s. 453–454. Podobnie jak nazbyt ekspansywne stosowanie przepisów o antykonkurencyjnych porozumieniach do porozumień w ramach jednego organizmu gospodarczego może zachęcać przedsiębiorców do „pozornej” integracji (w ramach istniejącego już jednego organizmu gospodarczego), tak samo poprawne stosowanie tych przepisów (a więc wyłączenie porozumień zawartych w ramach jednego organizmu gospodarczego spod zastosowania przepisów o antykonkurencyjnych porozumieniach) może zachęcać samodzielnych przedsiębiorców do rzeczywistej integracji.

ców (ang. *efficiencies*), a więc z obniżeniem tzw. kosztów transakcyjnych prowadzenia działalności gospodarczej. Powyższa różnica manifestuje się szczególnie w różnicach pomiędzy merytoryczną oceną tzw. porozumień wertykalnych (surowszą) i wertykalnych koncentracji (łagodniejszą)²⁶.

2.3.3. Drugie stanowisko uzasadniające sens materialnego aspektu koncepcji jednego organizmu gospodarczego

Zwolennikom drugiego stanowiska, do których zalicza się też autor tej pracy, bliższe jest następujące wytłumaczenie odmiennego podejścia reżimów antymonopolowych do porozumień i praktyk unilateralnych przedsiębiorców o takich samych („łącznych” lub „pojedynczych”) udziałach rynkowych. Istniejący w większości jurysdykcji „absolutny” zakaz pewnych typów porozumień horyzontalnych bez względu na udziały rynkowe uczestników porozumienia da się wytłumaczyć (niedopowiedzianym) domniemaniem ekonomicznym. Jeżeli bowiem dwaj przedsiębiorcy, działający na tym samym rynku właściwym, ustalają nawzajem ceny, to najpewniej posiadają oni łącznie siłę rynkową (w przeciwnym wypadku takie ustalanie cen nie byłoby dla nich z ekonomicznego punktu widzenia sensowne), choćby nawet taka siła rynkowa nie wynikała z tradycyjnych definicji rynku właściwego, a np. z silnej marki²⁷. Bardzo często zatem, nawet jeżeli tradycyjna definicja

²⁶ Przykładowo, w wyroku amerykańskiego Federalnego Sądu Apelacyjnego dla Drugiego Dystryktu w sprawie *Port Dock (Port Dock & Stone Corporation v. Oldcastle Northeast, 507 F.3d 117, 2nd Cir. 2007)* posiadający siłę rynkową dystrybutor (spółka Tilcon) kamienia łupanego (ang. *crushed stone*) zakupił głównego producenta kamienia łupanego na danym rynku właściwym (spółkę Lone Star). Po zakupie spółka Lone Star odmówiła sprzedaży kamienia spółce Port Dock – konkurentowi Tilcon. Port Dock zarzucił Lone Star (a również pośrednio spółce Tilcon) sprzeczną z art. 2 ustawy Shermana tzw. odmowę dostawy (ang. *refusal to deal*). Sąd oddalił jednak zarzut Port Dock stwierdzając, że odmowa dostawy jest w przeważającej większości przypadków zgodna z amerykańskim prawem antymonopolowym. Sąd zauważył przy okazji, że sytuacja prawna Port Dock byłaby korzystniejsza, gdyby Tilcon nie kupił Lone Star i zawarł, jako samodzielny przedsiębiorca, umowę wyłącznościową z Lone Star, ponieważ tzw. umowy wyłącznościowe (ang. *exclusive dealing*), zawierane przez podmioty o dużych udziałach rynkowych, są co do zasady sprzeczne z ustawą Shermana. Jeden z wniosków sprawy *Port Dock* polegał więc na tym, że wertykalna integracja może amerykańskim przedsiębiorcom służyć do obejścia stosunkowo rygorystycznych przepisów o wertykalnych umowach wyłącznościowych.

²⁷ We współczesnej ekonomii siła rynkowa, czyli możliwość podnoszenia cen powyżej poziomu konkurencyjnego, wynika, częściej niż mogłoby się wydawać na podstawie tradycyjnej definicji rynku właściwego, z siły marki danego przedsiębiorcy, który stara się za pomocą tej marki, najczęściej skutecznie, sztucznie różnicować produkty o tych samych komponentach jakościowych (ang. *artificial product differentiation*). Zob. np. P. Carstensen, *The Efficiency Hypothesis Versus the Rent-Seeking Strategy Alternatives*, 69 *Antitrust L. J.* 569

ryнку właściwego i obliczania udziałów rynkowych nie wykaże wysokich łącznych udziałów rynkowych przedsiębiorców-uczestników porozumienia, w rzeczywistości może się okazać, że przedsiębiorcy ci posiadają łącznie siłę rynkową. Sam fakt zawarcia określonego typu porozumienia (przede wszystkim porozumienia cenowego) jest więc często – obok tradycyjnej definicji rynku właściwego – dobrym wyznacznikiem siły rynkowej.

2.3.4. Trzecie stanowisko uzasadniające sens materialnego aspektu koncepcji jednego organizmu gospodarczego

Zgodnie z trzecim stanowiskiem, wynikającym z automatycznego zastosowania mikroekonomicznej teorii o monopolistycznym rynku, koncepcja *single economic entity* nie powinna być w ogóle w prawie konkurencji potrzebna, ponieważ pomiędzy porozumieniami a unilateralnymi praktykami, których dopuszczają się przedsiębiorcy posiadający taki sam („łączny” lub „pojedynczy” udział rynkowy), nie ma żadnej różnicy.

(2001); D. Gilo, *Retail Competition Percolating Through to Suppliers and the Use of Vertical Integration, Tying and Vertical Restraints to Stop It*, 20 Yale J. on Reg. 25 (2003). W dzisiejszej gospodarce konsumenci są na tyle przywiązani do marek poszczególnych producentów, że w większości wypadków, w sytuacji „nieznacznego, jednak odczuwalnego i trwałego wzrostu cen” (tzw. test SSNIP, ang. *small but significant and non-transitory increase in price*) nie rezygnują oni z zakupu produktów danej marki, nawet gdy na rynku dostępnych jest wiele produktów różnych producentów oferujących takie same „fizyczne” funkcje. Warto w tym miejscu odpowiedzieć sobie na pytanie, czy naprawdę bylibyśmy w stanie zrezygnować z butów, telefonu albo napoju ulubionej marki, kiedy ich cena wzrośnie o 5%? Większość konsumentów zapewne do takiej rezygnacji nie byłaby gotowa, nie wspominając już o tym, że konsumenci są bardzo często niedoskonale poinformowani (ang. *information asymmetries*) i nie mają czasami nawet wiedzy o istnieniu produktów innych marek, a tym bardziej wiedzy o tym, że producenci innych marek oferują produkty o porównywalnej jakości. Silna lojalność konsumentów do poszczególnych marek (ang. *brand loyalty*), w połączeniu z niedoskonałością informacji, może powodować i najpewniej powoduje, że większość producentów posiada „siłę rynkową”, nawet jeżeli uznamy, że tacy producenci spotykają się z „międzymarkową” konkurencją. Zgodnie z tradycyjną definicją rynku właściwego, dwaj producenci butów sportowych Adidas i Nike konkurują ze sobą na rynku butów sportowych, podczas gdy w „umarowanej” gospodarce należałoby zapewne powiedzieć, że Adidas jest monopolistą na rynku butów sportowych marki Adidas, tak jak Nike jest monopolistą na rynku butów sportowych marki Nike.

3. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w świetle nauk ekonomicznych

3.1. Uwagi ogólne

Ponieważ porządek antymonopolowy jest jedynie odzwierciedleniem ekonomicznych założeń o pożądanym modelu gospodarki, odpowiedzi na pytanie, czym jest „jeden organizm gospodarczy” lub gdzie przebiegają „granice” przedsiębiorstwa (przedsiębiorcy), należy zacząć szukać właśnie w obrębie nauk ekonomicznych. Dziedziną mikroekonomii, a dokładniej – dziedziną nauki o przemysłowej organizacji (ang. *industrial organisation*²⁸), dającej w powyższym zakresie najcenniejsze wskazówki, jest tzw. teoria firmy²⁹ (ang. *theory of the firm*³⁰).

²⁸ Organizacja przemysłowa jest dziedziną mikroekonomii najbardziej związaną z prawem konkurencji. Bada ona wewnętrzną organizację przedsiębiorstw, ich wzajemne relacje oraz relacje pomiędzy przedsiębiorstwami a strukturą rynku, skupiając się na odstępstwach od modelu konkurencji doskonałej kształtowanej przez prawo popytu i podaży. Przemysłowa organizacja zwana jest przez niektórych królową stosowanej mikroekonomii (ang. *queen of applied microeconomics*), zob. O.E. Williamson, *Delimiting Antitrust*, Geo. U. L. Rev. 1987, vol. 76(2), s. 303.

²⁹ Przykładowo, w najsłynniejszym chyba podręczniku, a w zasadzie encyklopedii dotyczącej przemysłowej organizacji, trzatomowym *Podręczniku przemysłowej organizacji*, zapoczątkowanym przez Richarda Schmalensee w 1989 r. (pierwsze dwa tomy ukazały się pod redakcją R. Schmalensee i R. Williga w 1989 r.; trzeci tom pod redakcją innych autorów ukazał się w 2007 r.) bezpośrednio teorii firmy dotyczy czwarty z piętnastu rozdziałów pierwszego tomu. Inne rozdziały dotyczą zagadnień związanych z bardziej „merytoryczną” polityką konkurencji. Przykładowo, rozdział szósty pierwszego tomu dotyczy oligopolu, a rozdział siódmy – karteli i horyzontalnych koncentracji. Zob. R. Schmalensee, R. Willig, *Handbook of Industrial Organization*, Volume 1, North Holland 1989.

³⁰ W Polsce popularny jest też termin „teoria przedsiębiorstwa” (zob. np. Z. Dach, *Mikroekonomia*, Wydawnictwo Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie 2012, s. 218–233; zob. też: T. Zalega, *Mikroekonomia współczesna*, Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego 2011, s. 246–249). W pracy tej autor posługuje się jednak pojęciem „teoria firmy”, dla odróżnienia tego mikroekonomicznego zagadnienia od pojęcia „przedsiębiorstwa” w europejskim prawie konkurencji. Oczywiście „firma” w przyjętym tutaj mikroekonomicznym znaczeniu tego słowa nie jest tożsama z pojęciem firmy z art. 43 Kodeksu cywilnego (ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz.U. z 1964 r. Nr 16 poz. 93 ze zm., „kc”), który „firmę” rozumie jako oznaczenia (a wręcz markę) przedsiębiorcy. W rozumieniu art. 43⁴ kc „firmą” osoby fizycznej jest jej imię i nazwisko, a w rozumieniu art. 43⁵ § 1 kc, „firmą” osoby prawnej jest jej nazwa.

3.2. Teoria firmy Ronalda Coase'a

Firma (przedsiębiorstwo) jest w mikroekonomii, obok gospodarstwa domowego, „podstawowym elementem gospodarki”³¹. Już w 1937 r. w swoim precedensowym artykule amerykański noblista Ronald Coase stwierdził, że tradycyjny opis systemu ekonomicznego, w którym ludzka aktywność wynika z dostosowania się popytu do podaży, a produkcji do konsumpcji i *vice versa*, nijak ma się do firm³². Tradycyjnie, ekonomiści myślą o systemie gospodarczym jako o systemie, w którym działalność homines economici koordynowana jest przez mechanizm cenowy (ang. *price mechanism*). Coase zauważa jednak, że jeżeli uznać mechanizm cenowy (czyli relacje pomiędzy popytem i podażą) za jedyny czynnik koordynujący system gospodarczy, wszelkie organizacje działające w ramach takiego systemu, czyli przede wszystkim firmy, nie miałyby prawa bytu. W praktyce jest jednak przeciwnie – na rynkach działają twory zorganizowane, czyli właśnie „firmy”. Coase nazywa te firmy „wyspami świadomej władzy” (ang. *islands of conscious power*) na podkreślenie faktu, że decyzje dotyczące alokacji czynników produkcji (ang. *factors of production*)³³ wewnątrz firm nie wynikają z mechanizmu cenowego. Według Coase'a, „jeżeli pracownik przenosi się z jednego departamentu do drugiego to nie dlatego, że nastąpiła zmiana cen czynników produkcji [czyli w tym wypadku pracy], ale dlatego, że otrzymał takie polecenie”³⁴. W obrębie firmy nie dochodzi do transakcji rynkowych dyktowanych przez mechanizm cenowy – decyzje podejmuje koordynując produkcję kierownik³⁵.

Dlaczego jednak homines economici działający w ramach firmy decydują się zrezygnować z podporządkowania swoich decyzji regułom rynkowym i powierzyć te decyzje w ręce kierownika? Jak już wspomniano, teoria Coase'a bazuje na dychotomii pomiędzy dwoma mechanizmami alokacji produkcji: koordynacją rynkową (cenową) oraz koordynacją hierarchiczną

³¹ T. Włudyka, *Polityka gospodarcza*, WoltersKluwer 2007, s. 58.

³² R.H. Coase, *The Nature of the Firm*, *Economica*, vol. 16(4), JSTOR, s. 386-387. W oryginale: „Within a firm, the description does not fit at all”.

³³ Coase używa zamiennie tego określenia z pojęciem „zasobów” (ang. *resources*).

³⁴ R.H. Coase, *The Nature...*, s. 387.

³⁵ Coase, na określenie „osoby lub osób zastępujących mechanizm cenowy w alokacji zasobów” używa wprawdzie angielskiego słowa „*entrepreneur*”, które odpowiada polskiemu słowu „przedsiębiorca” (zob. R.H. Coase, *ibidem*, s. 388, przypis 2), jednak użyty tutaj termin „kierownik” lepiej oddaje myśl Coase'a i pozwala uniknąć konfuzji z pojęciem „przedsiębiorcy”, używanym przez polskie prawo konkurencji. W polskiej mikroekonomii, „kierownika” Coase'a określa się też mianem „menedżera” (zob. Z. Dach, *Mikroekonomia*, s. 231).

(odbywającą się wewnątrz firmy)³⁶. Kluczem dla wyjaśnienia istnienia mechanizmu koordynacji hierarchicznej jest według Coase'a fakt, że mechanizm cenowy może wiązać się ze znaczącymi kosztami transakcyjnymi (np. kosztami zdobycia informacji, kosztami negocjacyjnymi). Koszty transakcyjne mechanizmu cenowego nie są wysokie w wypadku krótkotrwałych transakcji, kiedy jednak takie transakcje trzeba powtarzać w sposób długotrwały, koszty transakcyjne mogą wzrosnąć znacząco. Szczególnie, gdy niewystarczające są krótkotrwałe transakcje, może więc dojść do powstania w systemie gospodarczym bytów, w ramach których alokacja zasobów jest koordynowana w sposób hierarchiczny, a nie rynkowy. Celem powstania i istnienia takich bytów jest zminimalizowanie kosztów transakcyjnych – takimi bytami są właśnie firmy. Zamiast negocjować co tydzień tę samą umowę dotyczącą dostawy produktu A i ponosić koszty związane z owymi negocjacjami, można po prostu zacząć produkować go wewnątrz jednej „firmy”. Oczywiście powierzenie decyzji o alokacji zasobów na ręce kierownika firmy również wiąże się z kosztami transakcyjnymi (choć są to koszty innego rodzaju, niż te występujące w rynkowym mechanizmie alokacji zasobów; przede wszystkim chodzi o koszty dodatkowej biurokracji oraz tzw. koszty agencji). W niektórych sytuacjach jednak koszty transakcyjne wynikające z utworzenia firmy są niższe, niż koszty działania mechanizmu cenowego³⁷.

3.3. Inne teorie

Stworzona przez Coase'a teoria wyjaśniająca istnienie firm jest, według autora tej pracy, teorią najbardziej kompleksową i jednocześnie najprostszą, choć nie jedyną. Jeszcze przed Coase'm inni ekonomiści próbowali podać alternatywne przyczyny powstawania i istnienia firm. Przykładowo, F. Knight starał się wyjaśnić istnienie firm poprzez odwołanie do pojęcia niepewności (ang. *uncertainty*): producent zawsze jest niepewny popytu, zatem część wątpliwych i nieśmiałych (ang. *doubtful and timid*) potencjalnych producentów „godzi się powierzyć swoją produkcję w ręce tych bardziej pewnych siebie i śmielszych (*confident and venturesome*) w zamian za stały dochód”³⁸. Powyższa teoria F. Knight'a została poddana krytyce ze strony

³⁶ Zob. P. Urbaneck, *Outsourcing w procesie restrukturyzacji przedsiębiorstwa w świetle teorii kosztów transakcyjnych*, GN, 4(236), rok LXXX/XXI kwiecień 2011, s. 71.

³⁷ R.H. Coase, *The Nature...*, s. 390–391.

³⁸ F.H. Knight, *Risk, Uncertainty and Profit*, Boston, Hart, Schaffner & Marx; Houghton Mifflin Co 1921, Library of Economics and Liberty, artykuł dostępny pod adresem: <http://www.econlib.org/library/Knight/knRUPCover.html>, dostęp: 25.08.2015 r., s. 269–270.

Coase'a między innymi dlatego, że bardzo często pracownicy mogą otrzymywać udział w zyskach, a nie tylko stałą pensję, a śmiało i pewnie siebie osoby niekoniecznie muszą zawsze pełnić funkcje kierowników – mogą oni sprzedawać swoje usługi firmom zarządzanym przez innych kierowników³⁹.

Należy też zauważyć, że większość kompleksowych teorii firmy wypracowanych już po publikacji tekstu Coase'a bazuje w mniejszym lub w większym stopniu na analizie kosztów transakcyjnych. Przykładowo, zgodnie z teorią O. Williamsona, kluczowa dla wyjaśnienia istnienia firmy jest tzw. specyficzność aktywów (ang. *specificity of assets*)⁴⁰. Im bardziej specyficzne są dane aktywa, tym mniej opłacalne jest ich pozyskanie z rynku, a tym samym bardziej opłacalna jest ich wewnętrzna produkcja. Specyficzność aktywów jest jednak, w świetle teorii O. Williamsona, czynnikiem sprzyjającym koordynacji hierarchicznej w przeciwieństwie do koordynacji rynkowej, a więc również bazuje na analizie kosztów transakcyjnych.

Z kolei cały odłam teorii związanych z tzw. teoriami behawioralnymi, który podkreśla sprzeczności pomiędzy interesami menedżerów a interesem zarządzanej przez nich „firmy” (czyli interesem akcjonariuszy)⁴¹, również bazuje na kosztach transakcyjnych – ryzyko „zdrady” menedżera można bowiem przedstawić po prostu jako koszt transakcyjny, wiążący się z decyzją o hierarchicznej koordynacji produkcji (alokacji zasobów) w ramach firmy.

3.4. „Firma” a osoba prawna i fizyczna

Mówiąc o aktywności ludzkiej, która koordynowana jest albo przez mechanizm cenowy, albo przez „kierownika” w ramach firmy, Coase miał na myśli aktywność ludzką analizowaną przez pryzmat koncepcji *homo economicus*. Każdy model ekonomiczny posługuje się bowiem teoretyczną konstrukcją podmiotów (ludzi) dążących do maksymalizacji swojej użyteczności, czyli maksymalizacji zysków. Model *homo economicus* (kojarzony najczęściej z A. Smithem), jako podstawowe założenie opisujące gospodarkę, jest, co prawda, ostatnio kwestionowany przez niektórych współczesnych ekonomistów, związanych w szczególności z tzw. ekonomią behawioralną⁴², jednak cały czas jest to model podstawowy.

³⁹ R.H. Coase, *The Nature...*, s. 392.

⁴⁰ O.E. Williamson, *Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives*, Admin. Sci. Q. 1991, vol. 36(2), s. 281–282.

⁴¹ R.M. Cyert, J.G. March, *Behavioral Theory of the Firm*, 2nd Ed., Wiley-Blackwell 1992.

⁴² Np. G.A. Akerlof i R.J. Shiller uważają, że dla pełnego zrozumienia współczesnej gospodarki niezbędne jest odwołanie się do, wprowadzonego przez Keynesa, pojęcia

Większość filozofów i etyków uznaje, że ludzie kierują się też pobudkami moralnymi, niezwiązanymi z chęcią maksymalizacji zysków. Za siłę tworzącą takie pobudki uznaje się najczęściej rozum⁴³ lub współczucie⁴⁴. Uwaga ta dotyczy zarówno osób fizycznych, jak i prawnych. Niezwiązane z zyskiem pobudki dotyczą jednak bezpośrednio jedynie osób fizycznych. Jak słusznie zauważa T. Targosz, „o ile (...) podmiotowość prawna osoby fizycznej stanowi niejako wyraz naturalnego porządku, rzecz z podmiotowością prawną osoby prawnej ma się zupełnie inaczej”⁴⁵. Taka podmiotowość jest czymś sztucznym, a osoby prawne są jedynie niejako „pochodną” osób fizycznych. Każda osoba prawna musi posiadać u swojego źródła substrat złożony z osoby/osób fizycznych. Dlatego też jeżeli osoby fizyczne, będące substratem pewnej osoby prawnej, kierują się pobudkami moralnymi, takimi samymi pobudkami powinna się też kierować owa osoba prawna. Dyskusja na temat tego, kiedy dana osoba prawna lub fizyczna kieruje się pobudkami innymi niż chęć osiągnięcia zysku, jest relewantna również w prawie konkurencji, ale dotyczy nie tyle problemu granic przedsiębiorstwa (czyli zagadnienia omawianego w tej pracy), co bardziej zagadnienia definicji działalności gospodarczej (a więc drugiego, wyodrębnionego przez W. Wilsa, zestawu zagadnień wiążących się w prawie konkurencji z pojęciem przedsiębiorstwa lub przedsiębiorcy⁴⁶).

„Firma”, w rozumieniu Coase’a, nie pokrywa się z odrębną podmiotowością prawną. Cechą konstytutywną firmy jest bowiem jedynie fakt, że alokacja zasobów dokonywana jest w ramach firmy przez kierownika, a nie przez siły rynkowe. Odrębna osobowość prawna w gospodarce, czyli

zwierzęcych instynktów. Zob. G.A. Akerlof, R. J. Shiller, *Zwierzęce instynkty. Czy ludzka psychika napędza globalną gospodarkę i jaki to ma wpływ na przemiany światowego kapitalizmu*, Wydawnictwo Studio Emka, Warszawa 2010. Niemniej jednak nawet Akerlof i Shiller przyznają, że przeważająca większość sytuacji wydarzających się w gospodarce da się dobrze opisać przez te teorie ekonomiczne, u podnóża których leży koncepcja *homo economicus* („Dlatego też nawet w najgorszym wypadku teoria ta [chodzi o klasyczną ekonomię A. Smitha] zasługuje na uznanie, choćby według kryterium wyznaczonego przez pewnego ucznia (...). Skarżył się on mianowicie, że dostał z dyktanda zaledwie trójkę, mimo że przecież aż 70 procent napisał poprawnie. Teoria ta sprawdza się też całkiem niezłe nawet przy najmniej dokładnych przewidywaniach, i to od dwustu lat”, zob. *ibidem*, s. 20). Dla krytyki modelu *homo economicus*, zob. też: T. Sedlacek, *Ekonomia dobra i zła*, Wydawnictwo Studio Emka, Warszawa 2012.

⁴³ Zob. I. Kant, *Uzasadnienie metafizyki moralności*, Wydawnictwo Antyk, Biblioteka Europejska 2001.

⁴⁴ Zob. A. Shopenhauer, *O podstawie moralności*, Wydawnictwo Zielona Sowa, Kraków 2004.

⁴⁵ T. Targosz, *Nadużycie osobowości prawnej*, Zakamycze 2004, baza LEX, pkt 2.1.

⁴⁶ Zob. podrozdział I.1.

przede wszystkim forma spółki, gdzie akcjonariusze/udziałowcy ponoszą ograniczoną odpowiedzialność za zobowiązania tej spółki, jest sztucznym, ukształtowanym na przestrzeni dziejów tworem⁴⁷ – teoria Coase’a jest zaś uniwersalna. Oczywiście działalność firmy opiera się na systemie powiązań, którymi zawiaduje kierownik. Powiązania te mogą następować jedynie między osobami fizycznymi: na przykład, przenosząc uwagi Coase’a na polski grunt prawny, mogą to być powiązania pomiędzy pracodawcą – osobą fizyczną prowadzącą jednoosobową działalność gospodarczą, a jej pracownikami. Mogą to oczywiście być również powiązania w ramach osób prawnych. Przykładowo w holdingu spółek kapitałowych „kierownikiem” może być zarząd spółki dominującej (należy jednak zaznaczyć, że „kierownik”, w myśl teorii Coase’a, jest postacią w dużej mierze fikcyjną, często ciężko zatem stwierdzić, gdzie tak naprawdę znajduje się centrum decyzyjne w danej firmie).

Istnieje jednak pewna różnica pomiędzy osobą prawną a osobą fizyczną. Tworzące firmę osoby fizyczne zawsze mogą funkcjonować jako samodzielne *homines economici* poza tą firmą. Zgodnie z teorią Coase’a, uczestnictwo w firmie jest świadomym, motywowanym minimalizacją kosztów transakcyjnych wyborem danej osoby. Ta sama osoba fizyczna, tworząca część firmy i poddająca się decyzjom alokacyjnym „kierownika”, może realizować odrębny interes gospodarczy jako konsument lub nawet jako producent prowadzący odrębną działalność gospodarczą⁴⁸. Ta sama osoba fizyczna może w każdej chwili „wystąpić” z firmy (np. wypowiedzenie umowy o pracę przez pracownika). Tym samym można powiedzieć, że osoba fizyczna jest częścią firmy w wymiarze względnym. O ile niekiedy to samo można powiedzieć o osobie prawnej – osobę prawną może łączyć z firmą jedynie relacja względna (np. osoba prawna będąca agentem może być częścią „firmy” dającego zlecenie jedynie na potrzeby realizacji umowy agencyjnej)⁴⁹, to w niektórych przypadkach osoba prawna jest częścią firmy w wymiarze absolutnym (zob. tabela 2). „Sztuczność” osób prawnych pozwala łatwo manewrować sferą autonomii, przysługującej tym osobom. Spółka kapita-

⁴⁷ „Obok osób fizycznych, zwanych naturalnymi, odróżniać zaczęto osoby sztuczne, którym, jakbyśmy dzisiaj powiedzieli, prawo nadawało cechy podmiotów prawa”, zob. T. Targosz, *Nadużycie...*, pkt 2.1.

⁴⁸ Stąd, na gruncie uokk z 2000 r., R. Lewandowski słusznie zauważa, że przedsiębiorcą w rozumieniu tej ustawy może być zarówno spółka jawna, jak i wspólnicy spółki jawnej, pod warunkiem, że „[wspólnicy], obok działalności wykonywanej w ramach przedsiębiorstwa spółki, prowadzą własne gospodarcze interesy”. Zob. R. Lewandowski, *Granice ustanowione przez prawo antymonopolowe w ramach kształtowania postanowień umowy spółki jawnej*, Pr. Sp., nr 7–8/2006, s. 5.

⁴⁹ Umowy agencyjnej dotyczy rozdział V tej pracy.

łowa (osoba prawna) może być np. w 100% własnością innej spółki-matki, tym samym takiej spółce-córcie nie przysługuje sfera autonomii (moralnej, ale również ekonomicznej), która z definicji zawsze przysługuje osobie fizycznej. Mówiąc potocznie, osoby fizycznej nie można kupić (albo, mówiąc ściślej, można ją kupić jedynie w ramach umowy – np. umowy o pracę).

Tabela 2. Względny i absolutny wymiar koncepcji *single economic unit* (osoba fizyczna i prawna)

	Względna relacja z firmą/względny wymiar koncepcji <i>single economic unit</i>	Absolutna relacja z firmą/absolutny wymiar koncepcji <i>single economic unit</i>
osoba fizyczna	możliwa/-y	niemożliwa/-y
osoba prawna	możliwa/-y	niemożliwa/-y

3.5. Kryteria wyodrębnienia „firmy” oraz „jednego organizmu ekonomicznego” w prawie ochrony konkurencji

3.5.1. Uwagi ogólne

Dokonane wyżej rozważania⁵⁰ przedstawiły, czym jest „firma” w świetle mikroekonomii, a przede wszystkim w świetle teorii firmy wypracowanej przez R. Coase’a. Zarówno Coase, jak i cytowani wyżej ekonomiści, nie odpowiadają jednak wprost na pytanie, jakie powinny być kryteria wyodrębnienia jednej firmy od drugiej. Z punktu widzenia ekonomii dokładne wyodrębnienie jednej firmy od drugiej nie ma bowiem większego znaczenia. W prawie konkurencji jest odwrotnie – ustalenie kryteriów wyodrębnienia firm i „jednych organizmów gospodarczych” jest rzeczą fundamentalną dla zastosowania poszczególnych przepisów antymonopolowych (w związku z koncepcją *single economic unit*).

Opierając się na dokonanych wyżej rozważaniach z zakresu teorii firmy, jak i na podstawowych problemach związanych z koncepcją jednego organizmu gospodarczego, poniżej zostanie przedstawiona propozycja kryteriów wyodrębnienia jednego organizmu gospodarczego.

3.5.2. Jeden interes ekonomiczny

Przede wszystkim, każda firma (każdy jeden organizm gospodarczy) musi posiadać jeden interes ekonomiczny. Firma Coase’a posiada jednego, często fikcyjnego i trudnego do wskazania kierownika⁵¹, koordynującego ową hierarchiczną strukturę, którą jest firma. Kierownik realizuje jeden

⁵⁰ Zob. podrozdziały II.3.1-II.3.3.

⁵¹ Według Coase’a, „kierownikiem może być zarówno jedna, jak i wiele osób”.

interes ekonomiczny, dlatego może on dowolnie manewrować „zyskownością” poszczególnych czynników produkcji i zasobów firmy⁵², godząc się na „straty” ponoszone przez te zasoby (np. przez fabrykę należącą do jednej ze spółek). Członkowie firmy (osoby prawne lub fizyczne) nie mają bowiem swobody w zakresie podejmowania decyzji co do alokacji produkcji na etapie prowadzenia działalności gospodarczej. Muszą oni realizować decyzje alokacyjne kierownika, który podejmuje owe decyzje w imieniu firmy. Co istotne, wypracowane zyski kierownik powinien wypłacać członkom wchodzącym w jej skład. Jak słusznie podkreśla Coase, taka wypłata nie musi być wcale sztywna (np. pensja pracownika), może być to również zysk w udziałach (np. dywidenda akcjonariusza). Działania kierownika mają zatem na celu maksymalizację całkowitej efektywności jednej firmy – kierownik nie przejmuje się i nie powinien się przejmować efektywnością i ewentualnymi stratami poszczególnych zasobów danej firmy (kierownik maksymalizuje zatem efektywność „firmy” w sensie Kaldora-Hicksa, a nie w sensie Pareto⁵³).

W kontekście jednego interesu ekonomicznego należy też odróżnić zasoby wchodzące w skład firmy od właścicieli tych zasobów, przy czym własność zasobów może mieć charakter stopniowy (np. pracownik jest dys-

⁵² Coase (w kontekście różnych rodzajów alokacji – hierarchicznej bądź rynkowej) wydaje się synonimicznie posługiwać terminami „zasoby” (ang. *resources*) i „czynniki produkcji” (ang. *factors of production*). Warto przy okazji przypomnieć, że z kolei O. Williamson posługuje się określeniem „*assets*”, które najlepiej tłumaczyć na język polski jako „aktywa”. Tradycyjnie w mikroekonomii pojęcie „czynniki produkcji” ma znaczenie w kontekście teorii produkcji – w powyższym kontekście czynniki produkcji dzielą się co do zasady na pracę, kapitał i ziemię (zob. T. Zalega, *Mikroekonomia współczesna*, s. 424; autor posługuje się również synonimicznym określeniem „czynniki wytwórcze”). W polskiej mikroekonomii, w kontekście teorii produkcji używa się również określenia „zasobów produkcji” (Z. Dach, *Mikroekonomia*, s. 136), również w kontekście opisu teorii Coase’a (Z. Dach, *ibidem*, s. 230). Podsumowując ten lekki chaos terminologiczny, na potrzeby niniejszej pracy pojęcia takie, jak „czynniki produkcji” i „zasoby” używane są w sposób synonimiczny i oznaczają pracę, kapitał oraz wszelkie środki trwałe lub nietrwałe służące do produkcji przez firmę (przedsiębiorstwo) towarów i usług.

⁵³ Decyzja efektywna w sensie Pareto, w odniesieniu do pewnej zbiorowości, polega na polepszeniu sytuacji wszystkich członków tej zbiorowości bez pogarszania sytuacji żadnego z tych członków. Decyzja efektywna w sensie Kaldora-Hicksa polega na polepszeniu całkowitego dobrobytu zbiorowości bez względu na ewentualne pogorszenie się dobrobytu niektórych jej członków: decyzja jest efektywna w sensie Kaldora-Hicksa, jeżeli wzrost dobrobytu poszczególnych członków danej zbiorowości przewyższa spadek dobrobytu innych członków tej zbiorowości, czyli gdy jeden podmiot zyskuje więcej, niż traci inny, a jednocześnie istnieje (przynajmniej teoretycznie) sposób kompensacji strat przez podmiot zyskujący na rzecz podmiotu tracącego. Zob. J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć wykładów...*, *op. cit.*

ponentem, a więc poniekąd „właścicielem” swojej pracy; spółka może być „właścicielem”, czyli pracodawcą pracowników oraz, przy okazji, właścicielem fabryki; akcjonariusze spółki są właścicielem wszystkich powyższych zasobów). Podobne rozróżnienie czynią też ustawodawstwa prawne – przykładowo polski kc wyodrębnia osoby fizyczne, osoby prawne (członków firmy) oraz (w art. 55¹) tzw. przedsiębiorstwo⁵⁴, czyli „zorganizowany zespół składników niematerialnych i materialnych przeznaczony do prowadzenia działalności gospodarczej”.

Konsekwentnie należy również odróżnić etap decyzji alokacyjnej kierownika, czyli etap prowadzenia przez firmę działalności gospodarczej (na tym etapie firma posiada jeden interes ekonomiczny i może dowolnie manewrować swoimi zasobami), od etapu wypłaty zysku – na tym etapie każdy z „członków firmy”, właścicieli zasobów, posiada własny interes. Żeby wyjaśnić różnicę pomiędzy tymi dwoma etapami, można posłużyć się przykładem, w którym spółka A – jedynym akcjonariuszem tej spółki jest osoba fizyczna O_1 – jest właścicielem 75% udziałów w spółce B. Pozostałe 25% należy do osoby O_2 , zatem założyć należy, że spółka A ma wyłączną kontrolę nad działalnością spółki B. Spółka A jest jedynym biznesowym przedsięwzięciem osoby O_1 . Można zatem przyjąć, że w skład firmy, mającej w swojej strukturze jedno centrum decyzyjne (czyli „kierownika”⁵⁵), wchodzi czynniki produkcji, takie jak praca pracowników spółek A i B, oraz inne zasoby tych spółek (pośrednio zasoby te należą więc do osób O_1 i O_2). Uznając, że spółka A ma kontrolę nad spółką B, wszystkie biznesowe decyzje podejmowane przez „firmę” i jej kierownika mają na celu maksymalizację łącznych zysków wszystkich zasobów, nad którymi firma ma kontrolę (a więc zasobów należących do spółek A i B). Jednakże na etapie podziału zysku nie sposób mówić o jednym interesie ekonomicznym pomiędzy członkami firmy, którym ten zysk może być wypłacony (a więc pracownikami, zarządem, akcjonariuszami). W omawianym przykładzie najkorzystniejszą pozycję, pozwalającą skonsumować największą ilość zysku, ma osoba O_1 . Może się nawet zdarzyć, że osoba O_2 – właściciel „ułamka” firmy – nie otrzyma nic, co wcale nie przeczy temu, że całość zasobów/czynników posiadanych przez spółkę B (których właścicielem w 25% jest osoba O_2) należą do jednej firmy (jednego organizmu gospodarczego) wraz z zasobami spółki A.

⁵⁴ Nie mylić z pojęciem „przedsiębiorstwa” w europejskim prawie konkurencji.

⁵⁵ Kierownikiem, czyli centrum decyzyjnym omawianej firmy, nie musi być wcale zarząd spółki A; może to być również dobrze osoba O_1 .

3.5.3. Czynniki niweczące jeden interes ekonomiczny

Na podstawie dokonanych wyżej rozważań⁵⁶, wydaje się, że istnienie jednego interesu ekonomicznego może być „niweczone” w dwóch wypadkach: w przypadku braku kontroli oraz w przypadku braku niebagatelnego poziomu integracji ekonomicznej.

Jeżeli chodzi o brak „kontroli”, to zarówno w kontekście teorii firmy, jak i koncepcji jednego organizmu gospodarczego pojęcie „kontroli” może być nieco mylące. Tak naprawdę można opisywać dwie, niezależne od siebie relacje. Po pierwsze, kontrola oznaczać może kontrolę członka firmy (osoby fizycznej lub osoby prawnej) nad zasobami, a tym samym pozwala włączyć te zasoby w skład jednej firmy – w tym sensie na przykład, w omawianym wyżej⁵⁷ przypadku, kontrola osoby O_1 oraz spółki A nad spółką B pozwala włączyć zasoby spółki B do jednej firmy. W tej sytuacji pojęcie kontroli ma znaczenie w inkluzywnym kontekście koncepcji jednego organizmu gospodarczego⁵⁸. Kontrola spółki A nad spółką B „niweczy” jeden interes gospodarczy spółki B w tym sensie, że spółka B poddana kontroli spółki A nie posiada samodzielnego interesu ekonomicznego, a jedynie „wspólny” interes ekonomiczny wraz ze spółką B. Należy zaznaczyć, że członek firmy (osoba fizyczna lub prawna) zawsze sprawuje kontrolę na jakimiś zasobami/czynnikami produkcji (choćby pracownik nad swoją pracą). Nie zawsze jednak członek firmy sprawuje kontrolę nad zasobami innego członka. Np. w wypadku *joint venture* w formie osoby prawnej, której udziałowcami są trzy osoby fizyczne posiadające 33% udziałów, żadna z takich osób fizycznych nie sprawuje kontroli ani nad sobą nawzajem, ani nad osobą prawną. Kontrola („decydujący wpływ”) w powyższym rozumieniu ma znaczenie na etapie prowadzenia przez firmę działalności gospodarczej. Z drugiej strony „kontrola” może też mieć znaczenie na etapie podziału zysku wypracowanego przez firmę i tym samym oznaczać „decydujący wpływ” członka danej firmy na podział jej zysku (w tym sensie osoba O_1 , mając kontrolę nad spółkami A i B, może np. pozbawić zysku osobę O_2). Zgodnie z powyższym rozumieniem kontrola nie ma więc wiele wspólnego z zarządzaniem zasobami w ramach firmy, a tym samym z określeniem granic „firm” i „jednych organizmów gospodarczych”⁵⁹.

⁵⁶ Zob. podrozdziały II.3.1-II.3.3.

⁵⁷ Zob. podrozdział II.3.4.1.

⁵⁸ Zob. podrozdział I.2.2.

⁵⁹ Ewentualna kontrola jednego akcjonariusza nad zyskami wypłacanymi przez spółkę może prowadzić do prawnych zagadnień mających jednak nie tyle związek z zagadnieniem jednego organizmu gospodarczego i prawem antymonopolowym, co bardziej z prawem korporacyjnym (prawem spółek), które ma za zadanie również znalezienie rozwiązań

Jeżeli chodzi o brak niebagatelno poziomu integracji ekonomicznej, należy zauważyć, że tak długo jednak, jak działające na rynku, zgrupowania podmiotów gospodarczych nie osiągną niebagatelno poziomu integracji ekonomicznej, nie można mówić o istnieniu jednego interesu ekonomicznego danej „firmy” (czyli o firmie posiadającej „kierownika” realizującego jej interes ekonomiczny i „godzącego się” na straty poszczególnych części tej firmy). Stosując terminologię Coase’a, w celu powstania firmy musi dojść do zmiany z rynkowej koordynacji zasobów na hierarchiczną. Może się bowiem zdarzyć, że kilka podmiotów posiada wspólny interes ekonomiczny i wspólnie ten interes realizuje. Pomiędzy takimi podmiotami może nawet dojść do pewnego poziomu koordynacji. Jednak tak długo, jak o alokacji zasobów w ramach takiej koordynacji decyduje mechanizm rynkowy, a nie pewne centrum decyzyjne („kierownik”), narzucające firmie swoje decyzje, tak długo nie mamy do czynienia z „firmą” – jednym organizmem gospodarczym. Niebagatelno poziomu integracji oznacza zgodę (potencjalnych) członków firmy na podporządkowanie się, w zakresie zarządzania zasobami, decyzjom kierownika oraz zgodę na dwuetapowy model wypracowywania zysku (osiągnięcie zysku z zasobów firmy i następnie podział tego zysku pomiędzy członków firmy). Powyższy aspekt miał właśnie na myśli sędzia Stevens w wyroku w sprawie *American Needle*, mówiąc, że kluby należące do NFL są zainteresowane własnymi zyskami, a nie zyskami całej ligi – innymi słowy kluby nie zdecydowały się na integrację prowadzącą do zastąpienia mechanizmu rynkowego mechanizmem hierarchicznym, zawiadywanym przez jedno centrum decyzyjne (kierownika). W prawie konkurencji badanie niebagatelności poziomu integracji ma przede wszystkim znaczenie w eksklusywnym kontekście koncepcji *single economic unit*, a więc w kontekście związanym z utworzeniem i działalnością tzw. wspólnych przedsiębiorców (ang. *joint ventures*). Idea niebagatelno poziomu integracji w porządkach antymonopolowych przybiera różne nazwy: przykładowo europejskie prawo kontroli koncentracji posługuje się pojęciem „wspólnego przedsiębiorstwa” (*joint venture*) o „pełnym zakresie funkcji”⁶⁰. Brak niebagatelno poziomu integracji niweczy więc jeden interes ekonomiczny. Wszystkie byty, które nie osiągną pewnego, niebagatelno poziomu integracji, traktowane są

dla sytuacji, w których spółka nie realizuje interesu mniejszościowych akcjonariuszy. Przykładowym rozwiązaniem może być tzw. *squeeze out*, czyli przymusowy wykup akcji drobnych akcjonariuszy przez akcjonariuszy większościowych. Zob. więcej na ten temat: K. Oplustil, *Wykluczenie akcjonariuszy mniejszościowych ze spółki (tzw. squeeze out) w prawie europejskim, niemieckim i polskim (analiza prawoporównawcza z uwzględnieniem aspektu konstytucyjnego)*, St. Pr. 2003, zeszyt 155.

⁶⁰ Zob. rozdział IV.

co do zasady przez reguły konkurencji jak porozumienie, ze wszystkimi konsekwencjami takiego traktowania.

Poniższa tabela (tabela 3) ilustruje jak brak „kontrol” oraz brak „niebagatelnej poziomu integracji ekonomicznej” niweczą istnienie jednego interesu ekonomicznego, a tym samym istnienie jednego organizmu gospodarczego, na przykładzie pojęć z dziedziny prawa ochrony konkurencji.

Tabela 3. Kontrola i bagatelny poziom integracji jako czynniki niweczące istnienie jednego interesu ekonomicznego i jednego organizmu gospodarczego

	Porozumienie (np. związek przedsiębiorców ⁶¹)	„Wspólny przedsiębiorca” poddany kontroli podmiotów założycielskich posiadający pełny zakres funkcji ⁶²
kontrola	nie	tak
bagatelny poziom integracji ekonomicznej zasobów (pełny zakres funkcji)	tak	nie
„jeden organizm gospodarczy”	nie	nie

Kryterium jednego interesu gospodarczego oraz, niweczące istnienie takiego interesu, kontrola i bagatelny poziom integracji ekonomicznej zasobów „w ramach” firmy są oczywiście terminami przejrzystymi jedynie w teorii. W praktyce istnieje wiele przypadków granicznych; sami ekonomiści zauważają nawet na gruncie teorii firmy istnienie tzw. hybrydowych przypadków⁶³, takich jak: umowy długoterminowe, franczyza⁶⁴, związki kapitałowe, *joint ventures*⁶⁵. Dlatego też wyodrębnione wyżej kryterium jednego organizmu gospodarczego i cechy świadczące o istnieniu tego interesu (brak kontroli i bagatelny poziom integracji ekonomicznej zasobów) mają przede wszystkim znaczenie jako pojęcia wprowadzające spójność teoretyczną do zagadnienia jednego organizmu gospodarczego i granic przedsiębiorstwa w prawie konkurencji.

W praktyce, w celu dowiedzenia istnienia samodzielnego organizmu gospodarczego, trzeba zbadać rozmaite okoliczności świadczące o kontroli (decydującym wpływie) oraz o dostatecznym (albo niedostatecznym) stopniu integracji ekonomicznej. Takimi okolicznościami są np. powiązania umowne lub kapitałowe pomiędzy badanymi podmiotami (czyli pomiędzy

⁶¹ Zob. rozdział VIII.

⁶² Zob. rozdział IV.

⁶³ O.E. Williamson, *Comparative Economic Organization...*, s. 280–281; P. Urbanek, *Outsourcing...*, s. 71.

⁶⁴ O.E. Williamson, *ibidem*, s. 280.

⁶⁵ P. Urbanek, *Outsourcing...*, s. 71.

członkami potencjalnej „firmy” – osobami fizycznymi lub prawnymi), nakładające na te podmioty prawa lub obowiązki, mogące świadczyć o braku lub nie ekonomicznej samodzielności⁶⁶. Okolicznościami pozwalającymi na wyodrębnienie jednego organizmu gospodarczego w praktyce mogą być też poniesione przez potencjalnych członków firmy koszty i ryzyka⁶⁷. Wreszcie okoliczności pozwalające dowieść istnienia jednego organizmu można rozumieć nie tyle w sposób statyczny (strukturalny), czyli badać istnienie wymienionych wyżej powiązań kapitałowych i umownych (oraz wymienionych wyżej kosztów i ryzyk, o ile ryzyka te wynikają z określonych relacji kapitałowo-umownych), co w sposób dynamiczny (behawioralny), czyli badać jak poszczególne podmioty zachowują się na rynku (i jakie ryzyka oraz koszty w rzeczywistości ponoszą).

3.6. Trwałość a jeden organizm gospodarczy

Niektóre przepisy prawa konkurencji mogą sugerować, że dodatkowym kryterium świadczącym o powstaniu jednego organizmu gospodarczego jest trwałość. Przykładowo, w prawie europejskim, obowiązkowi zgłoszenia do Komisji Europejskiej („Komisja”) jako „koncentracji” podlega jedynie „utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa, pełniącego w sposób **trwały** wszystkie funkcje samodzielnego podmiotu gospodarczego”⁶⁸.

Należy jednak podkreślić, że z punktu widzenia przedstawionej w tym rozdziale mikroekonomicznej teorii firmy, trwałość nie musi być konieczną cechą firmy, a tym samym cechą jednego organizmu gospodarczego. W myśl teorii firmy Coase’a, koszty transakcyjne mogą się bowiem zmieniać bardzo gwałtownie, co może powodować częste przejścia z mechanizmów rynkowej do hierarchicznej koordynacji zasobów. Co więcej, „trwałość” jako dodatkowe kryterium wyodrębnienia jednego organizmu gospodarczego mogłoby mylnie sugerować, że niektóre byty mające cechy trwałości, ale jedynie bagatelny poziom integracji, są „firmami”, a więc również „jednymi organizmami gospodarczymi”. Takie byty powinny być jednak traktowane jak „porozumienia” pomiędzy samodzielnymi podmiotami niepodlegającymi hierarchicznej koordynacji w wykonaniu kierownika.

⁶⁶ Opis różnych powiązań kapitałowych i umownych, świadczących o istnieniu jednego organizmu gospodarczego w kontekście przepisów o kontroli koncentracji przez organy konkurencji, jest przede wszystkim przedmiotem analizy w rozdziale III tej pracy.

⁶⁷ Okoliczności te są istotne szczególnie w ramach analizy zagadnienia jednego organizmu gospodarczego w kontekście umowy agencyjnej w rozdziale V.

⁶⁸ Zob. rozdział IV.

Dlaczego zatem kryterium „trwałości” wydaje się odgrywać istotną rolę w prawnych porządkach antymonopolowych? Pojęcia występujące w prawie konkurencji starają się co do zasady odwzorować pojęcia występujące na gruncie uniwersalnych ekonomicznych teorii; jednak nie zawsze taka absolutna spójność terminologiczna jest pożądana. Inną, równie ważną jak spójność terminologiczna wartością, może być efektywność działania organów konkurencji i skuteczność stosowania prawa. Dlatego, szczególnie w sytuacji kontroli koncentracji, która następuje w sposób *ex ante*, obowiązek zgłoszenia do organów konkurencji może ciążyć na uczestnikach „koncentracji” nieprowadzących wcale do powstania nowych (lub eliminacji „starych”), działających na rynku jednych organizmów gospodarczych. Podobnie powstanie „nietrwałego” jednego organizmu gospodarczego (nietrwałej firmy) nie musi wcale prowadzić do obowiązku notyfikacji takiego zgłoszenia. W wypadku wymogu „trwałości” można zatem powiedzieć, że definicja podlegającego w prawie konkurencji obowiązkowi notyfikacji „jednego organizmu gospodarczego” rozmija się z mikroekonomiczną teorią firmy⁶⁹.

4. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w różnych porządkach prawa ochrony konkurencji

4.1. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji Stanów Zjednoczonych

Kariera koncepcji jednego organizmu gospodarczego w Stanach Zjednoczonych dotyczy tradycyjnie materialnego aspektu tego pojęcia i rozpoczęła się wraz z wypracowaniem przez orzecznictwo pojęcia tzw. konspiracji w ramach jednego przedsiębiorstwa (ang. *intraenterprise conspiracy*). Zaklasyfikowanie danego stanu faktycznego jako *intraenterprise conspiracy* nie oznaczało jednak dla przedsiębiorców zwolnienia z odpowiedzialności za porozumienia „ograniczające handel” (ang. *restraints of trade*) w rozumieniu art. 1 tzw. ustawy Shermana (ang. *Sherman Act*⁷⁰) – wręcz przeciwnie, amerykańskie sądy używały tego pojęcia na opisanie stanu faktycznego, którego skutki prawne były niekorzystne dla uczestników porozumienia (tj. powodowały one odpowiedzialność przedsiębiorców w świetle ustawy Shermana). Po raz pierwszy pojęcie *intraenterprise conspiracy* zostało użyte przez

⁶⁹ Więcej o wymogu trwałości podczas stosowania przepisów o kontroli koncentracji, zob. rozdział III.

⁷⁰ 15 U.S.C. §§ 1–7.

Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych w 1947 r. w sprawie *Yellow Cab*⁷¹. W powyższej sprawie przedsiębiorca sprzedający samochody korporacjom taksówkarskim postanowił zintegrować swoją działalność – zakupił on po prostu część z tych korporacji, utrzymał ich oddzielny byt prawny i kontynuował dotychczasową sprzedaż. Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych wprost uznał jednak, że „zakazane porozumienie może być skutkiem konspiracji zarówno pomiędzy tymi powiązаныmi lub zintegrowanymi przedsiębiorcami, jak i pomiędzy przedsiębiorcami niezależnymi”⁷². Powyższą linię orzeczniczą Sąd Najwyższy USA utrzymał w kolejnych sprawach⁷³, kreśląc nieznaczne wyjątki, np. dla porozumień zawartych w ramach rolniczych kooperatywów (ang. *agricultural cooperatives*)⁷⁴.

Chociaż amerykańskie sądy federalne niższego szczebla w miarę upływu czasu coraz bardziej drażyły szczeliny w doktrynie *intraenterprise conspiracy*⁷⁵, to przełom nastąpił dopiero w 1984 r., kiedy amerykański Sąd Najwyższy wydał wyrok w sprawie *Copperweld*⁷⁶. Tło faktyczne powyższej sprawy było nieco skomplikowane: spółka Copperweld zakupiła wszystkie udziały w spółce Regal zajmującej się sprzedażą używanych w budownictwie rur strukturalnych (ang. *structural tubes*). Po fuzji, część pracowników Regal utworzyła jednak spółkę Independence Tube („Independence”), mającą za zadanie konkurować z Regal. W odpowiedzi na utworzenie Independence, Copperweld zagroziła swoim klientom handlowymi konsekwencjami, jeżeli ci zaczęliby kupować rury od Independence. Independence zarzuciła spółkom Regal i Copperweld udział w antykonkurencyjnym porozumieniu. Abstrahując od domniemanej antykonkurencyjności, sąd uznał jednak, że nie może dojść do zawarcia porozumienia w rozumieniu ustawy Shermana pomiędzy spółką-córką a spółką-matką, będącą w stu procentach właścicielem tej pierwszej. Sąd podkreślił „kompletną wspólnotę interesów”⁷⁷ pomiędzy spółką-matką i spółką-córką, i stwierdził, że dotychczasowa doktryna konspiracji w ramach jednego przedsiębiorstwa „skupia się na formie i ignoruje rzeczywistość”. Sąd porównał jednocześnie sytuację wielu działań

⁷¹ *United States v. Yellow Cab*, 332 U.S. 218, 1947 („*Yellow Cab*”).

⁷² *Yellow Cab*, s. 227.

⁷³ Zob. np. *Kiefer-Stewart v. Joseph E. Seagram & Sons*, 340 U.S. 211, 1951; *Timken Roller Bearing v. United States*, 341 U.S. 593, 1951.

⁷⁴ *Sunkist Growers v. Winkler & Smith Citrus Products*, 370 U.S. 19, 1962. Więcej o amerykańskich sprawach z zakresu doktryny *intraenterprise conspiracy*, zob. P. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, 3rd Ed., Aspen Publishers 2010, s. 205–211.

⁷⁵ Zob. np. P. Areeda, *Intraenterprise Conspiracy in Decline*, 97 Harv. L. Rev. 451 (1983–1984).

⁷⁶ *Copperweld v. Independence Tube* („*Copperweld*”), 467 U.S. 752, 1984.

⁷⁷ W oryginale: „complete unity of interest”.

jednej korporacji do wielu firm, znajdujących się w należącej do jednego właściciela korporacyjnej strukturze – w obu sytuacjach niesprawiedliwe byłoby doszukiwanie się antykonkurencyjnej konspiracji⁷⁸.

Wyrok w sprawie *Copperweld* na kilkanaście lat stał się precedensem, do którego w sposób bardzo formalistyczny odwoływały się kolejne amerykańskie sądy niższych instancji oraz Sąd Najwyższy, co, szczególnie na gruncie ustawy Robinsona-Patmana (zakazującej dyskryminacji cenowej), doprowadzało często do paradoksalnych rezultatów⁷⁹. W miarę upływu czasu i wraz z ujawnianiem się w praktyce kolejnych prawnych niuansów, orzeczenie w sprawie *Copperweld* zaczęło być poddawane delikatnej krytyce. Orzeczenie to było opisywane jako „strukturalne”⁸⁰ podejście do koncepcji

⁷⁸ *Copperweld*, s. 772. Więcej o sprawie *Copperweld*, P. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust Law...*, s. 211–213.

⁷⁹ Ustawa Robinsona-Patmana (ang. *Robinson-Patman Act*, 15 U.S.C. § 13) zakazuje w określonych wypadkach dyskryminacji cenowej. Sama jednak ustawa, jak i wypracowane na jej podstawie orzecznictwo, zawierają tyle wyjątków, że jest ona nazywana przez Irvinga Schera (chyba najwybitniejszego w Stanach Zjednoczonych specjalisty od tej ustawy i byłego przewodniczącego Komitetu ds. Prawa Konkurencji – *Antitrust Committee* – amerykańskiej adwokatury – *American Bar Association*) określaną mianem sera szwajcarskiego (informacja na podstawie notatek z wykładów prowadzonych przez I. Schera na Uniwersytecie Nowojorskim w 2012 r.). W sprawie *City of Mt. Pleasant v. Associated Electric Cooperative* (838 F.2d 268, 8th Cir. 1994), Federalny Sąd Apelacyjny dla Ósmego Dystryktu uznał, że nie może być mowy o dyskryminacji dystrybutorów przez przedsiębiorcę energetycznego (producenta energii), jeżeli korzystający z rzekomej dyskryminacji dystrybutor jest spółką-córką wspomnianego producenta energii. Paradoksalnym rezultatem zakończyła się w Federalnym Sądzie Apelacyjnym dla Pierwszego Dystryktu sprawa *Caribe BMW v. Bayerische Motoren Werke* (19 F.3d 745, 1st Cir. 1994). We wspomnianej sprawie niemiecka spółka BMW na terytorium Stanów Zjednoczonych prowadziła sprzedaż samochodów za pośrednictwem amerykańskiej spółki-córki, BMW North America. Spółka Caribe, dealer BMW w Portoryko, otrzymywała zaś samochody marki BMW od BMW America, a nie bezpośrednio od niemieckiej spółki-matki. Caribe zarzuciła niemieckiemu BMW dyskryminację wobec innych amerykańskich dealerów, w stosunku do których Caribe musiała płacić wyższą cenę. Co prawda Caribe nie otrzymywała, tak jak część amerykańskich dealerów, samochodów bezpośrednio od niemieckiego BMW, ale ponieważ niemieckie BMW było spółką-matką BMW North America, to Caribe podnosiło, że, na mocy koncepcji *single economic entity*, dyskryminacja zachodzi pomiędzy sprzedażą przez niemieckie BMW bezpośrednio do amerykańskich dealerów i sprzedażą niemieckiego BMW (poprzez BMW North America) do Caribe. Federalny Sąd Apelacyjny, ustami późniejszego sędziego amerykańskiego Sądu Najwyższego – sędziego Breyera, przyznał rację spółce Caribe, powołując się na wyrok w sprawie *Copperweld*. Tym samym okazało się paradoksalnie, że niemiecka centrala BMW dyskryminowała swoich amerykańskich dealerów pomimo, że samochody były przez nią sprzedawane do USA po takiej samej cenie.

⁸⁰ Zob. J. Flynn, H. First, D. Bush, *Free Enterprise And Economic Organization: Antitrust*, 7th Ed. draft, 2012, rozdział 4, s. 168.

single economic entity – strukturalne, ponieważ sąd utworzył pewną bezpieczną przystań (ang. *safe harbour*) dla porozumień pomiędzy podmiotami gospodarczymi pozostającymi w pewnej stałej strukturalnej relacji (spółka-córka i spółka-matka). Niejasnym pozostało jednak, jak podejść do bardziej skomplikowanych stanów faktycznych, gdzie dwa podmioty gospodarcze łączą o wiele subtelniejsze umowne oraz kapitałowe więzy⁸¹. Taki skomplikowany stan faktyczny zaistniał i dał w 2010 r. asumpt do znaczącej modyfikacji precedensu ze sprawy *Copperweld* w wyroku Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *American Needle*⁸² dotyczącej działalności Amerykańskiej Narodowej Ligi Futbolu (ang. *National Football League*, „NFL”). NFL jest stowarzyszeniem składającym się z 32 drużyn. Podczas gdy poszczególne drużyny są korporacjami⁸³, sama liga jest, zwolnionym z podatku dochodowego, stowarzyszeniem o charakterze non-profit⁸⁴. W latach sześćdziesiątych XX w. kluby w ramach ligi utworzyły kolejne stowarzyszenie (*National Football League Properties*, „NFLB”), na rzecz którego zrzekły się one uprawnienia do udzielania licencji na przysługujące klubom prawa własności intelektualnej (głównie znaki towarowe z logo danej drużyny futbolowej)⁸⁵. Do 2000 r. NFLB udzielała producentom sprzętu sportowego i innych pamiątek licencji niewyłącznych – każdy, za określoną opłatą licencyjną, mógł podjąć się produkcji pamiątek i sprzętu z logo danego klubu. Dochody z opłat licencyjnych były dzielone pomiędzy kluby równo albo na podstawie zmieniających się algorytmów. Jednak w 2000 r. NFL podpisała wyłączną umowę licencyjną z firmą Reebok, wskutek czego inny producent pamiątek sportowych i sprzętu sportowego, firma American Needle, straciła nagle podstawowe źródło swoich dochodów. American Needle pozwała NFLB, zarzucając tej drugiej antykonkurencyjne porozumienie polegające na bojkocie (ang. *horizontal boycott*). NFLB odparła zarzuty, twierdząc, że nie jest wcale porozumieniem klubów, ale jednym, odrębnym prawnie, organizmem gospodarczym, udzielającym samodzielnie

⁸¹ Szerzej o sprawach z zakresu koncepcji *single economic unit* w USA do 2010 r., zob. np. M.K. Kolasiński, *Zastosowanie prawa antymonopolowego do sportu w Stanach Zjednoczonych*, RPEiS, rok LXXII, zeszyt 1(2010), s. 39–40.

⁸² *American Needle v. National Football League*, 130 S.Ct. 2201, 9 (2010).

⁸³ W Stanach Zjednoczonych pojęcie „spółka” jest nieco mylące. Większość stanów odróżnia różnego rodzaju „spółki” (np. *Limited Liability Partnership, Limited Liability Company*) od „korporacji” (ang. *corporations*). Różnica dotyczy przede wszystkim ustrojowego formalizmu, któremu podlegają „*corporations*” w odróżnieniu od „*partnerships*” lub „*companies*”.

⁸⁴ A dokładniej tak zwaną „organizacją 501(c)” – nazwa pochodzi od odpowiedniego przepisu federalnego prawa podatkowego (ang. *Internal Revenue Code*).

⁸⁵ Zob. M.A. McCann, *American Needle v. NFL: An Opportunity To Reshape Sports Law*, 119 Yale L. J. 726 (2009-2010), s. 763–767.

licencji na należące do niej prawa własności intelektualnej, a w związku z tym decyzje biznesowe podjęte w ramach NFLB i NFL podlegają wyłączeniu spod ustawy Shermana na mocy wyroku w sprawie *Copperweld*. Problem z argumentacją NFL polegał na tym, że w przeciwieństwie do spółek *Copperweld* i *Regal*, NFL nie miała jednego właściciela – tych właścicieli było kilkudziesięciu. NFL bardziej przypominała skomplikowane *joint venture* aniżeli zwykłą grupę kapitałową. Stąd natura zagadnienia prawnego powstałego w sprawie *Copperweld* była inna niż w sprawie *American Needle*. W pierwszej sprawie ewentualna wzajemna samodzielność spółek wykluczałaby zastosowanie koncepcji *single economic unit* i wyłączałaby zastosowanie art. 1 ustawy Shermana, w drugiej sprawie ewentualna „niezależność” NFL od klubów przesądzałaby o czymś zgoła odrębnym – o tym, że NFL jest niezależnym od lig, jednym organizmem gospodarczym, a więc decyzje podejmowane przez NFL są czymś innym niż horyzontalnym porozumieniem między klubami. Innymi słowy, w sprawie *Copperweld* pozwani (chcący skorzystać z koncepcji *single economic unit*) musieli wykazać, że jeden z nich jest prawną „wydmuszką”; w sprawie *American Needle* pozwani, również powołujący się na koncepcję jednego organizmu gospodarczego, musieli z kolei udowodnić, że NFL jest czymś więcej niż taką właśnie „wydmuszką”. W sprawie *Copperweld* koncepcja jednego organizmu gospodarczego była przedmiotem analizy „inkluzywnej”, w sprawie *American Needle* chodziło o „ekskluzywne” zastosowanie tej koncepcji (tak, żeby „oderwać” ligę od klubów). Przechodząc do *meritum* zastosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego w sprawie *American Needle*, sędzia Stevens, autor uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego⁸⁶, zastosował test polegający na zbadaniu, czy rzekomy jeden organizm gospodarczy łączy jedynie „ekonomicznych aktorów podążających za odrębnymi interesami ekonomicznymi”⁸⁷. Tak długo, jak domniemany jeden organizm gospodarczy (liga) składa się z takich aktorów (klubów) i nie posiada niezależnego od klubów „własnego interesu ekonomicznego” (ang. *separate economic interest*), tak długo decyzje podjęte przez ten organizm nie są unilateralną praktyką, ale porozumieniem. Stevens stwierdził, że kluby sportowe konkurują ze sobą na wielu polach (między innymi popularność marki danego klubu przekłada się pośrednio na sumę przekazywaną przez NFL do danego klubu), a zatem NFL nie stanowi „jednego organizmu gospodarczego”. W kluczowym fragmencie wyroku Stevens podkreślił, że NFL jest mechanizmem powstałym dla realizacji interesu ekonomicznego wszystkich klubów – klubów nie da

⁸⁶ Co ciekawe, ten sam sędzia był autorem zdania odrębnego w sprawie *Copperweld*.

⁸⁷ J. Flynn, H. First, D. Bush, *Free Enterprise...*, rozdział 4, s. 161.

się porównać do „komponentów jednej firmy, których celem jest maksymalizacja zysków tej firmy”⁸⁸. Innymi słowy, kluby nie należałyby do NFL, gdyby musiały godzić się na rezygnację ze swoich potencjalnych zysków na rzecz większej całości – ligi, czyli innych klubów. Jednak w odróżnieniu od akcjonariuszy (ang. *corporate shareholders*), poszczególne kluby mają swój własny interes we własnych zyskach, a nie jedynie we wspólnych zyskach ligi⁸⁹. NFL nie ma więc swojego samodzielnego interesu ekonomicznego, który byłby niezależny od interesu ekonomicznego klubów.

4.2. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji UE

4.2.1. Aspekt materialny

W prawie europejskim nie sposób odnaleźć definicję przedsiębiorstwa – niektórzy twierdzą nawet, że jest to świadomy zamysł europejskich prawodawców⁹⁰. Powyższa okoliczność spowodowała, że koniecznym stało się sprecyzowanie tego pojęcia w orzecznictwie. Koncepcja *single economic unit* po raz pierwszy znalazła swoje zastosowanie w 1966 r. w sprawie *Consten i Grundig*⁹¹, wyłączając spod zastosowania europejskich reguł antymonopolowych, w innych okolicznościach antykonkurencyjne, porozumienie pomiędzy należącymi do jednej grupy kapitałowej producentem i dystrybutorami. Według Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej („TSUE”), art. 81 Traktatu Ustanawiającego Wspólnotę Europejską (dzisiejszy art. 101 TFUE) został pomyślany w ten sposób, żeby „pozostawiał nietknięte” (ang. *leaving untouched*) kwestie wewnętrznej organizacji przedsiębiorstwa (ang. *internal organisation of an undertaking*)⁹². W 1971 r., w sprawie *Béguelin Import*, Europejski Trybunał Sprawiedliwości („ETS”, dzisiejszy „TSUE”⁹³) uznał, że spółka-córka i spółka-matka stanowią jeden organizm gospodarczy, w sytuacji w której spółka-córka „nie cieszy się żadną ekonomiczną niezა-

⁸⁸ *Ibidem*, s. 163.

⁸⁹ *Ibidem*, s. 163.

⁹⁰ C. Townley, *The Concept of an „Undertaking”: The Boundaries of the Corporation – A Discussion of Agency, Employees and Subsidiaries* [w:] G. Amato, C.D. Ehlermann (red.), *EC Competition Law: A Critical Assessment*, Hart Publishing 2007.

⁹¹ Wyrok ETS z 13.07.1966 r. w połączonych sprawach C-56/64 do 58/64 *Établissements Consten i Grundig-Verkaufs* („*Consten i Grundig*”). Wyrok dostępny jest na stronie: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r.

⁹² *Ibidem*, s. 340.

⁹³ Do 30.11.2009 r. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej działał pod nazwą Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.

leżnością” (ang. *enjoys no economic independence*)⁹⁴. Trzy lata później ten sam sąd dodał jeszcze w sprawie *Centrafarm*, że tak samo należy traktować spółkę-córkę, kiedy ta „nie ma żadnej swobody, aby ustalić swój sposób postępowania na rynku” (ang. *no real freedom to determine its course of action in the market*)⁹⁵. W 1983 r. TSUE wskazał jednoznacznie w sprawie *Hydrotherm*, że pomiędzy przedsiębiorcami należącymi do jednego organizmu gospodarczego nie może istnieć stosunek konkurencji⁹⁶.

Ten sam sposób rozumowania został potwierdzony w 1996 r. w bodaj najczęściej cytowanej dla zilustrowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego sprawie *Viho*⁹⁷, w której tytułowa spółka zarzucała spółce Parker Pen udział w niedozwolonym porozumieniu dystrybucyjnym, polegającym na podziale terytoriów pomiędzy sobą i swoimi dystrybutorami, wskutek czego eksport piór, długopisów i innych produktów marki Parker był niemożliwy pomiędzy krajami wspólnoty⁹⁸. Problem polegał jednak na tym, że dystrybutorzy Parkera, poza odrębnością prawną, byli jednak w 100% własnością spółki-matki, czyli producenta produktów marki Parker. TSUE potwierdził swoje wcześniejsze wyroki i uznał, że zarówno Parker, jak i jego dystrybutorzy należą do jednego organizmu gospodarczego, w ramach którego dystrybutorzy nie dysponują „rzeczywistą autonomią w podejmowaniu decyzji na rynku”, a jedynie „wykonują instrukcje” (ang. *carry out instructions*) otrzymane od innego przedsiębiorcy. Powyższe nie oznacza oczywiście, że postępowanie spółki Parker Pen i jej dystrybutorów nie mogłoby być, po spełnieniu niezbędnych przesłanek, uznane za nadużycie pozycji dominującej (czyli działanie unilateralne)⁹⁹. Podobnie, jeżeli producent używa swoich, kapitałowo z nim powiązanych, dystrybutorów do narzucania antykonkurencyjnych porozumień nienależącym do jednego organizmu gospodarczego

⁹⁴ Wyrok ETS z 25.10.1971 r. w sprawie C-22/71 *Béguelin Import p. S.A.G.L. Import Export*, pkt 8. Wyrok dostępny jest na stronie: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r.

⁹⁵ Wyrok ETS z 31.11.1974 r. w sprawie C-15/74 *Centrafarm i Adriaan de Peijper p. Sterling Drug* („*Centrafarm*”), pkt 41. Wyrok dostępny jest na stronie: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r.

⁹⁶ Wyrok ETS z 12.07.1984 r. w sprawie C-170/83 *Hydrotherm Gerätebau p. Compact del Dott Mario Andreoli & C. Sas* („*Hydrotherm*”), pkt 11. Wyrok dostępny jest na stronie: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r.

⁹⁷ Wyrok ETS z 24.10.1996 r. w sprawie C-73/95 *Viho Europe p. Komisji* („*Viho*”), pkt 16. Wyrok dostępny jest na stronie: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r.

⁹⁸ Zob. np. V. Korah, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practise*, 9th Ed., Hart Publishing 2007, s. 46.

⁹⁹ R. Whish, D. Bailey, *Competition Law*, 7th Ed., Oxford University Press 2012, s. 93; zob. też: *Viho*, *op. cit.*, pkt 17.

(sub)dystrybutorom tych powiązanych kapitałowo dystrybutorów, to oczywiście taka praktyka może naruszać art. 101 TFUE¹⁰⁰.

Orzecznictwo TSUE nie uszło też uwadze Komisji Europejskiej, która w Wytycznych w sprawie stosowania art. 101 TFUE do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych¹⁰¹ przyznaje, że art. 101 TFUE stosuje się wyłącznie do porozumień „pomiędzy niezależnymi przedsiębiorstwami”, a nie do sytuacji, w których „jedno przedsiębiorstwo wywiera decydujący wpływ na inne przedsiębiorstwo”, tak że oba te przedsiębiorstwa „stanowią (...) jeden podmiot gospodarczy i w związku z tym są częścią tego samego przedsiębiorstwa”. Podobna sytuacja zachodzi według tych samych Wytycznych Komisji w sytuacji porozumień pomiędzy tzw. spółkami siostrzanymi.

Jak zauważają R. Whish i D. Bailey¹⁰², najbardziej oczywistym przykładem zastosowania koncepcji *single economic unit* do wyłączenia niektórych „porozumień” spod zastosowania art. 101 TFUE są porozumienia pomiędzy podmiotami powiązаныmi kapitałowo (czyli np. spółką-córką i spółką-matką). Same powiązania kapitałowe nie są jednak jedynymi czynnikami (ang. *only factors*), które powinny być wzięte pod uwagę¹⁰³. Koncepcja *single economic unit* nie ogranicza się jedynie do takich porozumień i dotyczy również innych sytuacji, w których przedsiębiorcy z różnych względów nie są samodzielni¹⁰⁴.

4.2.2. Aspekt formalny

Paradoksalnie, jak zauważa A. Jones¹⁰⁵, pomimo swoich początków związanych z wyłączeniem odpowiedzialności za antykonkurencyjne porozumienie (aspekt materialny), koncepcja jednego organizmu gospodarczego większą karierę zrobiła w innych „prawnych scenariuszach”, a w szczególności wykorzystana została do spraw związanych z przypisaniem odpowie-

¹⁰⁰ R. Whish, D. Bailey, *Competition Law...*, s. 93.

¹⁰¹ Wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych (Dz.Urz. UE 2011 Nr C 11/1).

¹⁰² R. Whish, D. Bailey, *Competition Law...*, s. 92.

¹⁰³ Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International 2010, s. 23.

¹⁰⁴ Brak samodzielności może też wynikać z powiązań czysto umownych, co jest charakterystyczne szczególnie dla niektórych typów umów (np. umowa agencyjna, umowa pracownicza, zob. rozdział V), lub nawet z więzów rodzinnych, zob. podrozdział VII.3.

¹⁰⁵ A. Jones, *The Boundaries of an Undertaking in EU Competition Law*, ECJ 2012, vol. 8(2), s. 309.

działności (ang. *attribution of liability*) spółce-matce za działania spółki-córki. Skoro bowiem między spółką-matką a spółką-córką istnieje jedność interesów, możliwość nałożenia kary na spółkę-matkę lepiej spełnia swoje funkcje represyjne oraz prewencyjne. Po pierwsze zdarzyć się może, że spółka-córka jest niewypłacalna, zatem kara (lub też odszkodowanie w razie odpowiedzialności prywatnoprawnej) można wyegzekwować jedynie od spółki-matki. Po drugie zaś sama wysokość kary, która nałożona może zostać na spółkę-matkę, jest zwykle wyższa ze względu na to, że, zgodnie z prawem europejskim, wysokość kary zależna jest od obrotu przedsiębiorcy¹⁰⁶, który przewyższa zwykle obrót samej tylko spółki-córki.

Precedensową sprawą, w której TSUE wprost dopuścił możliwość przypisania spółce-matce odpowiedzialności za działania spółki-córki, była sprawa *Imperial Chemical Industries („ICI”)* z 1972 r.¹⁰⁷. Komisja uznała w tej sprawie, że wzrost cen na wspólnotowym oligopolistycznym rynku barwników (ang. *dyestuffs*) został spowodowany przez niedozwolone porozumienie cenowe pomiędzy kilkoma europejskimi przedsiębiorcami. Według Komisji, członkiem porozumienia była również spółka Imperial Chemical Industries (ICI) z siedzibą w brytyjskim Manchesterze. Na rynku wspólnotowym spółka ta działała jednak poprzez spółki-córki, w których ICI posiadała całość albo większość udziałów¹⁰⁸. Pomimo że to spółki-córki ustalały ostatecznie ceny na rynku wspólnotowym, postępowanie dowodowe prowadzone przez Komisję wykazało, że spółka-matka z siedzibą w Manchesterze, za pomocą teleksu instruowała spółki-córki, żeby te stosowały się do obowiązujących cen¹⁰⁹. Komisja nałożyła więc karę na brytyjską spółkę-matkę, a którą to karę podtrzymał TSUE. W wyroku TSUE pojawiają się charakterystyczne dla koncepcji *single economic unit* frazy, takie jak: „brak ekonomicznej autonomii” spółki-córki (ang. *enjoying real autonomy*)¹¹⁰, brak „niezależnego ustalania swojego postępowania na rynku” (ang. *deciding independently upon its conduct on the market*) przez spółkę-córkę, wykonywanie, we wszystkich

¹⁰⁶ Zgodnie z art. 23 ust. 2 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z 16.12.2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz. Urz. WE 2003 Nr L 1/1, „Rozporządzenie 1/2003”), maksymalna grzywna za naruszenie reguł konkurencji UE nie może przewyższyć 10% całkowitego obrotu przedsiębiorcy uzyskanego w poprzedzającym roku obrotowym.

¹⁰⁷ Wyrok ETS z 14.07.1972 r. w sprawie C-48/69 *Imperial Chemical Industries p. Komisji („Imperial Chemical Industries”, „ICI”)*. Wyrok dostępny na: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r.

¹⁰⁸ *Ibidem*, pkt 136.

¹⁰⁹ *Ibidem*, pkt 130.

¹¹⁰ *Ibidem*, pkt 134.

materialnych kwestiach, instrukcji spółki-matki (*carrying out, in all material respects, the instructions given to it by the parent company*)¹¹¹ lub wywieranie decydującego wpływu przez spółkę-matkę (ang. *exercising decisive influence*) na politykę cenową spółki-córki¹¹². Możliwość przypisania odpowiedzialności spółce-matce za działania spółki-córki została potem jeszcze wielokrotnie potwierdzona w orzecznictwie TSUE¹¹³ i do dzisiaj jest zagadnieniem prawnym emocjonującym środowiska praktyków i akademików¹¹⁴.

Na koniec należy jeszcze zauważyć, że w europejskim prawie konkurencji nie ma jasności co do tego, jak pojęcia używane na potrzeby przepisów o kontroli koncentracji, takie jak „kontrola” czy „wywieranie decydującego wpływu”, mają się do koncepcji *single economic unit* w kontekście art. 101 TFUE. Autorzy podkreślają, że decyzje Komisji Europejskiej i dokumenty Komisji o charakterze abstrakcyjno-generalnym z zakresu kontroli koncentracji dostarczają najpewniej najlepszych wskazówek dotyczących analizy koncepcji jednego organizmu gospodarczego (ang. *provide perhaps best guidance*)¹¹⁵. Niektórzy przedstawiciele europejskiego piśmiennictwa uważają przykładowo, że koncepcja *single economic unit* ma również zastosowanie do określenia przedsiębiorców, których obrót powinien być wzięty pod uwagę na potrzeby liczenia tzw. progów obrotu¹¹⁶ w celu stwierdzenia jurysdykcji Komisji Europejskiej nad koncentracjami o tzw. wspólnotowym wymiarze (ang. *jurisdictional nexus*). Orzecznictwo „do tej pory nie wyjaśniło” (ang. *the case law has yet to explain*), czy pojęcie „kontroli” używane przez Rozporządzenie 139/2004, powinno być zastosowane (ang. *be applied*) w ramach przepisów o antykonkurencyjnych porozumieniach, czy też zna-

¹¹¹ *Ibidem*, pkt 133.

¹¹² *Ibidem*, pkt 137.

¹¹³ Przykładowe ostatnie wyroki sądów UE dotyczące powyższego zagadnienia to, podane w raporcie Dyrekcji Generalnej ds. Konkurencji Komisji Europejskiej, wyroki następujące: wyrok Sądu (do 30.11.2009 r. – Sądu Pierwszej Instancji, „SPI”) z 27.09.2012 r. w sprawie T-344/06 *Total p. Komisji*, pkt 97–109; wyrok Sądu z 27.09.2012 r. w sprawie T-347/06 *Nynäs Petroleum i Nynäs Belgium p. Komisji*, pkt 30–41; wyrok Sądu z 2.02.2012 r. w sprawie T-76/08 *El du Pont de Nemours i inni p. Komisji*, pkt 59 i 76; wyrok Sądu z 2.02.2012 r. w sprawie T-77/08 *Dow Chemicals p. Komisji* („Dow II”), pkt 74, 106–112, 151. Wyroki dostępne na: www.curia.europa.eu. Zob. *Report from the Commission on Competition Policy 2012*, European Union, Luksemburg 2013, s. 33–34.

¹¹⁴ Zob. rozdział VI.

¹¹⁵ J. Faull, A. Nikpay (red.), *The EC Law of Competition*, 2nd Ed., Oxford University Press 2007, s. 207.

¹¹⁶ Bellamy & Child (red. P. Roth, V. Rose), *European Community Law of Competition*, 6th Ed., Oxford University Press 2008, s. 103.

czenie kontroli i wywierania decydującego wpływu różni się w zależności od potrzeby tych dwóch zastosowań prawnych¹¹⁷.

4.2.3. Inne przykłady zastosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji UE

W prawie ochrony konkurencji UE pojawiają się jeszcze inne, poza dwoma wyżej wspomnianymi aspektami użycia koncepcji *single economic unit*, również powiązane z materialnym lub z formalnym etapem stosowania europejskiego prawa konkurencji; są to jednak aspekty raczej poboczne.

- Przede wszystkim koncepcja jednego organizmu gospodarczego może również posłużyć do obliczania udziałów rynkowych poszczególnych przedsiębiorców¹¹⁸, wpływając na stopień koncentracji rynkowej, co z kolei może być istotne między innymi dla merytorycznej oceny danego zachowania rynkowego, takiego jak koncentracja¹¹⁹ lub (ewentualne) nadużycie pozycji dominującej.
- W sprawie *Hydrotherm*¹²⁰ koncepcja jednego organizmu gospodarczego została wykorzystana do obliczenia liczby uczestników porozumienia, co z kolei umożliwiło objęcie porozumienia tzw. zwolnieniem grupowym, którego zastosowanie wymagało, żeby uczestnikami porozumienia było jedynie dwóch przedsiębiorców¹²¹.
- Koncepcja *single economic unit* może również dotyczyć, innych niż wymiarowanie kary, proceduralnych aspektów prawa konkurencji. Przykładowo, zgodnie z orzeczeniem w sprawie *Minoan Lines*¹²², Komisja może przeprowadzić inspekcję siedziby (prawnie odrębnego) przedsiębiorcy, nawet jeżeli o naruszenie reguł konkurencji UE oskarżony jest inny przedsiębiorca, jeżeli obaj ci przedsiębiorcy stanowią jedno „przedsiębiorstwo” i należą do jednego organizmu gospodarczego¹²³.

¹¹⁷ Van Bael & Bellis, *Competition Law...*, s. 24, zob też: R. Whish, D. Bailey, *Competition Law...*, s. 95. Relacji między przepisami o kontroli koncentracji (ocena *ex ante*) oraz koncepcją *single economic unit* w kontekście oceny *ex post* dotyczy rozdział III tej pracy.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ Chodzi o tzw. wskaźniki koncentracji rynku, przede wszystkim słynny indeks Herfindahla-Hirschmana (tzw. HHI). Zob. więcej: podrozdział III.3.2.3.

¹²⁰ *Hydrotherm*, *op. cit.*

¹²¹ A. Jones, *The Boundaries...*, s. 309, przypis 37.

¹²² Wyrok SPI z 11.12.2003 r. w sprawie T-66/99 *Minoan Lines p. Komisji*, wyrok dostępny jest na stronie: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r.

¹²³ R. Whish, D. Bailey, *Competition Law...*, s. 96.

4.3. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w polskim prawie ochrony konkurencji

4.3.1. Podstawa prawna obowiązywania koncepcji jednego organizmu gospodarczego w polskim prawie ochrony konkurencji

Choć, podobnie jak w prawie europejskim, koncepcja jednego organizmu gospodarczego nie wynika wprost z litery prawa, większość polskich autorów uznaje jej istnienie, przede wszystkim w aspekcie materialnym¹²⁴, czyli w zakresie, w jakim pozwala ona na wyłączenie porozumienia spod art. 6 uokk. Źródłem obowiązywania tej koncepcji są „ekonomiczno-prawne argumenty, mające swe oparcie w celach regulacji antymonopolowych”¹²⁵.

Na tle polskiej doktryny wyróżnia się jednak G. Materna, który uważa, że „koncepcji jednego organizmu gospodarczego”, która „rozwinęła się w prawie europejskim”, nie przewiduje uokk¹²⁶. Autor opiera swój pogląd na rzekomo literalnej wykładni art. 4 pkt 1 uokk, który definiuje przedsiębiorcę jako osobę fizyczną, osobę prawną i tzw. ułomną osobę prawną (lit. a), osobę fizyczną wykonującą wolny zawód (lit. b), osobę fizyczną

¹²⁴ E. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Komentarz..., Komentarz do art. 4 uokk*, pkt 14. Zob. też: K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Komentarz do uokk*, WoltersKluwer 2008, baza LEX, *Komentarz do art. 6 uokk*, pkt 5 (autorzy posługują się co prawda pojęciem „jednej jednostki gospodarczej”, ale używają tego pojęcia w kontekście wyłączenia porozumienia spod art. 6 uokk); C. Banasiński, E. Piątek (red.), *Uokk...*, Wydanie 1, LexisNexis, 2009, s. 186; A. Jurkowska (s. 375) oraz M. Będkowski-Kozioł (s. 275) [w:] T. Skoczny (red.), *Uokk. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2009; M. Bychowska, *Zakaz porozumień ograniczających konkurencję*, Głosa nr 5/2003, s. 10.

¹²⁵ K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Komentarz..., Komentarz do art. 6*, pkt 5. Stanowisko G. Materny zdaje się w jednym z niedawnych wyroków dzielić Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Sąd ten uznał mianowicie, że: „Zagadnieniem nierozdzielnie związanym z pojęciem przedsiębiorcy w prawie unijnym jest funkcjonowanie zasady, że dwa oddzielne z prawnego punktu widzenia podmioty mogą być na gruncie reguł konkurencji uznane za jednego przedsiębiorcę, jeśli występujące między nimi związki (typu spółka matka – spółka córka) uzasadniają traktowanie ich jako jednego organizmu gospodarczego (single economic unit). Definicja przedsiębiorcy w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów nie przewiduje takiej możliwości”. W tym samym wyroku sąd zdaje się uznawać istnienie koncepcji single economic unit na potrzeby odpowiedzialności za naruszenia prawa antymonopolowego: „Single economic unit ma na celu pociągnięcie do odpowiedzialności podmiot, który kształtuje politykę innego podmiotu, a który samodzielnie nie uczestniczy w niedozwolonym porozumieniu (spółka zależna i dominująca), albo łącznie z tym podmiotem uczestniczy w niedozwolonym porozumieniu (grupa kapitałowa) (więcej oprzypisaniu odpowiedzialności za naruszenie prawa antymonopolowego, zob. rozdział VII tej pracy).” Zob. wyrok SOKiK z 13.12.2013 r., XVII AmA 173/10.

¹²⁶ G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, pkt 4.2.3.

sprawującą „kontrolę”¹²⁷ nad innymi „przedsiębiorcami” w rozumieniu uokk (lit. c) i tzw. związek przedsiębiorców¹²⁸ (lit. d). Autor zauważa wprawdzie, że w orzecznictwie sądów polskich, na potrzeby wyłączenia porozumień spod zastosowania uokk, „istnieją przykłady traktowania formalnie odrębnych, ale powiązanych kapitałowo przedsiębiorców jak jednego podmiotu gospodarczego”. Niemniej jednak, zdaniem autora, cytowane przez niego orzecznictwo jest jedynie wyrazem „funkcjonalnej interpretacji przepisu ustanawiającego zakaz porozumień ograniczających konkurencję” i nie wynika z „interpretacji definicji przedsiębiorcy”¹²⁹.

Stanowisko G. Materny jest jednak błędne. Na początku należy zauważyć, że jest ono wątpliwe w świetle unijnego art. 3 ust. 2 Rozporządzenia 1/2003¹³⁰, zgodnie z którym Państwa Członkowskie, w tym Polska, mogą przyjmować i stosować bardziej restrykcyjne niż te obecne w prawie UE przepisy dotyczące antykonkurencyjnych porozumień¹³¹ – brak obowiązywania w Polsce koncepcji jednego organizmu gospodarczego doprowadziłby zaś do delegalizacji porozumień, które w świetle prawa UE byłyby jak najbardziej dopuszczalne (powyższa kwestia jest jednak sporna w doktrynie¹³²).

Koncepcja jednego organizmu gospodarczego została ukształtowana w wielu rozwiniętych systemach antymonopolowych, ponieważ panuje

¹²⁷ Więcej o „kontroli” w rozumieniu uokk, zob. rozdział III.

¹²⁸ Więcej o „związkach przedsiębiorców” w rozumieniu uokk, zob. rozdział VIII.

¹²⁹ Chwilę później autor sam jednak wydaje się sobie przeczyć, twierdząc, że praktyka orzecznicza uznaje, że „zakazowi takich porozumień podlegają tylko porozumienia między przedsiębiorcami niezależnymi”, tym samym przyznając jednocześnie, że orzecznictwo dokonało właśnie interpretacji definicji pojęcia przedsiębiorcy jako przedsiębiorcy „niezależnego”.

¹³⁰ *Op. cit.*

¹³¹ Art. 3 ust. 2 Rozporządzenia 1/2003 stanowi m in., że „zastosowanie krajowego prawa konkurencji nie może prowadzić do zakazania porozumień, decyzji związków przedsiębiorstw lub praktyk uzgodnionych, które mogą wpływać na handel między Państwami Członkowskimi, lecz nie ograniczają konkurencji w rozumieniu art. 81 ust. 1 Traktatu”.

¹³² M. Szydło twierdzi na przykład, że wspomniany wyżej przepis art. 3 ust. 2 Rozporządzenia 1/2003 zakazuje Państwom Członkowskim wprowadzania bardziej restrykcyjnych przepisów jedynie w zakresie dotyczącym porozumień pomiędzy „przedsiębiorstwami” w rozumieniu prawa UE. W związku z powyższym, porozumienia pomiędzy podmiotami niebędącymi „przedsiębiorstwami” w rozumieniu art. 101 TFUE mogą być prawnie zakazane na gruncie porządków prawnych Państw Członkowskich, nawet jeżeli nie naruszają konkurencji w rozumieniu art. 101 TFUE. Powyższy argument, choć literalnie sensowny, wydaje się jednak klócić z *ratio legis* art. 3 ust. 2 Rozporządzenia 1/2003. Zob. M. Szydło, *Leeway of Member States in Shaping the Notion of an „Undertaking” in Competition Law*, *World Comp.* 2010, vol. 33(4), s. 563–564.

konsensus, że ma ona logiczny i ekonomiczny sens¹³³. Zarówno w Stanach Zjednoczonych, jak i w UE koncepcja ta nie wynika wprost z litery prawa, co jednak nie przeszkodziło TSUE oraz Sądowi Najwyższemu Stanów Zjednoczonych na jej sformułowanie w swoich orzeczeniach. Przepisy o ochronie konkurencji w różnych jurysdykcjach mają to do siebie, że ich ekonomicznych niuansów nie da się kazuistycznie wpisać do ustawy, o czym świadczy zresztą fakt, że przeważająca większość spraw z zakresu prawa antymonopolowego dotyczy antykonkurencyjnych porozumień, które w polskiej ustawie normuje tylko jeden artykuł (art. 6 uokk), co z kolei wcale nie przeszkadza wypracowaniu przez praktykę i orzecznictwo rozbudowanych zasad uszczegóławiających brzmienie art. 6 uokk. Uchwalając uokk, ustawodawca słusznie pozostawił organom konkurencji i sądom szerokie pole manewru w kształtowaniu reguł antymonopolowych i „pozaustawowych” prawnych standardów – biorąc pod uwagę powyższy punkt widzenia, naturalnym i godnym pochwały wydaje się fakt, że w polskim orzecznictwie koncepcja jednego organizmu gospodarczego pojawia się w praktyce i orzecznictwie¹³⁴.

Co prawda w demokratycznym państwie od wykładni literalnej można odstąpić (np. na rzecz wykładni funkcjonalnej) tylko wówczas, gdy takie odstępianie da się „uzasadnić powołaniem się na (...) ważne racje prawne, społeczne, ekonomiczne lub moralne”¹³⁵ – lecz spójność ekonomicznej „bazy” polskiego prawa konkurencji ze światowymi i europejskimi standardami wydawałaby się właśnie wystarczającym powodem na odstępianie od literalnej wykładni, nawet jeżeli polskie prawo konkurencji nie podlega obowiązowi prounijnej wykładni¹³⁶.

Dla uznania istnienia w prawie polskim koncepcji *single economic unit* nie trzeba jednak odstępować od literalnej wykładni ustawy, ponieważ istnienie w prawie polskim tej koncepcji nie jest wcale, jak sugeruje G. Materna, sprzeczne z literalną wykładnią uokk. Sama koncepcja jednego organizmu gospodarczego nie wpływa na definicję przedsiębiorcy z art. 4 pkt 1 uokk,

¹³³ Zob. np. K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Komentarz..., Komentarz do art. 6 uokk*, pkt 5.

¹³⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego („SA”) w Warszawie z 13.02.2007 r., IV Aca 819/06, baza LEX.

¹³⁵ L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa, op. cit.*, s. 173. Więcej o statycznych (głównie językowej) i dynamicznych koncepcjach wykładni, zob. R. Sarkowicz, J. Stelmach, *Teoria prawa*, Wydanie II, Uniwersytet Jagielloński, Kraków 1998, s. 79–84.

¹³⁶ Zgodnie z wyrokiem SN z 9.08.2006 r. (III SK 6/06, baza LEX), nie można mówić o obowiązku dokonywania prowspólnotowej wykładni przepisów uokk, składających się na zakaz porozumień ograniczających konkurencję, ponieważ przepisy te nie implementują do prawa polskiego postanowień dyrektyw wspólnotowych. Zob. też (dla takich samych wniosków): wyrok SN z 3.09.2009 r., III SK 9/09, baza LEX.

ponieważ koncepcja jednego organizmu gospodarczego dotyczy innego zagadnienia prawnego niż definicja przedsiębiorcy z art. 4 pkt 1 uokk. Stosując podział W. Wilsa opisany wyżej w tej pracy¹³⁷, można powiedzieć, że pojęcie przedsiębiorcy z art. 4 pkt 1 dotyczy definicji działalności gospodarczej i statuuje po prostu podmioty („przedsiębiorców”), do których zastosowanie ma ustawa ze względu na prowadzoną przez nie działalność, jednak sam fakt bycia „przedsiębiorcą” z art. 4 pkt 1 uokk nie przesądza jeszcze o byciu „samodzielnym przedsiębiorcą”. Użyte w art. 4 pkt 1 pojęcie przedsiębiorcy nie ma znaczenia w kontekście zagadnienia granic przedsiębiorstwa. Tak jak porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami nie naruszają art. 6 uokk, jeżeli ich „celem lub skutkiem” nie jest naruszenie lub ograniczenie konkurencji, to „porozumienia” pomiędzy „przedsiębiorcami” (z art. 4 pkt 1 uokk) nie wchodzi w zakres zastosowania art. 6 uokk, jeżeli są to porozumienia zawarte w ramach jednego organizmu gospodarczego.

Stanowisko G. Materny jest tym bardziej zaskakujące, że w innych przypadkach autor nie waha się bynajmniej sięgać po funkcjonalną wykładnię polskiego prawa konkurencji i sam krytykowany jest za stosowanie wykładni sprzecznej z literalnym brzmieniem ustawy¹³⁸. W innych swoich pracach wydaje się on dopuszczać w praktyce (wprawdzie nie wprost) obowiązywanie w polskim prawie koncepcji *single economic unit* do umów agencyjnych. Autor twierdzi bowiem, że określone typy umów agencyjnych nie powinny w ogóle podlegać merytorycznej ocenie antykonkurencyjności, nawet jeżeli stronami porozumienia agencyjnego byłoby dwóch przedsiębiorców z art. 4 pkt 1 uokk¹³⁹.

Podsumowując, potrzeba istnienia w prawie polskim koncepcji jednego organizmu gospodarczego jest oczywista i wydaje się ona światowym stan-

¹³⁷ Zob. podrozdział I.1.

¹³⁸ Chodzi np. o stanowisko G. Materny w sprawie zastosowania do umów agencyjnych Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz.U. z 2011 r. Nr 81 poz. 441 ze zm., „Rozporządzenie wertykalne PL”) i interpretację spornego, na gruncie tego rozporządzenia, terminu „nabywcy”. Zob. więcej: rozdział V.

¹³⁹ „W polskim orzecznictwie antymonopolowym znaleźć można przykłady traktowania ścisłych powiązań kapitałowych pomiędzy przedsiębiorcami jako okoliczności wyłączającej zastosowanie zakazu z art. 6 uokk. Taki sposób rozumowania powinien być również uwzględniony w przypadku umów agencyjnych.” (G. Materna, *Zastosowanie zakazu porozumień ograniczających konkurencję do umów agencyjnych w świetle rozporządzenia Rady Ministrów z 30 marca 2011 r.*, iKAR 2013, 5(2), s. 16). Autor, co prawda, również na gruncie umów agencyjnych twierdzi, że w polskim prawie konkurencji nie obowiązuje koncepcja *single economic unit*, ale szczególnie na gruncie umów agencyjnych takie stwierdzenie Materny nie niesie za sobą żadnych konsekwencji praktycznych, zob. rozdział V.

dardem mającym ekonomiczny i logiczny sens. Zgoda na pogląd G. Materny doprowadziłaby do swoistej fetyszyzacji, zdefiniowanego w art. 4 pkt 1 uokk, pojęcia przedsiębiorcy i nadałaby temu pojęciu nadmierne, zapewne niezamierzone przez ustawodawcę, znaczenie. Uznanie, że w prawie polskim nie obowiązuje koncepcja *single economic unit* doprowadziłaby do nieintuicyjnych, a często karykaturalnych skutków prawnych¹⁴⁰. Kiedy zatem da się uniknąć wykładni podważającej sens, wewnętrzną logikę danej instytucji prawnej i zdrowy rozsądek¹⁴¹, należy to uczynić.

4.3.2. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w praktyce polskiego prawa ochrony konkurencji

Koncepcja jednego organizmu gospodarczego zdaje się być akceptowana w praktyce decyzyjnej Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów („UOKiK”). Co prawda jeszcze w 2004 r. delegatura UOKiK w Katowicach¹⁴² dopatrzyła się antykonkurencyjnego porozumienia, polegającego na ograniczaniu dostępu do rynku wywozu odpadów pomiędzy gminą a spółką komunalną należącą w 100% do gminy (problem ewentualnego zastosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego został przez UOKiK zupełnie pominięty). Jednak już w sztandarowej decyzji z 2007 r. dotyczącej domniemanego porozumienia pomiędzy Telekomunikacją Polską a PTK Centertel, zastosowanie koncepcji jednego organizmu gospodarczego, w aspekcie materialnym, pozwoliło wyżej wymienionym spółkom na uniknięcie odpowiedzialności. UOKiK wszczął postępowanie na wniosek Polskiej Telefonii Cyfrowej oraz Polkomtela, konkurentów PTK Centertel na rynku świadczenia usług telefonicznych w ruchomych publicznych sieciach telefonicznych¹⁴³, którzy zarzucali Telekomunikacji Polskiej oraz PTK Centertel zawarcie antykonkurencyjnego porozumienia, polegającego na „wspólnym występowaniu (...) do klientów biznesowych z ofertą handlową, która uzależnia przyznanie korzystniejszych (...) warunków współpracy od podpisania umów” z Telekomunikacją Polską oraz z PTK Centertel¹⁴⁴. Tele-

¹⁴⁰ Zob. np., w kontekście dyskusji na temat „wspólnych przedsiębiorców” podlegających w prawie polskim obowiązkowi notyfikacji, zob. rozdział IV.

¹⁴¹ Zob. *Prawo kontra zdrowy rozsądek* [w:] J. Zajadło (red.) *Fascynujące ścieżki filozofii prawa*, LexisNexis, Warszawa 2008, s. 283–309.

¹⁴² Decyzja Prezesa UOKiK z 30.01.2004 r., RKT-410-01/04/AW, decyzja dostępna na: www.uokik.gov.pl.

¹⁴³ Decyzja Prezesa UOKiK z 14.03.2007 r., DOK-34/07, decyzja dostępna na: www.uokik.gov.pl, s. 5. Od powyższej decyzji, żadna ze stron nie wniosła odwołania do sądu.

¹⁴⁴ *Ibidem*, s. 1. Zarzut UOKiK polegał więc na stosowaniu praktyki biznesowej, którą określa się mianem tzw. wiązania (ang. *tying*).

komunikacja Polska broniła się przed powyższymi zarzutami podnosząc, że „antykonkurencyjne porozumienie może zostać zawarte jedynie przez niezależnych przedsiębiorców” (cytując omawiane wcześniej orzecznictwo TSUE z zakresu koncepcji jednego organizmu gospodarczego, w tym wyrok w sprawie *Viho*¹⁴⁵). Skoro zaś PTK Centertel jest spółką zależną od Telekomunikacji Polskiej, nie można w ogóle mówić o jakimkolwiek porozumieniu. Prezes UOKiK, również powołując się na europejskie orzecznictwo¹⁴⁶, uznał, że „antykonkurencyjne porozumienie może zostać zawarte jedynie przez odrębne i autonomiczne podmioty”¹⁴⁷. Co ciekawe, Prezes UOKiK podzielił niezależność przedsiębiorców na „niezależność formalną” oraz „niezależność materialną”. Pierwsza „niezależność” występuje, według Prezesa UOKiK, gdy przedsiębiorcy „nie należą do tej samej grupy kapitałowej”, a druga – gdy dysponują oni „zakresem samodzielności w kształtowaniu swojej polityki rynkowej”, nawet jeżeli należą do tej samej grupy kapitałowej¹⁴⁸. Według Prezesa UOKiK, z porozumieniem (pomiędzy dwoma niezależnymi podmiotami) możemy mieć do czynienia, gdy „oddziałuje równocześnie na stosunki gospodarcze i konkurencję na zewnątrz grupy”¹⁴⁹. Ostatecznie Prezes UOKiK uznał jednak, że nie doszło do zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia ze względu na „brak swobody i niezależności (...) po stronie PTK Centertel”¹⁵⁰. Powyższy „brak swobody i niezależności” był spowodowany wpływem Telekomunikacji Polskiej na „najistotniejsze kluczowe decyzje”¹⁵¹ PTK Centertel i objawiał się między innymi „możliwością szczegółowego ustalania polityki handlowej”¹⁵² PTK Centertel przez Telekomunikację Polską oraz posiadaniem przez Telekomunikację Polską 100% udziałów PTK¹⁵³. Prezes UOKiK zauważył, że „wpływu TP nie należy jednak utożsamiać z całkowitym ubezwłasnowolnieniem PTK”¹⁵⁴.

¹⁴⁵ *Ibidem*, s. 7.

¹⁴⁶ *Ibidem*, s. 18. Prezes UOKiK powołał się na wyroki TSUE w sprawach *Viho*, *Centrafarm* oraz *Imperial Chemical Industries*.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ *Ibidem*. Dla krytyki powyższego podziału dokonanego przez Prezesa UOKiK, zob. rozdział VII.

¹⁴⁹ *Ibidem*, s. 19, cytując za wyrokiem SN z 19.01.2001 (CKN 1036/98, baza LEX) – wyrok ten zostanie poddany dokładniejszej analizie w podrozdziale II.4.3.4.

¹⁵⁰ *Ibidem*, s. 21.

¹⁵¹ *Ibidem*, s. 22.

¹⁵² *Ibidem*, s. 21. Prezes UOKiK zauważył w tym miejscu, że „oferty PTK nie tylko prezentowane są klientom przez pracowników TP, ale są one także przez nich przygotowywane”.

¹⁵³ *Ibidem*, s. 22.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

Obserwacje UOKiK z decyzji PTK/TP zostały powtórzone w decyzji dotyczącej domniemanego udziału spółki Ekocem w tzw. kartelu cementowym¹⁵⁵. Spółka Ekocem sp. z o.o. stanowiła w 100% własność spółki Górażdże Cement SA. Podczas gdy Prezes UOKiK nałożył na Górażdże SA karę za ustalanie cen i podział rynków sprzedaży cementu, kara nie została nałożona na Ekocem¹⁵⁶ ze względu na wyżej wskazane zależności kapitałowe oraz na „wpływ wywierany przez spółkę matkę na politykę handlową spółki córki”¹⁵⁷. Powyższa decyzja, w zakresie, w jakim Prezes UOKiK odwołał się w niej do koncepcji *single economic unit*, dotyczy formalnego aspektu tej koncepcji i zostanie poddana w dalszych częściach tej pracy¹⁵⁸.

Analizę koncepcji jednego organizmu gospodarczego można też znaleźć w decyzji Prezesa UOKiK z 2010 r. w sprawie *Ogrody Polskie*¹⁵⁹, w której zakwestionowane zostało porozumienie dystrybucyjne na rynku wyrobów ogrodniczych pomiędzy spółką Ogrody Polskie a jej dystrybutorami. Problematyczny charakter zakwestionowanego porozumienia polegał na tym, że pomiędzy Ogrodami Polskimi, a dystrybutorami istniały „pewne powiązania kapitałowe i osobowe” w związku z czym, jak zauważył UOKiK, należało zbadać, czy dystrybutorzy będący stronami postępowania „działali jako niezależni przedsiębiorcy”¹⁶⁰. Treść decyzji Prezesa UOKiK sugeruje, że Prezes uznał istnienie dwóch alternatywnych pojęć prawnych, umożliwiających przedsiębiorcom uniknięcie odpowiedzialności za rzekome porozumienie. Po pierwsze, UOKiK zbadał, czy przedsiębiorcy „tworzyli grupę kapitałową w rozumieniu art. 4 pkt 14 ustawy”. Na tak sformułowane pytanie UOKiK odpowiedział negatywnie, posiłkując się pojęciem kontroli – udziały w spółce Ogrody Polskie były „podzielone między poszczególnych dystrybutorów bądź osoby fizyczne będące wspólnikami dystrybutorów”, zatem żaden z dystrybutorów nie „kontrolował” Ogrodów Polskich¹⁶¹. Po drugie, UOKiK zbadał, czy związki pomiędzy przedsiębiorcami są „tego rodzaju, by móc uczestników postępowania w niniejszej sprawie traktować jako jeden

¹⁵⁵ Decyzja Prezesa UOKiK z 08.12.2009 r., DOK-7/09, decyzja dostępna na: www.uokik.gov.pl. Decyzja zmieniona wyrokiem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów („SOKiK”) z 13.12.2013, XVII Ama 174; 173; 176; 175; 178; 177/10 (obniżenie kary).

¹⁵⁶ *Ibidem*, pkt 582–623, s. 101–107.

¹⁵⁷ *Ibidem*, pkt 561, s. 97. Relacje pomiędzy Górażdże S.A. a Ekocem sp. z o.o. zostały w sposób szczegółowy opisane w pkt 44–52 omawianej decyzji.

¹⁵⁸ Zob. rozdział VII.

¹⁵⁹ Decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2010 r., DOK-11/2010 („*Ogrody Polskie*”), decyzja dostępna na: www.uokik.gov.pl. Odwołanie oddalone wyrokami SOKiK z 19.06.2013 r., XVII Ama 89/11 i XVII Ama 90/11.

¹⁶⁰ *Ibidem*, s. 58.

¹⁶¹ *Ibidem*.

podmiot gospodarczy (ang. *single economic unit*)¹⁶². O ewentualnej przynależności do jednego podmiotu gospodarczego zdecydowało, według Prezesa UOKiK, to, czy badani przedsiębiorcy zależni „nie mają rzeczywistej swobody określania swego postępowania na rynku”. Na tak sformułowane pytanie UOKiK odpowiedział znowuż negatywnie, wskazując na następujące okoliczności: autonomiczność decyzji podjętych przez spółkę Ogrody Polskie (brak zgody większości dystrybutorów, będących udziałowcami Ogrodów Polskich na nowy model dystrybucji) oraz fakt, że działalność dystrybutorów nie dotyczyła jedynie odsprzedaży produktów spółki Ogrody Polskie – jak zauważył UOKiK (powołując się na orzeczenia TSUE dotyczące umowy agencyjnej), dystrybutorzy posiadali również w swojej ofercie szeroką gamę wyrobów ogrodniczych wytwarzanych przez innych producentów¹⁶³.

4.3.3. Poglądy doktryny polskiego prawa ochrony konkurencji na temat koncepcji jednego organizmu gospodarczego

Pojęcie jednego organizmu gospodarczego duża część polskich autorów łączy (choć niekoniecznie utożsamia) ze zdefiniowanym w art. 4 pkt 14 uokk terminem grupy kapitałowej¹⁶⁴, który ustawa odnosi z kolei do postępowania z zakresu koncentracji i stanowi, że nie podlega zgłoszeniu zamiar koncentracji „przedsiębiorców należących do tej samej grupy kapitałowej”¹⁶⁵.

Większość autorów uważa, że „zakaz zawierania antykonkurencyjnych porozumień może mieć zastosowanie do spółek zależnych, które z woli właściciela zachowują znaczną autonomię decyzyjną”¹⁶⁶, choć część autorów

¹⁶² Krytyka powyższego stanowiska sugerującego możliwość wyłączenia odpowiedzialności za antykonkurencyjne porozumienia na podstawie dwóch alternatywnych „doktryn” prawnych („doktryny” (?) grupy kapitałowej i doktryny jednego organizmu gospodarczego) znajduje się w rozdziale III tej pracy.

¹⁶³ *Ibidem*, s. 60. W decyzji w sprawie *Ogrody Polskie*, Prezes UOKiK zdaje się nie rozróżniać „inkluzywnego” i „ekskluzywnego” kontekstu koncepcji *single economic unit*. Więcej o innych przypadkach mylenia tych dwóch kontekstów koncepcji *single economic unit* w stosowaniu reguł antymonopolowych, zob. podrozdział V.2.2.4.

¹⁶⁴ E. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Komentarz... , Komentarz do art. 4 uokk*, pkt 14; A. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Komentarz do art. 6 uokk*, pkt 2.4.2.1. Zob. też: K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Komentarz... , Komentarz do art. 4 uokk*, pkt 14; *Komentarz do art. 6 uokk*, pkt 5; M. Banasiński, E. Piątek (red.), *Uokk...*, s. 161 (według autorów, grupa kapitałowa jest traktowana „zasadniczo” jak jeden organizm gospodarczy, *ibidem*, s. 187); A. Jurkowska [w:] T. Skoczny (red.), *Uokk...*, s. 375.

¹⁶⁵ Art. 14 pkt 5 uokk. Relacje pomiędzy pojęciem „grupy kapitałowej” a pojęciem „jednego organizmu gospodarczego” zostaną poddane pogłębionej analizie w rozdziale III tej pracy.

¹⁶⁶ A. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.) *Komentarz... , Komentarz do art. 6 uokk*, pkt 2.4.2.1. Zob. też: K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Komentarz... , Komen-*

zauważa, że art. 6 uokk powinien być stosowany do porozumień „zawieranych przez spółki wchodzące w skład grupy kapitałowej tylko w wyjątkowych wypadkach¹⁶⁷”. Niektórzy autorzy¹⁶⁸ rozróżniają porozumienia zawarte pomiędzy dwiema spółkami zależnymi (tzw. spółkami siostrzanymi) oraz porozumienia zawarte pomiędzy spółką-matką a spółką-córką. W tej pierwszej sytuacji możliwe jest zawarcie antykonkurencyjnego porozumienia, jeśli spółka-matka nie uczestniczyła w podejmowanych działaniach, a nawet o nich nie wiedziała. Natomiast w tej drugiej sytuacji istnienie porozumienia jest „mało prawdopodobne”, choć „niewykluczone”¹⁶⁹. Zgodnie z poglądem wyrażonym przez M. Będkowskiego-Kozioła, autor zdaje się utożsamiać pojęcie niezależności przedsiębiorcy z należeniem bądź nie do grupy kapitałowej, opierając „test niezależności przedsiębiorców” na „ustawowej definicji kontroli”¹⁷⁰. Na podstawie powyższego poglądu, w pewnym momencie „swoboda” i „powiązania” w ramach grupy są na tyle luźne, że mogą doprowadzić do „zanegowania faktu istnienia grupy”¹⁷¹.

Wśród polskiej doktryny nie ma natomiast zgody co do tego, czy fakt zaklasyfikowania kilku odrębnych prawnie przedsiębiorców jako jednego organizmu gospodarczego na potrzeby wyłączenia odpowiedzialności na gruncie art. 6 uokk powoduje, że działania jednego z tych odrębnych podmiotów można rozpatrywać łącznie jako działania całego organizmu gospodarczego na potrzeby stosowania przepisów o nadużyciu pozycji dominującej (a tym samym niejako „pożyczenia” udziałów rynkowych na potrzebę stwierdzenia pozycji dominującej). Takie rozwiązanie wydawałoby się logicznym dopełnieniem materialnego aspektu koncepcji *single economic unit*, skoro „jeden organizm gospodarczy” jest traktowany jak samodzielny

tarz do art. 6 uokk, pkt. 5. Autorzy uważają, że reguły konkurencji mają zastosowanie do kooperacji pomiędzy przedsiębiorcą dominującym a przedsiębiorcami zależnymi, gdy przedsiębiorca dominujący „pozostawi (przedsiębiorcom zależnym) znaczny zakres swobody w kształtowaniu ich zachowań rynkowych (...), w szczególności w celu stymulowania rywalizacji ekonomicznej między nimi”. Podobnie uważa M. Bychowska w odniesieniu do porozumień pomiędzy tzw. spółkami siostrzanymi, czyli spółkami zależnymi od samej spółki dominującej, zob. *Zakaz porozumień...*, s. 9–10. Pogląd wyrażany przez wyżej cytowanych autorów zostanie poddany krytyce w rozdziale VII.

¹⁶⁷ A. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki, *Komentarz...*, *Komentarz do art. 6 uokk*, pkt 2.4.2.1. Podobnie uważa też: A. Brzezińska-Rawa: „z reguły nie mamy natomiast do czynienia z przedsiębiorstwami w wypadku ograniczeń konkurencji w ramach jednej grupy kapitałowej”, zob. A. Brzezińska-Rawa, *Wprowadzenie do prawa antymonopolowego*, Toruń 2009, s. 57.

¹⁶⁸ C. Banasiński, E. Piątek (red.), *Uokk...*, s. 187.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ M. Będkowski-Kozioł [w:] T. Skoczny (red.), *Uokk...*, s. 277.

¹⁷¹ *Ibidem*.

przedsiębiorca (w takim wypadku działanie każdego z prawnie odrębnych podmiotów wchodzących w skład jednego organizmu gospodarczego należałoby traktować po prostu jak działanie takiego organizmu). Inaczej, jak słusznie zauważa K. Kohutek, przedsiębiorcy mieliby możliwość obejścia przepisów o zakazie nadużywania pozycji dominującej poprzez podział swojego przedsiębiorstwa pomiędzy różne, prawnie odrębne, podmioty, w celu „zredukowania udziału rynkowego posiadanego przez każdego (powstałego w wyniku podziału) przedsiębiorcę”¹⁷² poniżej udziałów rynkowych wymaganych dla istnienia dominacji¹⁷³. Ze stanowiskiem tym nie zgadzają się autorzy komentarza pod redakcją A. Stawickiego ze względu na fakt, że art. 9 uokk „formuluje zakaz określonych zachowań wyłącznie w relacji do tych przedsiębiorców, którzy posiadają pozycję dominującą na rynku właściwym” i problematyczne jest, czy przepis ten może zostać „przeniesiony” na przedsiębiorców „nieposiadających kwalifikowanej pozycji rynkowej”¹⁷⁴. Autor postuluje w związku z powyższym nowelizację ustawy, wskazując jako przykład art. 15 uokk, stanowiący, że „dokonanie koncentracji przez przedsiębiorcę zależnego uważa się za jej dokonanie przez przedsiębiorcę dominującego” – w podobny sposób należałoby zatem zmienić art. 9 uokk.

Stanowisko A. Stawickiego nie wydaje się jednak uzasadnione, zważywszy na to, że autorzy wyżej cytowanego komentarza sami przyznają, iż na gruncie prawa europejskiego, jeżeli przedsiębiorcy funkcjonują jako *single economic unit*, ich zachowania mogą być rozpatrywane łącznie na potrzeby przepisów o nadużyciu pozycji dominującej. Skoro więc autorzy uznają, że koncepcja *single economic unit* ma zastosowanie na potrzeby przepisów o nadużyciach pozycji dominującej w prawie europejskim, ale nie w polskim, to nie jest do końca zrozumiałe, dlaczego ci sami autorzy uznają istnienie tej koncepcji w prawie polskim w zakresie przepisów o antykonkurencyjnych porozumieniach, także niejako wbrew „literalnemu” brzmieniu uokk¹⁷⁵.

¹⁷² K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Komentarz..., Komentarz do art. 6 uokk*, pkt. 5.

¹⁷³ Podobnie C. Banasiński i E. Piątek (red.), *Uokk...*, s. 240 („Z punktu widzenia przepisów ustawy nie ma znaczenia, czy działania sprzeczne z ustawą podejmuje przedsiębiorca dominujący samodzielnie, czy też za pośrednictwem swojej spółki córki”).

¹⁷⁴ A. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Komentarz..., Komentarz do art. 9 uokk*, pkt 3.2.2.

¹⁷⁵ Art. 4 uokk mówi o „porozumieniach” jako o „umowach i uzgodnieniach pomiędzy przedsiębiorcami”, a o „pozycji dominującej” jako o „pozycji przedsiębiorcy”. Zarówno w jednym, jak i w drugim przypadku można więc argumentować, że chodzi jedynie o prawnie odrębny przedsiębiorcę. Krytyka takiej, rzekomo literalnej, interpretacji ustawy znajduje się w podrozdziale II.4.3.1 w odniesieniu do stanowiska G. Materny.

Jeżeli chodzi o, związany z „przypisaniem” odpowiedzialności za naruszenie prawa konkurencji, formalny aspekt koncepcji jednego organizmu gospodarczego, wśród polskich autorów wyróżnia się B. Turno, który twierdzi, że brak wyraźnych głosów postulujących stosowanie w prawie polskim tej koncepcji [*koncepcji jednego organizmu gospodarczego*] do przypisywania spółce-matce odpowiedzialności za antykonkurencyjne zachowania jej spółek-córek. Autor uważa jednocześnie, że stosowanie tej koncepcji „należałoby postulować”¹⁷⁶. W doktrynie wspomina się ponadto o możliwości zastosowania koncepcji *single economic unit* do porozumień agencyjnych¹⁷⁷. Podobny pogląd można także spotkać w orzecznictwie¹⁷⁸.

4.3.4. Oddziaływanie porozumienia „na zewnątrz”

Część polskich autorów uznaje, za wyrokiem SN z 2001 r., że koncepcja *single economic unit* nie ma zastosowania do porozumień zawartych, co prawda w ramach grupy kapitałowej, ale oddziałujących „na zewnątrz”¹⁷⁹. Wydaje się jednak, że dyskusja o oddziaływaniu porozumienia „na zewnątrz” opiera się na pewnym nieporozumieniu i nie powinna się w ogóle znaleźć w rozważaniach dotyczących wyłączenia porozumień spod zastosowania reguł ochrony konkurencji na podstawie koncepcji jednego organizmu gospodarczego. Cytowany w doktrynie wyrok SN o „oddziaływaniu porozumienia na zewnątrz” nie dotyczył bowiem wcale stanu faktycznego, w którym przedmiotem sporu było domniemane antykonkurencyjne porozumienie, ale zarzutu nadużycia pozycji dominującej. Zarzucane nadużycie pozycji dominującej miało polegać m.in. na dyskryminacji niezależnego dealera ogumienia samochodowego przez producenta tego ogumienia w stosunku do dealera należącego do grupy kapitałowej producenta (chodziło głównie o upusty, których pozbawiony był niezależny dealer). Obrona producenta polegała na twierdzeniu, że umowy zawierane z dealerem należącym do grupy kapitałowej producenta „nie mogły podlegać ocenie w ramach ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym”, ponieważ były „przeja-

¹⁷⁶ B. Turno, *Leniency. Program łagodzenia kar pieniężnych w polskim prawie ochrony konkurencji*, WoltersKluwer 2013, baza LEX, pkt 3.3.

¹⁷⁷ A. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Komentarz...*, *Komentarz do art. 6 uokk*, pkt 2.4.2.2.

¹⁷⁸ Wyrok SA w Warszawie, IV Aca 819/06, *op. cit.*

¹⁷⁹ K. Kohutek, M. Sieradzka, *Komentarz...*, *Komentarz do art. 6 uokk*, pkt 5. Autor cytuje na poparcie omawianej tezy orzecznictwo SN (wyrok SN, I CKN 1036/98, *op. cit.*). Taką samą tezę również za wspomnianym wyrokiem SN wyrażają inni autorzy, zob. A. Jurkowska [w:] T. Skoczny (red.), *Uokk...*, s. 375; E. Modzelewska-Wąchal, *Uokk. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 68.

wem działania wewnętrznego w ramach struktury holdingowej”. Powyższa obrona była jednak nierелеwantna dla przedmiotu postępowania i słusznie została oddalona przez sąd. Samo „porozumienie” pomiędzy dealerem należącym do grupy kapitałowej producenta, a producentem nie stanowiło bowiem zarzucanej antykonkurencyjnej praktyki, a jedynie przejaw zarzucanego nadużycia pozycji dominującej. Fakt należenia producenta i dealera do jednej grupy kapitałowej w żaden sposób nie umożliwił zwolnienia z ewentualnej odpowiedzialności za zarzucaną praktykę, ponieważ zarzut dotyczył praktyki unilateralnej (nadużycia pozycji dominującej), czyli praktyki w wykonaniu jednego podmiotu gospodarczego (tj. producenta i dealera należącego do grupy kapitałowej producenta). Dlatego też SN mówiąc o oddziaływaniu porozumienia „na zewnątrz”, w inny sposób wyraził po prostu pogląd, że nadużycie pozycji dominującej polega na działaniach dominanta wobec „zewnętrznych” („niezależnych”) przedsiębiorców, np. poprzez dyskryminację dystrybutorów niezależnych w stosunku do dystrybutorów należących do grupy kapitałowej producenta (abstrahując od trafności zarzutu dyskryminacji¹⁸⁰). Pogląd taki wydaje się raczej oczywisty w świetle uregulowań dotyczących nadużycia pozycji dominującej.

Wydaje się zatem, że część doktryny powołując się na omawiane orzeczenie SN w zakresie interpretacji koncepcji *single economic unit* w odniesieniu do przepisów o antykonkurencyjnych porozumieniach, czyni to zbyt pochopnie, nie wnikając za bardzo w zawilności stanu faktycznego, na podstawie którego zapadło to orzeczenie.

W sprawach z zakresu antykonkurencyjnych porozumień, a nie nadużyć pozycji dominującej, dla ewentualnego wyłączenia porozumienia spod zastosowania reguł konkurencji, istotne jest zbadanie, czy porozumienie zawarte zostało pomiędzy samodzielnymi przedsiębiorcami, a nie zbadanie czy porozumienie oddziaływało „na zewnątrz”. Można nawet pokusić się o tezę, że jeżeli sporne porozumienie nie oddziałuje na zewnątrz, nie ma ono znaczenia dla konkurencji, a tym samym nie powinno być przedmiotem zainteresowania prawa antymonopolowego – każde więc porozumienie

¹⁸⁰ Samo jednak nadużycie pozycji dominującej polegające na dyskryminacji może polegać (i najczęściej polega) na nierównym traktowaniu przez przedsiębiorcę dominującego przedsiębiorców (najczęściej działających na niższym szczeblu obrotu) należących i nie-należących do grupy kapitałowej tego przedsiębiorcy. Dyskryminacja często jest bowiem tzw. praktyką wykluczającą i ma na celu przeniesienie siły rynkowej przedsiębiorcy dominującego z jednego szczebla rynku na drugi. Zob. np. *Księga dyskusyjna Komisji Europejskiej dotycząca zastosowania art. 82 Traktatu do nadużyć wykluczających (DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses)*, pkt 53, 140, Bruksela grudzień 2005, dokument dostępny na: http://ec.europa.eu/competition/index_en.html, dostęp: 25.08.2015 r.

badane pod kątem koncepcji *single economic unit* oddziałuje „na zewnątrz”, a niektóre z takich antykonkurencyjnych oddziałujących „na zewnątrz” porozumień mogą ulec zwolnieniu z odpowiedzialności na gruncie koncepcji *single economic unit*.

5. Wnioski

5.1. Uzasadnienie koncepcji jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji

W podrozdziale II.2 autor starał się wykazać, że koncepcja jednego organizmu gospodarczego jest głęboko związana z ekonomicznymi pryncypiami prawa antymonopolowego, a pogląd danej osoby (ekonomisty, sędziego, urzędnika, naukowca) na owe pryncypia może wpływać na zakres zastosowania tej koncepcji i samo uznanie potrzeby jej istnienia.

Im mniej dana osoba jest przekonana do potrzeby zapobiegania przez prawo ochrony konkurencji porozumieniom przedsiębiorców o niskich udziałach rynkowych, tym mniej taka osoba powinna być co do zasady przekonana do potrzeby istnienia w systemie prawa antymonopolowego koncepcji *single economic unit* (ponieważ funkcja tej koncepcji – polegająca na zwolnieniu z odpowiedzialności porozumień zawartych „w ramach” jednego organizmu gospodarczego – nie jest potrzebna w systemie, w którym zachowania multilateralne byłyby poddane takiej samej ocenie, co zachowania unilateralne). Z drugiej strony taka sama osoba, będąca przeciwnikiem zapobiegania przez prawo antymonopolowe porozumieniom przedsiębiorców o niskich udziałach rynkowych jest najczęściej zwolennikiem neoklasycznego poglądu o przeregulowaniu gospodarki regułami konkurencji, a więc może być zwolennikiem koncepcji jednego organizmu gospodarczego niejako na zasadzie „mniejszego zła”. Koncepcja ta pozwala bowiem uniknąć w niektórych sytuacjach interwencji reguł konkurencji.

Z kolei im bardziej ktoś widzi potrzebę karania przedsiębiorców uczestniczących w określonych typach porozumień (najczęściej porozumieniach cenowych) ze względu na pewną „inherentną” podejrzliwość praktyk multilateralnych w odróżnieniu od praktyk unilateralnych¹⁸¹, tym bardziej dla takiej osoby istotna jest rola koncepcji *single economic unit* jako swoistego „moralnego” zabezpieczenia dla swobody autonomicznej działalności gospodarczej.

¹⁸¹ Zob. podrozdział II.2.2.1.

Na koniec perspektywa osoby widzącej potrzebę karania „antykonkurencyjnych” porozumień przedsiębiorców o niskich udziałach rynkowych ze względu na wspomniane wcześniej swoiste domniemanie siły rynkowej¹⁸² (wynikające głównie z roli, jaką odgrywa we współczesnej ekonomii marka i informacja) może być dwojaka. Z jednej strony osoba taka może być bardziej wstrzeźliwa wobec zakazywania „unilateralnych” praktyk przedsiębiorców – unilateralne zachowania przedsiębiorców co do zasady, w przeciwieństwie do „porozumień”, nie mówią nic o domniemaniu ewentualnej siły rynkowej. Widząc zaś różnicę między unilateralnymi praktykami a porozumieniami, osoba ta powinna widzieć też sens i potrzebę zastosowania materialnego aspektu koncepcji jednego organizmu gospodarczego. Z drugiej strony osoba widząca w bezwzględny zakazie pewnych typów porozumień (przede wszystkim porozumień cenowych) swoiste ekonomiczne domniemanie siły rynkowej, zwykle ma poczucie „niedoregulowania” rynków przez reguły ochrony konkurencji. A zatem osoba taka może też być sceptyczna wobec koncepcji jednego organizmu gospodarczego ze względu na to, że koncepcja ta pozwala przecież w pewnych przypadkach uniknąć zastosowania prawa antymonopolowego.

5.2. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w świetle nauk ekonomicznych

W podrozdziale II.3 autor starał się wykazać, że nauki ekonomiczne, a w szczególności teoria firmy, pozwalają na sformułowanie kryteriów wyodrębnienia tzw. „granic przedsiębiorstwa” na potrzeby zastosowania w prawie ochrony konkurencji koncepcji jednego organizmu gospodarczego.

Posiadanie „jednego” (samodzielnego) interesu ekonomicznego, rozumiane jako gotowość ponoszenia strat przez część zintegrowanych „zasobów” w imię maksymalizacji zysków całości tych zasobów, wydaje się być najbardziej reprezentatywną cechą „firmy” (a w konsekwencji najbardziej reprezentatywną cechą „jednego organizmu gospodarczego”). Czynnikiem świadczącym o istnieniu jednego interesu ekonomicznego dla danej firmy są: niebagatelny poziom integracji ekonomicznej zasobów „w ramach” firmy oraz brak kontroli (innymi słowy, czynnikami niweczącymi jeden interes ekonomiczny są: bagatelny poziom integracji ekonomicznej zasobów oraz kontrola).

Kryteria wyodrębnienia firmy przyjęte na gruncie nauk ekonomicznych wydają się odpowiadać pojęciom obecnym w systemach prawa antymo-

¹⁸² Zob. podrozdział II.2.2.2.

nopolowego. Przykładowo, kryterium niebagatelnej integracji ekonomicznej zasobów „w ramach” firmy wydaje się odpowiadać kryterium pełnego zakresu funkcji występującym w prawie ochrony konkurencji UE dla oceny działalności tzw. wspólnych przedsiębiorców¹⁸³.

5.3. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w różnych porządkach prawa ochrony konkurencji

W podrozdziale II.4 zostały opisane podstawowe założenia prawne dotyczące koncepcji jednego organizmu gospodarczego w prawie Stanów Zjednoczonych, prawie UE oraz prawie polskim. Analiza tych założeń pokazała, że koncepcja jednego organizmu gospodarczego rozumiana jest w powyższych porządkach podobnie, choć – co oczywiste – historia jej kształtowania przebiegała różnie.

Część rozwiązań, które przyjęły się w prawie Stanów Zjednoczonych oraz w prawie UE powinna zostać wykorzystana w prawie polskim. Na pewno, tam gdzie jest to możliwe w ramach dopuszczalnych reguł wykładni, prawo polskie nie powinno być interpretowane w sposób sprzeczny z zastosowaniem koncepcji jednego organizmu gospodarczego przyjętym, co do zasady jednomyślnie, w innych porządkach prawnych (w szczególności zaś w porządku prawnym UE ze względu na specyficzną relację pomiędzy prawem polskim a prawem UE). W związku z powyższym, niezrozumiałe są po stronie niektórych polskich autorów próby różnicowania prawa polskiego i prawa UE w zakresie zastosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego (taka próba, w swojej radykalnej postaci, prowadzi do stwierdzenia, że koncepcja jednego organizmu gospodarczego nie jest w ogóle „przewidziana” przez uokk). Powyższe próby wynikają z rzekomo literalnej, ale błędnej, interpretacji, zawartej w uokk, definicji „przedsiębiorcy”. Podobnie niezrozumiałe są poglądy wyrażane np. przez polski SN w zakresie wymogu tzw. „odziaływania porozumienia na zewnątrz”.

¹⁸³ Zob. więcej: rozdział IV tej pracy.

Rozdział III

Koncepcja jednego organizmu gospodarczego na gruncie przepisów o kontroli koncentracji

1. Uwagi ogólne

W niniejszym rozdziale zostaną przedstawione główne oraz najbardziej problematyczne zagadnienia związane z wyodrębnieniem tzw. „granic przedsiębiorstwa” i zastosowaniem koncepcji jednego organizmu gospodarczego na potrzeby antymonopolowej kontroli koncentracji.

Antymonopolowa ocena działalności przedsiębiorców, dokonywana podczas stosowania przepisów o kontroli koncentracji, ma charakter *ex ante*, w przeciwieństwie do oceny *ex post* (przejawem tej drugiej „oceny” jest zastosowanie antymonopolowych przepisów o nadużywaniu pozycji dominującej oraz o antykonkurencyjnych porozumieniach).

Przyjęta w niniejszym rozdziale hipoteza badawcza zakłada, że, ze względu na naturę oceny *ex ante*, koncepcja jednego organizmu gospodarczego powinna być na potrzeby dokonywania tej oceny rozumiana w sposób bardziej „strukturalny” i „ilościowy” (w przeciwieństwie do rozumienia „behawioralnego” i „jakościowego”), niż ma to miejsce podczas oceny *ex post*.

Celem niniejszego rozdziału jest zbadanie, czy bardziej „strukturalne” podejście do zastosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego podczas oceny *ex ante* jest uzasadnione specyfiką tej oceny oraz na czym ewentualnie takie bardziej „strukturalne” podejście miałyby polegać (w opozycji do podejścia „behawioralnego”).

Na początku niniejszego rozdziału przeanalizowane zostaną uregulowania prawa polskiego (podrozdział III.2) oraz prawa UE (podrozdział III.3) dotyczące wyodrębnienia „granic przedsiębiorstwa” podczas antymonopolowej oceny *ex ante*. Na końcu niniejszego rozdziału (podrozdział III.4) zostanie

przedstawiona różnica pomiędzy analizą zagadnienia „granic przedsiębiorstwa” na etapie antymonopolowej oceny *ex ante* i antymonopolowej oceny *ex post*.

2. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego na gruncie przepisów o kontroli koncentracji UE

Unijne Rozporządzenie 139/2004 główny nacisk kładzie na pojęcia „samodzielności” i „kontroli”. Jeżeli chodzi o samodzielność, kontrola koncentracji dokonywana przez Komisję Europejską dotyczy „rozporządzeń (...) przedsiębiorstw pełniących (...) funkcje samodzielnych podmiotów gospodarczych”¹. Artykuł 3 ust. 1 lit. a Rozporządzenia 139/2004 mówi o łączeniu się „samodzielnych przedsiębiorców”, art. 3 ust. 1 lit. b o „przejęciu (...) bezpośredniej lub pośredniej kontroli nad całym lub częścią jednego lub więcej innych przedsiębiorstw”, a art. 3 ust. 4 o utworzeniu *joint venture*, będącego „samodzielnym podmiotem gospodarczym”. Pojęcie kontroli jest zaś spoiwem dla dwóch pierwszych z wyżej wymienionych postaci koncentracji (łączenia się przedsiębiorstw oraz przejęcia całości lub części przedsiębiorstwa), które, zgodnie z art. 3 ust. 1 Rozporządzenia 139/2004, określane są jako rodzaj „trwałej zmiany kontroli”.

2.1. Trwała zmiana kontroli

2.1.1. Uwagi ogólne

Rozporządzenie 139/2004 za koncentracje pomiędzy samodzielnymi przedsiębiorcami uznaje takie transakcje, które polegają na „trwałej zmianie kontroli” (wyjątek stanowi utworzenie wspólnego przedsiębiorcy)². Zgodnie z art. 3 ust. 2 Rozporządzenia 139/2004, „podstawę kontroli stanowią prawa, umowy lub jakiegokolwiek inne środki, które oddzielnie bądź wspólnie, i uwzględniając okoliczności faktyczne lub prawne, dają możliwość wywierania decydującego wpływu na przedsiębiorstwo”. Rozporządzenie 139/2004 wymienia przykłady „wywierania decydującego wpływu”, takie jak:

¹ Preambuła Rozporządzenia 139/2004, pkt 20. Ponadto pkt 27 Preambuły stanowi, że kryteria z art. 81 ust. 1 i 3 TFUE powinny mieć zastosowanie do przedsiębiorstw, będących „samodzielnymi podmiotami gospodarczymi”, powstałymi wskutek koncentracji, w stopniu, w którym koncentracja może ograniczyć konkurencję „pomiędzy przedsiębiorstwami, które pozostają samodzielne”.

² Zob. rozdział IV.

- własność lub prawo użytkowania całego lub części aktywów przedsiębiorstwa (art. 3 ust. 2 lit. a);
- prawa lub umowy przyznające decydujący wpływ na skład, głosowanie lub decyzje organów przedsiębiorstwa (art. 3 ust. 2 lit. b).

Skonsolidowane obwieszczenie jurysdykcyjne rozróżnia też dwa typy kontroli: kontrolę wyłączną³ i kontrolę wspólną⁴.

2.1.2. Wyłączna kontrola

Wyłączna kontrola polega na tym, że „jedno przedsiębiorstwo może samodzielnie wywierać decydujący wpływ na inne przedsiębiorstwo”⁵. Skonsolidowane obwieszczenie jurysdykcyjne rozróżnia dwie odmiany wyłącznej kontroli: wyłączną kontrolę pozytywną oraz wyłączną kontrolę negatywną.

W przypadku wyłącznej kontroli pozytywnej kontrola oznacza najczęściej posiadanie większości udziałów lub akcji, dających danemu podmiotowi większość głosów na walnym zgromadzeniu udziałowców bądź akcjonariuszy drugiego podmiotu (spółki). Komisji Europejskiej zdarza się jednak regularnie uznawać, że do kontroli dochodzi przy nabyciu udziałów/akcji w wysokości mniejszej niż 50%. Komisja w takich sytuacjach „weźmie pod uwagę (...) frekwencję innych udziałowców lub akcjonariuszy, szacowaną na podstawie danych z minionych lat” oraz „przeprowadzi analizę prognozy, uwzględniając przewidywalne zmiany frekwencji udziałowców lub akcjonariuszy” na podstawie „przebiegu głosowań w przeszłości”⁶. Przykładowo, w sprawie *Nissan/Renault* Komisja uznała, że nabycie przez spółkę Renault udziału 36,8% w spółce Nissan Motors jest równe nabyciu wyłącznej „faktycznej” kontroli⁷. W sprawie *RTL/M6* Komisja stwierdziła z kolei, że spółka Bertelsmann (spółka-matka spółki RTL) nabyła wyłączną kontrolę w spółce M6, mimo że udziały będące w posiadaniu spółki RTL (spółki-córki Bertelsmann) wynosiły 34%⁸. W obu powyższych sprawach pozostały akcjonariat w spółkach Nissan Motors i M6 był mocno rozdrobniony.

³ Skonsolidowane Rozporządzenie Komisji nr 802/2004 z 7.04.2004 r. w sprawie wykonania Rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.Urz.UE 2004 Nr L 133/1, „Rozporządzenie 802/2004”), s. 16–17, pkt 54–61.

⁴ *Ibidem*, s. 17–21, pkt 62–80.

⁵ *Ibidem*, s. 16, pkt 54.

⁶ *Ibidem*, s. 17, pkt 59.

⁷ Decyzja Komisji Europejskiej z 12.05.1999 r. w sprawie IV/M.1519 *Renault/Nissan*, pkt 6,14, decyzja dostępna na: <http://ec.europa.eu/competition/>, dostęp: 25.08.2015 r.

⁸ Decyzja Komisji Europejskiej z 12.03.2004 r. w sprawie COMP/M.3330 *RTL/M6*, pkt 6, 9, 10,12, decyzja dostępna na: <http://ec.europa.eu/competition/>, dostęp: 25.08.2015 r.

Czasami wyłączna kontrola pozytywna może wynikać z relacji czysto umownych, na podstawie których jeden podmiot nie nabywa wcale udziałów lub akcji w drugim podmiocie (spółce), ale posiada umowne prawo do decydowania o strategicznych decyzjach podmiotu.

Wyłączna kontrola negatywna najczęściej wiąże się z przypadkami, w których jedno przedsiębiorstwo „jest w stanie zawetować decyzje strategiczne w przedsiębiorstwie, nie posiada ono jednak prawa do samodzielnego podejmowania takich decyzji”⁹.

2.1.3. Wspólna kontrola

Wspólna kontrola charakteryzuje się tym, że „dwa lub większa liczba przedsiębiorstw” ma możliwość „wywierania decydującego wpływu na inne przedsiębiorstwo”. Najbardziej klarowny przypadek wspólnej kontroli polega na tym, że dwie spółki „kontrolujące” będą miały po 50% głosów w kontrolowanym przedsiębiorstwie¹⁰.

Wspólna kontrola może też być rozumiana w sposób negatywy i oznaczać możliwość „zablokowania działań, które wyznaczają strategiczne zachowania handlowe” kontrolowanego przedsiębiorstwa. Chodzi np. o sytuacje, kiedy mniejszościowy akcjonariusz musi wyrazić zgodę (innymi słowy przysługuje mu prawo weta) na podjęcie „strategicznych decyzji dotyczących działalności wspólnego przedsiębiorstwa”¹¹. Za takie strategiczne decyzje będą uważane m.in.: ustalanie „business planu”, budżetu lub powołanie osób zarządzających wspólnie kontrolowanym przedsiębiorstwem¹².

Wspólna kontrola charakteryzuje się więc możliwością „wystąpienia impasu”¹³. Wspólnie kontrolujący, aby być w stanie określać strategię handlową wspólnego przedsiębiorstwa, „muszą ze sobą współpracować”¹⁴. Należy jednak zaznaczyć, że odwołanie się przez Skonsolidowane obwieszczenie jurysdykcyjne do idei „impasu” jest nieco mylące, gdyż do impasu może również dojść w wypadku „wyłącznej kontroli negatywnej”. Jednak w odróżnieniu od „wyłącznej kontroli negatywnej”, gdzie „nie ma innych udziałowców lub

⁹ *Ibidem*, s. 16, pkt 54.

¹⁰ *Ibidem*, s. 18, pkt 64.

¹¹ *Ibidem*, s. 18, pkt 66.

¹² Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International 2010, s. 647.

¹³ Skonsolidowane obwieszczenie jurysdykcyjne, *op. cit.*, s. 17, pkt 62.

¹⁴ *Ibidem*, s. 17, pkt 62; zob. też: wyrok SPI z 23.02.2006 r. w sprawie T-282/02 *Cementbouw p. Komisji* („*Cementbouw*”), pkt 42–43. Wyrok dostępny na: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r.

akcjonariuszy dysponujących takim samym wpływem”¹⁵ jak przedsiębiorstwo sprawujące wyłączną kontrolę negatywną, w wypadku wspólnej kontroli, przejawiającej się prawami weta, takie prawa przysługują więcej niż jednemu przedsiębiorstwu (stąd właśnie „wspólność” kontroli negatywnej).

2.2. Dwie formy koncentracji: „połączenie”, „przejęcie” i „wspólne przedsiębiorstwo”

2.2.1. Uwagi ogólne

Rozporządzenie 139/2004 przewiduje dwie główne formy koncentracji¹⁶. Pierwsza i druga sytuacja wiążą się z pojęciem „trwałej zmiany kontroli” – formy te zostaną omówione poniżej.

Po pierwsze, trwała zmiana kontroli może wystąpić, gdy dochodzi do połączenia dwóch lub więcej „wcześniej samodzielnych przedsiębiorstw” (art. 3 ust. 1 lit. a Rozporządzenia 139/2004). Co do zasady oznacza to połączenie się dwóch lub więcej „samodzielnych” przedsiębiorców w jednego samodzielnego przedsiębiorcę w taki sposób, że łączący się przedsiębiorcy przestaną istnieć jako odrębne byty prawne¹⁷. Wyjątkowo pierwsza sytuacja polegać też może na utworzeniu przez dwa lub więcej niezależne (ang. *independent*) przedsiębiorstwa nowego przedsiębiorstwa, któremu przekazane zostaną uprawnienia tych przedsiębiorstw¹⁸. W takim wypadku do połącze-

¹⁵ Skonsolidowane obwieszczenie jurysdykcyjne, s. 16, pkt 54.

¹⁶ Chociaż podział zastosowany przez Rozporządzenie 139/2004 nie do końca odpowiada podziałowi stosowanemu w praktyce. Przykładowo, A. Jones i B. Sufrin mówią o „trzech formach” koncentracji, wyodrębniając koncentrację polegającą na „utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy” (A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law, Text, Cases and Materials*, 4th Ed., Oxford University Press 2011, s. 867). Taką samą metodologię przyjmują I. Van Bael i J.F. Bellis (Van Bael & Bellis, *Competition Law...*, s. 644). R. Whish i D. Bailey z kolei (R. Whish, D. Bailey, *Competition Law*, 7th Ed., Oxford University Press 2012, s. 834–838) dzielą koncentracje na cztery rodzaje: połączenia (ang. *mergers*), przejęcie kontroli (ang. *acquisitions of control*), zmiany w jakości kontroli (ang. *changes in the quality of control*) i utworzenie wspólnego przedsiębiorcy – podział ten odpowiada też typologii przyjętej przez Skonsolidowane obwieszczenie jurysdykcyjne. Wydaje się jednak, że podział zastosowany przez A. Jones i B. Sufrin bardziej odpowiada treści Rozporządzenia 139/2004, które nie wyodrębnia osobnej kategorii „zmian w jakości kontroli”, traktując te zmiany jako rodzaj „przejęcia kontroli”.

¹⁷ J. Faull, A. Nikpay (red.), *The EC Law of Competition*, 2nd Ed., Oxford University Press 2007, s. 431.

¹⁸ *Ibidem*. Zob też: Van Bael & Bellis, *Competition Law...*, s. 645–646. Zob. też np.: decyzja Komisji Europejskiej z 11.10.2000 r. w sprawie COMP/M.1845 AOL/Time Warner; decyzja Komisji Europejskiej z 21.11.1990 r. w sprawie M.18 Ag/Amev, pkt 1–2. Decyzje dostępne na: <http://ec.europa.eu/competition/>, dostęp: 25.08.2015 r.

nia dwóch przedsiębiorstw może dojść poprzez zawarcie umowy, w wyniku której, co prawda, dwa lub więcej przedsiębiorstwa zachowają odrębne byty prawne, ale umowa doprowadzi „*de facto* do powstania jednego organizmu gospodarczego”¹⁹. Skonsolidowane obwieszczenie jurysdykcyjne²⁰, jako przykłady takiego „umownego” połączenia, wymienia:

- umowne ustanowienie pomiędzy dwoma niezależnymi prawnie przedsiębiorstwami wspólnego zarządu gospodarczego²¹;
- umowne ustanowienie „struktury spółki podwójnie notowanej” (ang. *dual-listed company*²²).

¹⁹ Bellamy & Child (red. V. Rose, D. Bailey), *European Union Law of Competition*, 7th Ed., Oxford University Press 2013, s. 525.

²⁰ Skonsolidowane obwieszczenie jurysdykcyjne, *op. cit.*, s. 5, pkt 11.

²¹ Obwieszczenie wspomina w tym miejscu o instytucji tzw. *Gleichordnungskonzern*, występującej w prawie niemieckim, instytucji „*Groupements d'Intérêt Economique*” istniejącej w prawie francuskim oraz o sytuacji łączenia się spółek osobowych, cytując sprawę *Price Waterhouse/Coopers & Lybrand* (decyzja Komisji Europejskiej z 20.05.1998 r. w sprawie IV/M.1016 *Price Waterhouse/Coopers & Lybrand*, decyzja dostępna na: <http://ec.europa.eu/competition/>, dostęp: 25.08.2015 r.). W powyższej sprawie podstawą „połączenia” spółek Price Waterhouse i Coopers & Lybrand była umowa („*combination agreement*”), zgodnie z którą w niektórych krajach doszło do formalnego łączenia się krajowych spółek-córek Price Waterhouse i Coopers & Lybrand, w innych krajach doszło do nabycia jednej krajowej spółki przez drugą, a jeszcze w innych krajach – do rozwiązania krajowych spółek-córek i stworzenia nowej spółki, do której przekazane miały być aktywności Price Waterhouse i Coopers & Lybrand (*ibidem*, s. 2, pkt 6–7).

²² „Spółka podwójnie notowana” jest nieco mylącym pojęciem. Tak naprawdę w strukturze spółki podwójnie notowanej nie dochodzi bowiem do powstania nowej spółki, a dwie „łączące się” spółki zachowują swoją prawną odrębność. Nie dochodzi też pomiędzy łączącymi się spółkami, co do zasady, do wzajemnego przejścia udziałów lub akcji. Stworzenie „podwójnie notowanej spółki” obejmuje zwykle następujące zmiany w podstawowych dokumentach spółki (umowie lub statucie): obowiązek powoływania tych samych osób zarządzających obiema spółkami, zrównanie dywidend i kontrybucji kapitałowych akcjonariuszy/udziałowców obu spółek, tak żeby w praktyce udział w jednej spółce był z ekonomicznego punktu widzenia udziałem w połączonych spółkach, zrównanie praw głosów akcjonariuszy/udziałowców obu spółek, tak żeby efektywnie jeden udział w którejkolwiek ze spółek miał takie samo prawo głosu. Taką, jak opisywana powyżej strukturę miała koncentracja polegająca na powstaniu podwójnie notowanej spółki w sprawie *RTZ/CRA* (decyzja Komisji Europejskiej z 7.12.1995 r. w sprawie IV/M.660 *RTZ/CRA*, s. 2–3, pkt 8). Zob. też: decyzja Komisji Europejskiej z 10.02.2003 r. w sprawie *COMP/M.3071 Carnival Corporation/P&O Princess (II)*. Decyzje dostępne na: <http://ec.europa.eu/competition/>, dostęp: 25.08.2015 r. Więcej o spółce podwójnie notowanej, zob. np. E. Szlachetka, R. Kluziak, *Dual-listing – podwójny problem czy podwójna szansa*, www.parkiet.com, 29.04.2011 r., artykuł dostępny pod adresem: <http://www.parkiet.com/arttykul/1045859.html?p=2>, dostęp: 25.08.2015 r.

Z drugą, częstszą w praktyce, formą koncentracji mamy do czynienia, gdy „trwała zmiana kontroli” następuje poprzez przejście przez jedno przedsiębiorstwo kontroli nad całością lub częścią innego przedsiębiorstwa (art. 3 ust. 1 lit. b Rozporządzenia 139/2004). Przejście kontroli może nastąpić poprzez zmianę relacji kapitałowych (np. kupno udziałów w spółce) lub też za pomocą innych ustaleń umownych²³. Ważne jest żeby (zgodnie z art. 3 ust. 1 Rozporządzenia 139/2004) uzyskana na podstawie umowy kontrola była „stała”²⁴. Jak zauważają R. Whish i D. Bailey, pojęcie kontroli, którym posługuje się Rozporządzenie 139/2004 jest „bardzo szerokie”²⁵ i chodzi w nim o zidentyfikowanie sytuacji, gdzie jeden podmiot wywiera na drugi decydujący wpływ²⁶. Specyficzną formą przejęcia kontroli jest utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa (ang. *joint venture*), pełniącego w sposób trwały wszystkie funkcje samodzielnego podmiotu gospodarczego²⁷.

2.2.2. Akwizycje mniejszościowych pakietów udziałów lub akcji

Oczywiście nie każde nabycie udziałów jednego przedsiębiorstwa przez drugie w prawie europejskim polega na „trwałej zmianie kontroli” – nie oznacza to jednak, że akwizycje mniejszościowych pakietów udziałów nie mogą podlegać innym regułom prawa konkurencji. Akwizycje nieprowadzące do trwałej zmiany kontroli mogą być poddane kontroli pod kątem art. 101²⁸ lub art. 102 TFUE, ponieważ nawet pomimo braku trwałej zmiany kontroli, mniejszościowe akwizycje mogą doprowadzić do antykonkurencyjnych skutków, takich jak, sprzeczna z art. 101 TFUE, wymiana wrażliwych informacji handlowych (ang. *exchange of sensitive information*)²⁹ czy też osłabienie presji ze strony konkurentów, co może z kolei stanowić nadużycie pozycji dominującej w rozumieniu art. 102 TFUE³⁰. Ostatnio, szczególnie w obrębie pracowników Komisji Europejskiej, zaczęto jednak zauważać, że w pewnych

²³ Zob. np. J. Faull, A. Nikpay (red.), *The EC Law...*, s. 434–435.

²⁴ Zob. R. Whish, D. Bailey, *Competition Law...*, s. 835.

²⁵ R. Whish, D. Bailey, *ibidem*. W oryginale: „Clearly this is a very broad concept”.

²⁶ Zob. A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law...*, s. 869.

²⁷ Zagadnienie *joint venture* zostanie osobno przeanalizowane w rozdziale IV.

²⁸ Np. w zakresie, w którym takie akwizycje mogą umożliwiać nabywcy dostęp do wrażliwych informacji umożliwiających koordynację cen.

²⁹ Zob. A. Bolecki, *Wymiana informacji między konkurentami w ocenie organów ochrony konkurencji*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2013.

³⁰ Przykładowo, nabycie przez spółkę Gillette 22% udziałów w swoim konkurencie, spółce Eemland (właścicieli marki Wilkinson Sword) zostało przez Komisję Europejską uznane za nadużycie pozycji dominującej, mające na celu osłabienie konkurenta, pomimo że,

okolicznościach Komisji łatwiej byłoby kontrolować nabycie mniejszościowych pakietów udziałów w ramach odbywającej się *ex ante* oceny koncentracji, niż w ramach badania *ex post*, stosując materialnoprawne standardy z art. 101 lub 102 TFUE. Powyższa obserwacja doprowadziła do tego, że w lipcu 2014 r. Komisja Europejska zainicjowała publiczne konsultacje³¹, mające doprowadzić do zmian w prawie europejskim, umożliwiających objęcie jurysdykcją nadaną Komisji przez Rozporządzenie 139/2004 również akwizycji mniejszościowych pakietów udziałów (ang. *non-controlling minority shareholdings*³²). Niektórzy z autorów przewidują daleko idące skutki zmiany podejścia Komisji Europejskiej, polegającej na rozszerzeniu odpowiedzialności za naruszenia prawa konkurencji na mniejszościowych udziałowców, co może mieć duże znaczenie przy formalnym aspekcie koncepcji *single economic unit*³³.

Odmianą „przejęcia kontroli” z art. 3 ust. 1 Rozporządzenia 139/2004 jest „zmiana jakości kontroli”. Zgodnie ze Skonsolidowanym obwieszczeniem jurysdykcyjnym³⁴ zmiana taka występuje:

według Komisji, pakiet udziałów nabyty przez Gillete nie prowadził do przejęcia kontroli nad Eemland. Zob. Van Bael & Bellis, *Competition Law...*, s. 648–649.

³¹ Bieżący opis tych konsultacji dostępny jest pod adresem: <http://www.institutsobieskiego.org.pl/>, dostęp: 25.08.2015 r. W marcu 2015 r. Komisja opublikowała podsumowanie uwag wniesionych w toku konsultacji. Rozszerzenie kompetencji Komisji do uprzedniej kontroli transakcji na nabycia mniejszościowych pakietów udziałów zostało skrytykowane przez większość firm. Więcej o przewidywanej reformie w polskiej literaturze, zob. D. Aziewicz, *Kontrola nabywania pakietów mniejszościowych przez Komisję Europejskąw planowanej reformie rozporządzenia 139/2004*, iKAR 2014 9(3).

³² Zob. więcej: F. Depoortere, I. Vandenborre, *The European Commission Proposes Significant Changes to the EU Merger Regulation*, e-Competitions June 2013, Art. N° 53395; A.J. Burnside, *Minority Shareholdings: An Overview of EU and National Case Law*, e-Competitions September 2013, Art. N° 56676. Impulsem do zmiany prawa w powyższym zakresie była sprawa *Ryanair/Aer Lingus*, w której nabycie przez Ryanair blisko 30% udziałów w spółce Aer/Lingus nie doprowadziło, według Sądu (byłego SPI), do „przejęcia kontroli” w rozumieniu Rozporządzenia 139/2004, a tym samym Komisja nie była w stanie zablokować akwizycji. Zob. wyrok Sądu z 6.07.2012 r. w sprawie T-411/07 *Aer Lingus Group p. Komisji* („*Ryanair/Aer Lingus*”), wyrok dostępny na: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r. W międzyczasie brytyjski organ konkurencji (*UK Competition Commission*) nakazał spółce Ryanair zmniejszenie swoich udziałów w AerLingus. Sprawa *Ryanair/Aer Lingus* pokazała, że uprawnienia Komisji Europejskiej do kontroli akwizycji mniejszościowych pakietów udziałów są znacząco mniejsze od uprawnień organów konkurencji w innych jurysdykcjach, np. w Stanach Zjednoczonych lub w Wielkiej Brytanii. Zob. np. A. Burnside, N. Machiraju, *An Emerging Consensus on Minority Shareholdings?*, CPI, Europe Column, October 2013.

³³ Zob. L. Atlee, *Joint Venture... Subsidiary... What's the Difference for Cartel Liability and Fines?*, *Competition Policy International Antitrust Chronicle*, April 2012 (1), s. 7–8. Formalny aspekt koncepcji *single economic unit* jest przedmiotem analizy rozdziału VI.

³⁴ Skonsolidowane obwieszczenie jurysdykcyjne, *op. cit.*, s. 21–22, pkt 83–84.

- po pierwsze, przy „przejęciu z kontroli z wyłącznej na wspólną lub odwrotnie”;
- po drugie, przy zmianie tożsamości przedsiębiorstw sprawujących wspólną kontrolę³⁵.

Niekiedy podział na przejęcie przedsiębiorstwa i połączenie przedsiębiorstw zaciera się w praktyce. Niektóre przejęcia (np. przejęcie udziałów w jednej spółce przez drugą) Komisji Europejskiej zdarzyło się charakteryzować jako „połączenia”, a nie „przejęcia”. Chodzi o sytuacje tzw. koncentracji pomiędzy równymi – taka charakterystyka lepiej oddaje, według Komisji, ekonomiczną istotę danej koncentracji. Niemniej jednak należy zwrócić uwagę, że powyższa praktyka Komisji, opisująca niektóre przejęcia „pomiędzy równymi” jako połączenia, jest krytykowana w doktrynie prawa europejskiego za niespójność metodologiczną, mogącą doprowadzić do pewnych praktycznych konsekwencji dla kontrolowanych przedsiębiorstw³⁶.

2.3. „Kontrola” a pojęcia „przedsiębiorstwa uczestniczącego” i ich „grupy” na potrzeby ustalenia jurysdykcji Komisji Europejskiej

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na fakt, że, w przeciwieństwie do prawa polskiego³⁷, Rozporządzenie 139/2004 nie posługuje się pojęciem grupy kapitałowej na potrzeby określenia typów transakcji, które stanowią koncentrację – kluczowe w tym zakresie dla prawa europejskiego jest pojęcie kontroli. Jednakże Rozporządzenie 139/2004 pośrednio odwołuje się do pojęcia grupy kapitałowej w innym kontekście – kontekście obliczania obrotu przedsiębiorstw na potrzeby ustalenia jurysdykcji Komisji Europejskiej nad

³⁵ W takim wypadku, zgodnie ze Skonsolidowanym obwieszczeniem jurysdykcyjnym (*ibidem*), liczba przedsiębiorstw sprawujących wspólną kontrolę może albo wzrosnąć, albo pozostać taka sama (jeżeli zmieni się jedynie tożsamość niektórych – lub wszystkich – przedsiębiorstw sprawujących wspólną kontrolę).

³⁶ Zob. J. Faull, A. Nikpay (red.), *The EC Law...*, s. 432. Opisywana krytyka sprowadza się do podkreślenia, że, zgodnie z Rozporządzeniem 802/2004, w sytuacji „połączenia”, oba „łączące się” przedsiębiorstwa mają status „stron zgłaszających”. Nadanie powyższej etykiety („stron zgłaszających”) wiąże się z pewnymi proceduralnymi obowiązkami po stronie tych przedsiębiorstw w postępowaniu przed Komisją. Rozróżnienie na „przejęcie kontroli” i „połączenie” ma też znaczenie w kontekście tego, jakich podmiotów obrót powinien być brany pod uwagę dla określenia jurysdykcji Komisji Europejskiej nad koncentracją. Zob. Van Bael & Bellis, *Competition Law...*, s. 646.

³⁷ Zob. podrozdział III.2.

koncentracją. W języku angielskim powyższe zagadnienie prawne doczekało się określenia „jurysdykcyjnego łącznika” (ang. *jurisdictional nexus*).

Komisja posiada jurysdykcję nad daną koncentracją tylko wtedy, kiedy łączny obrót przedsiębiorstw uczestniczących w koncentracji oraz ich grup przekroczy określone w Rozporządzeniu 139/2004 progi obrotu³⁸. Zgodnie ze Skonsolidowanym obwieszczeniem jurysdykcyjnym, „w rozporządzeniu (...) brak jest jednolitej zwięzłej definicji pojęcia grupy, lecz w art. 5 ust. 4 lit. b wymieniono pewne prawa lub uprawnienia”³⁹ pozwalające zidentyfikować przedsiębiorstwa, których obrót powinien być wzięty pod uwagę przy ustalaniu jurysdykcji. Wspomniany katalog „praw lub uprawnień” jest co do zasady tożsamy z katalogiem powiązań kapitałowo-korporacyjno-umownych umożliwiających „wywieranie decydującego wpływu” z art. 4 pkt 4 lit. a–f uokk⁴⁰. W sytuacji, gdy „przedsiębiorstwo uczestniczące” łączy z innymi przedsiębiorstwami stosunki opisane w art. 5 ust. 4 lit. b Rozporządzenia 139/2004 (bez względu na to, czy przedsiębiorstwa uczestniczące będą występowały w roli „matki”, czyli będą „posiadać” określone uprawnienia władcze, czy też w roli „córk” i będą podmiotem, nad którym te władcze uprawnienia będą posiadane przez inne podmioty), takie przedsiębiorstwa, i wszystkie inne przedsiębiorstwa, które łączy z owymi przedsiębiorcami stosunki opisane w art. 5 ust. 4 lit. b Rozporządzenia 139/2004 (chodzi głównie o tzw. przedsiębiorstwa „siostrzane” w stosunku do przedsiębiorstw uczestniczących), „należy uznać za część grupy na potrzeby obliczania obrotu”⁴¹. Komisja Europejska posiada więc jurysdykcję nad koncentracją, jeżeli obrót

³⁸ Co do zasady, na podstawie art. 1 ust. 2 Rozporządzenia 139/2004, obrót ten powinien przekraczać 5 mld euro w skali światowej lub obrót każdego z przynajmniej dwóch przedsiębiorców na terytorium UE powinien przekraczać 250 mln euro.

³⁹ Skonsolidowane obwieszczenie jurysdykcyjne, *op. cit.*, s. 39, pkt 176.

⁴⁰ Są to następujące uprawnienia: (i) posiadanie więcej niż połowy kapitału lub aktywów (art. 5 ust. 4 lit. b.i uokk), (ii) dysponowanie więcej niż połową głosów, (iii) posiadanie uprawnień do mianowania więcej niż połowy członków rady nadzorczej, organu zarządzającego lub organów uprawnionych do reprezentacji prawnej przedsiębiorstw, oraz (iv) posiadanie prawa do zarządzania sprawami przedsiębiorstwa. W odróżnieniu od Rozporządzenia 139/2004, uokk rozróżnia też dysponowanie większością głosów w spółkach kapitałowych (art. 4 pkt 4 lit. a uokk) od dysponowania większością głosów w spółkach osobowych lub spółdzielniach zależnych (art. 4 pkt 4 lit. d uokk) – jest to zrozumiałe zważywszy na fakt, że polski ustawodawca mógł się, w przeciwieństwie do europejskiego, odnieść do konkretnych form prawnych prowadzenia działalności gospodarczej (takich jak spółki osobowe, kapitałowe i spółdzielnie). Uokk odwołuje się ponadto do „powiązań umownych”, polegających na „prawie do całego mienia lub części przedsiębiorcy zależnego” (art. 4 pkt 4 lit. e), co odpowiada, co do zasady, „posiadaniu więcej niż połowy kapitału lub aktywów”, o którym mowa w art. 5 ust. 4 lit. b.i Rozporządzenia 139/2004.

⁴¹ Skonsolidowane obwieszczenie jurysdykcyjne, *op. cit.*, s. 39, pkt 176.

całej grupy („przedsiębiorstw uczestniczących” i przedsiębiorstw połączonych z przedsiębiorstwami uczestniczącymi stosunkami opisanymi w art. 5 ust. 4 lit. b Rozporządzenia 139/2004) przekroczy progi obrotu.

Warto w tym miejscu zauważyć, że, inaczej niż w przypadku definicji transakcji podlegających obowiązkowi notyfikacji na podstawie Rozporządzenia 139/2004, przy definiowaniu przedsiębiorców należących do „grupy” na potrzeby ustalania jurysdykcji Komisji Europejskiej nad koncentracją, Rozporządzenie 139/2004 nie wspomina o „kontroli”. Powyższa niespójność każe zadać uzasadnione pytanie dotyczące tożsamości zakresów pojęciowych różnych rodzajów „kontroli” z art. 3 (w kontekście definiowania transakcji będących „koncentracjami”) i relacji określonych w art. 5 ust. 4 Rozporządzenia 139/2004 na potrzeby obliczania obrotu. Wśród doktryny europejskiego prawa konkurencji panuje stanowisko, zgodnie z którym kryteria zawarte w art. 5 ust. 4, takie jak „dysponowanie więcej niż połową głosów”, są ściślejsze (ang. *stricter*) niż pojęcie kontroli z art. 3 Rozporządzenia 139/2004. Katalog z art. 5 Rozporządzenia 139/2004 dostarcza przejrzystych kryteriów (ang. *bright line*), w przeciwieństwie do pojęcia „kontroli” bazującego bardziej na ocenie danego stanu faktycznego⁴². Katalog ten posługuje się bardziej ilościowymi (ang. *quantitative*) niż jakościowymi (ang. *qualitative*) kryteriami⁴³.

Należy też zauważyć, że Komisja Europejska przy badaniu występowania zależności opisanych w art. 5 ust. 4 Rozporządzenia 139/2004 nie ogranicza się do badania tych zależności jedynie w teorii. Komisja niekiedy formułuje również pewne predykcje na temat tego, jak określone uprawnienia będą funkcjonowały w praktyce⁴⁴ (Komisja stosuje więc swego rodzaju „predykcję behawioralną” np. przewidując przyszłą frekwencję na walnych zebraniach akcjonariuszy). Przykładowo w sprawie *IAG/BMI* z 2012 r.⁴⁵ Komisja uznała, że spółka IAG, posiadająca nieco powyżej 43% głosów na walnym zgromadzeniu akcjonariuszy spółki IB Opcó, dysponuje *de facto* możliwością (ang. *de facto has the power*) wykonywania więcej niż połowy głosów na walnym zebraniu akcjonariuszy, co doprowadziło w konsekwencji do wzięcia przez Komisję pod uwagę obrotów obu spółek na potrzeby ustalenia swojej jurysdykcji. Podobne stanowisko wyrażone jest w Skonsolidowanym obwieszczeniu jurysdykcyjnym, które, przyznając co prawda, że „prawa lub uprawnienia wymienione w art. 5 Rozporządzenia 139/2004 da się okre-

⁴² R. Whish, D. Bailey, *Competition Law...*, s. 843.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Bellamy & Child (red. V. Rose, D. Bailey), *European Union...*, s. 554.

⁴⁵ Decyzja Komisji Europejskiej z 30.03.2012 r. w sprawie M.6447 *IAG/BMI*. Decyzja dostępna na: <http://ec.europa.eu/competition/>, dostęp: 25.08.2015 r.

ślić wprost, jako że odpowiadają one progom ilościowym”, to „progi te są także osiągnięte, jeśli przedsiębiorstwo uczestniczące ma faktyczną możliwość wykonywania prawa głosu na zgromadzeniu wspólników lub walnym zgromadzeniu”, lub „mianowania ponad połowy członków zarządu w innych przedsiębiorstwach”⁴⁶.

2.4. Podsumowanie

Rozważania zawarte w poprzedzających rozdziałach pokazały, że pomimo braku posiłkowania się przez europejskie przepisy dotyczące oceny koncentracji normatywnymi pojęciami jednego organizmu gospodarczego lub grupy kapitałowej, analogiczne koncepcje stanowią jednak fundament dla pewnych przyjętych w tym prawie rozwiązań: w zakresie definiowania transakcji będących „koncentracjami” oraz obliczania łącznego obrotu „przedsiębiorstw uczestniczących” i ich grup na potrzeby tzw. *jurisdictional nexus*.

Czy zatem relacja „kontroli” opisana w art. 3 ust. 1 Rozporządzenia 139/2004 i powiązania kapitałowo-korporacyjno-umowne wskazane w art. 5 ust. 4 tego samego rozporządzenia na potrzebę obliczania obrotu przedsiębiorstw są tożsame? Z jednej strony te drugie powiązania wydają się bardziej sztywne i „ilościowe” (m.in. poprzez fakt ich enumeratywnego wymienienia), z drugiej jednak strony można twierdzić, że na potrzeby konkretnej sprawy Komisja Europejska może w obu wypadkach starać się stosować tzw. „predykcję behawioralną”⁴⁷.

Dlaczego więc Rozporządzenie 139/2004 przy ustalaniu członków grupy, których łączny obrót jest istotny dla określenia jurysdykcji Komisji nie odwołuje się po prostu do, użytego w art. 3 Rozporządzenia, pojęcia kontroli? Wydaje się, że problem nie sprowadza się do porównywania zakresów pojęciowych, ale do ekonomii postępowania przed Komisją Europejską i szerzej – ekonomii postępowania przed jakimikolwiek organami konkurencji. Idee przyświecające wyodrębnieniu „trwałych zmian kontroli” oraz idee leżące u podstawy definiowania połączeń w ramach „grupy” na potrzeby liczenia łącznego obrotu wydają się być takie same – chodzi po prostu o objęcie przepisami dotyczącymi koncentracji jednego, funkcjonalnego organizmu gospodarczego – *single economic unit*. Nie znaczy to jednak, że taka sama jest waga owych przepisów. Określenie tego, jakie transakcje pomiędzy przedsiębiorstwami można określić mianem „koncentracji” wydaje się być kluczowe z punktu widzenia pryncypiów prawa konkurencji i jest powiązane

⁴⁶ Skonsolidowane obwieszczenie jurysdykcyjne, *op. cit.*, s. 40, pkt 179.

⁴⁷ Zob. podrozdział III.2.3.

z ekonomicznymi celami tego prawa. Jeżeli bowiem uznać, że transakcja odbywa się w ramach jednego organizmu gospodarczego (a więc nie jest, zgodnie z art. 3 ust. 1 Rozporządzenia 139/2004, „koncentracją”) to, ze względu na pewne moralne lub ekonomiczne racje⁴⁸, transakcja taka nie podlega w ogóle ocenie pod kątem jej ewentualnej antykonkurencyjności. Z kolei celem progów obrotu jest uchwycenie „finansowej” i „ekonomicznej” siły przedsiębiorstw uczestniczących w koncentracji, a tym samym pominięcie koncentracji o „błahym” ekonomicznym wymiarze⁴⁹. Progi są jednak wysoce arbitralne, wydają się być kwestią techniczną i mało w gruncie rzeczy istotną (przynajmniej z punktu widzenia ekonomicznych pryncypiów prawa konkurencji)⁵⁰. Można zatem pokusić się o tezę, że intensywność (niezmiernie przecież skomplikowanego) badania przez organy konkurencji istnienia jednego organizmu gospodarczego podczas oceny *ex ante* zależy od wagi kwestii, na potrzeby której to badanie jest przeprowadzane. Ustawodawca europejski, wprowadzając na potrzeby liczenia obrotu i określania jurysdykcji Komisji Europejskiej bardziej „ilościowe” (strukturalne) kryteria, chciał zapewne zasygnalizować, że badanie tego, które podmioty stanowią na potrzeby ustalania jurysdykcji Komisji część „jednego organizmu gospodarczego” powinno być mniej czasochłonne, a tym samym bazować na bardziej strukturalnych i ilościowych okolicznościach. Nie oznacza to oczywiście, że Komisja nigdy nie może wykroczyć poza kryteria ilościowe i, nawet na potrzeby obliczania łącznego obrotu przedsiębiorstw uczestniczących w koncentracji i ich grup, starać się przeanalizować bardziej jakościowe powiązania pomiędzy przedsiębiorcami (i nawet pokusić się o pewną „behawioralną predykcję”, jak zrobiła to np. w sprawie *LAG/BMI*⁵¹). Wydaje się

⁴⁸ Opisane szerzej w podrozdziale II.2.

⁴⁹ J. Faull, A. Nikpay (red.), *The EC Law...*, s. 448–449.

⁵⁰ Oczywiście taka „arbitralność” może podlegać ograniczeniom z polityczno-dyplomatycznych względów i w tym sensie zagadnienie progów obrotu może być nad wyraz istotne. Państwa mogą starać się używać niskich progów obrotu do nazbyt ekspansywnego objęcia swoją jurysdykcją koncentracji, które nie mają większych związków z danym państwem. W tym kontekście wysokość progów obrotu w ustawodawstwach antymonopolowych danych państw może urosnąć do rangi jednego z najbardziej dyskutowanych i spornych przepisów, również na forum dyplomatycznym. Przykładowo, jednym z najistotniejszych spornych zagadnień toczących się obecnie (2013 r.) negocjacji w sprawie przyjęcia Kolumbii do Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (ang. OECD) jest, zdaniem OECD, nazbyt ekspansywna jurysdykcja kolumbijskiego organu konkurencji nad światowymi „koncentracjami” przedsiębiorców. Zob. np. Raport Państw Członkowskich OECD dotyczący prawa konkurencji Kolumbii, *Colombia – Peer Review of Competition Law and Policy 2009*, dokument dostępny pod adresem: <http://www.oecd.org/countries/colombia/44110853.pdf>, dostęp: 25.08.2015 r.

⁵¹ *Op. cit.*

jednak, że badanie istnienia jednego organizmu gospodarczego na potrzeby liczenia łącznego obrotu przedsiębiorstw i ich „grup” powinno mieć znaczenie bardziej strukturalne niż podobne badanie na potrzeby wyodrębnienia transakcji będących „koncentracjami”.

3. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego na gruncie polskich przepisów o kontroli koncentracji

Zgodnie z uokk jak również z Wyjaśnieniami w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK ze stycznia 2015 r. („Wyjaśnienia w sprawie koncentracji”)⁵², obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji „dotyczy wyłącznie samodzielnych przedsiębiorców”⁵³. Podobnie jak w prawie europejskim, uokk przewiduje kilka różnych form koncentracji: połączenie dwóch lub więcej samodzielnych przedsiębiorców (art. 13 ust. 2 pkt 1 uokk), przejęcie bezpośredniej lub pośredniej kontroli nad jednym lub więcej przedsiębiorcami przez jednego lub więcej przedsiębiorców (art. 13 ust. 2 pkt 2 uokk), utworzenie przez przedsiębiorców wspólnego przedsiębiorcy (art. 13 ust. 2 pkt 3 uokk) oraz nabycie przez przedsiębiorcę części mienia innego przedsiębiorcy o określonej wartości (art. 13 ust. 2 pkt 4 uokk). Warto ponadto podkreślić, że uokk nie wymaga, żeby koncentracja, w przeciwieństwie do prawa europejskiego, charakteryzowała się „trwałością”. Powyższe rozwiązanie, a właściwie jego brak w prawie polskim, należy ocenić negatywnie, ponieważ kryterium trwałości ma swój głęboki ekonomiczny sens⁵⁴.

Uokk nie zawiera co prawda definicji samodzielnego przedsiębiorcy, ale mieści w sobie za to inne pojęcia normatywne, takie jak „grupa kapitałowa” i „przejęcie kontroli”. Pojęcie grupy kapitałowej ma bezpośredni związek z samodzielnością i koncepcją jednego organizmu gospodarczego. Zgodnie z wydanymi przez UOKiK Wyjaśnieniami w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK („Wyjaśnienia w sprawie koncentracji”⁵⁵), „samodzielnosc łączących się przedsiębiorców należy rozumieć w ten sposób, iż przedsiębiorcy ci nie należą do tej samej grupy kapitałowej”⁵⁶. W doktrynie zauważa się też, że brak notyfikacji [spółek

⁵² Wyjaśnienia w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK z 23.01.2015 r.

⁵³ Wyjaśnienia w sprawie koncentracji, *op. cit.*, s. 14, pkt 2.2.

⁵⁴ Zob. podrozdział II.3.5.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Wyjaśnienia w sprawie koncentracji, *op. cit.*, s. 14, pkt 2.2.

należących do tej samej grupy kapitałowej] uzasadniony jest faktem, że „grupa kapitałowa stanowi jeden organizm gospodarczy [sic!], gdyż spółki wchodzące w jej skład są wprawdzie odrębnymi podmiotami w sensie prawnym, lecz nie posiadają samodzielności ekonomicznej”⁵⁷.

Zgodnie z art. 4 pkt 14 uokk, przez grupę kapitałową rozumie się „wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę”.

Na podstawie art. 4 pkt 3 uokk przedsiębiorca, który posiada „kontrolę” nad innym przedsiębiorcą, określany jest mianem przedsiębiorcy „dominującego”.

3.1. Kontrola

3.1.1. Uwagi ogólne

Jak wskazuje art. 4 pkt 14 uokk, definicja grupy kapitałowej jest pochodną pojęcia „kontroli”. Ustawa wprawdzie nie definiuje kontroli wprost, ale wprowadza, w art. 4 pkt 4 uokk, definicję „przejęcia kontroli”. Przez przejęcie kontroli uokk każe rozumieć „wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców”. Dalej (art. 4 pkt 4 lit. a–f uokk) ustawa wymienia przykłady takich „uprawnień umożliwiających wywieranie decydującego wpływu”, czyli przykłady posiadania kontroli. Są to:

- określone powiązania korporacyjno-kapitałowe związane z organami osoby prawnej bądź ze strukturą właścicielską, takie jak:
 - dysponowanie większością głosów na zgromadzeniu wspólników lub walnym zgromadzeniu (lit. a);
 - prawo do powoływania większości członków zarządu rady nadzorczej lub zarządu (lit. b);
 - dysponowanie większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej (lit. d);
 - tożsamość więcej niż połowy członków zarządu i rady nadzorczej w przedsiębiorcy dominującym i zależnym (lit. c);
- określone powiązania umowne, takie jak:
 - prawo do całego albo do części mienia przedsiębiorcy zależnego (lit. e);

⁵⁷ M. Szydło, *Łączenie się spółek akcyjnych a regulacja antymonopolowa*, PPH nr 5/2005, s. 25.

- umowa przewidująca zarządzanie przedsiębiorcą zależnym lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę⁵⁸.

W doktrynie polskiego prawa konkurencji wydaje się być wyrażony pogląd, zgodnie z którym sam fakt wystąpienia relacji określonych w art. 4 pkt 4 uokk „nie stanowi samodzielnej przesłanki przesądzającej, że w danym przypadku ma miejsce posiadanie kontroli nad innym przedsiębiorcą”. Każdorazowo konieczne jest ustalenie „czy dany przedsiębiorca uzyskał lub ma możliwość wywierania decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę”⁵⁹. Z powyższym poglądem należy się zgodzić. Przykładowo, w doktrynie polskiego prawa antymonopolowego mówi się o tzw. faktycznym przejęciu kontroli⁶⁰. Faktyczne przejęcie kontroli nastąpi najczęściej przez nabycie pakietu akcji w spółce akcyjnej „dającej uprawnienia do 35% głosów na walnym zgromadzeniu wobec istotnego rozproszenia głosów pozostałych akcjonariuszy”⁶¹. Wyjaśnienia w sprawie koncentracji przewidują z kolei, że o przejęciu kontroli może decydować „posiadanie znacznego pakietu udziałów, niedającego prawa do ponad 50% głosów w organach innego przedsiębiorcy, ale np. do 40%, przy istotnym rozproszeniu głosów pozostałych wspólników”⁶².

3.1.2. Wspólna kontrola

Podobnie jak w prawie europejskim, również w prawie polskim komplikacje rodzi pojęcie „wspólnej kontroli”. Wyjaśnienia w sprawie koncentracji wydają się co do zasady powtarzać rozwiązania przyjęte w ustawodawstwie UE, rozróżniając typy kontroli na „wyłączną” i „wspólną”⁶³ (przy czym

⁵⁸ Więcej na temat katalogu uprawnień zawartego w art. 4 pkt 4 lit. a-f uokk, zob. A. Madała [w:] A. Bolecki, S. Drozd, S. Famirska, M. Kozak, M. Kulesza, A. Madała, T. Wardyński, *Prawo konkurencji. Prawo w praktyce.*, LexisNexis 2011, s. 414–425.

⁵⁹ A. Piszcz, *Grupa kapitałowa czy nie, czyli trudności z kwalifikacją i ich skutki*, iKAR 2013, 3(2), s. 7. Zob. też: K. Kohutek, [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Uokk. Komentarz*, WoltersKluwer, Warszawa 2008, s. 129.

⁶⁰ Tak: A. Madała [w:] A. Bolecki, S. Drozd, S. Famirska, M. Kozak, M. Kulesza, A. Madała, T. Wardyński, *Prawo konkurencji...*, s. 424.

⁶¹ Podobnie uważa E. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Komentarz do uokk*, WoltersKluwer 2011, baza LEX, pkt 4.3 („Nierzadkie są sytuacje, dotyczy to zwłaszcza spółek akcyjnych notowanych na giełdach papierów wartościowych, ale także spółek z o.o. o znacznej liczbie wspólników, że nawet mniejszościowy pakiet głosów zapewnia sprawowanie kontroli. Jest tak w sytuacji znacznego rozproszenia pozostałych akcji lub udziałów”).

⁶² Wyjaśnienia w sprawie koncentracji, *op. cit.*, s. 15.

⁶³ *Ibidem*, s. 16, pkt 2.3.3.

kontrola wyłączna, tak jak w prawie europejskim, może polegać na kontroli pozytywnej, jak i negatywnej⁶⁴). Wspólna kontrola definiowana jest więc jako sytuacja, w której „przedsiębiorcy sprawujący kontrolę muszą się ze sobą porozumieć, żeby mieć możliwość wpływania na działalność przedsiębiorcy kontrolowanego”⁶⁵.

Podobnie jak Skonsolidowane obwieszczenie jurysdykcyjne, Wyjaśnienia w sprawie koncentracji niefortunnie sugerują, że w każdej sytuacji, w której podjęcie strategicznych decyzji i uzyskanie większości zależy od porozumienia pomiędzy niektórymi podmiotami założycielskimi (czyli np. w wypadku trzech podmiotów założycielskich, z których każdy posiada po 33% udziałów we wspólnym przedsiębiorstwie), mamy do czynienia ze wspólną kontrolą sprawowaną przez wszystkie podmioty (których głos może być w różnych teoretycznych konfiguracjach przeważający). Podobnie jednak jak w wypadku Skonsolidowanego obwieszczenia jurysdykcyjnego, również teleologiczna lektura Wyjaśnień w sprawie koncentracji pokazuje, że w wyżej wskazanej sytuacji nie dojdzie do sprawowania „wspólnej kontroli”. Do wspólnej kontroli dochodzi bowiem nie tyle wtedy, kiedy większość podmiotów założycielskich musi się porozumieć, żeby zmusić *joint venture* do podjęcia określonej decyzji, ale w przypadku, kiedy bez zgody wszystkich podmiotów sprawujących wspólną kontrolę nie da się podjąć strategicznych decyzji. Słusznie zatem podkreśla się w polskiej doktrynie, że „współdziałanie (...) mniejszościowych udziałowców (akcjonariuszy) (...) związane z poddaną częstej fluktuacji zmianą aliansów” nie stanowi wspólnej kontroli⁶⁶.

W związku z powyższym samo posiadanie mniej niż 50% udziałów/akcji przez podmiot założycielski nie jest wystarczające do sprawowania wspólnej kontroli⁶⁷. Konieczne będą, jak wskazują zresztą w innym miejscu Wyjaśnienia w sprawie koncentracji, dodatkowe czynniki, np. prawo weta umożliwiające „blokowanie decyzji dotyczących zagadnień, takich jak: budżet, plan działalności gospodarczej, poważne inwestycje czy mianowanie

⁶⁴ *Ibidem*, s. 17–18, pkt. 2.3.4.

⁶⁵ *Ibidem*, s. 16, pkt 2.3.3.

⁶⁶ M. Dyl, R. Stankiewicz, *Przejęcie wspólnej kontroli nad przedsiębiorcą jako przestanka zgłoszenia zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK*, PPH nr 4/2013, s. 14.

⁶⁷ Tak: A. Piszcz, *Grupa kapitałowa...*, s. 10, przypis 42. Autorka podaje przykład, w którym „w spółce zależnej jest np. pięciu przedsiębiorców będących współnikami czy akcjonariuszami i każdy z nich ma udział w kapitale zakładowym spółki w wysokości 20%”. W takiej sytuacji nie dojdzie do wspólnej kontroli, chyba że „statut spółki [jest skonstruowany] w taki sposób, że do podjęcia decyzji potrzebne jest współdziałanie wszystkich udziałowców (każdy z nich może zablokować podejmowane decyzje)”.

kierownictwa wyższego szczebla” lub „stosowne porozumienie” pomiędzy podmiotami sprawującymi wspólną kontrolę⁶⁸.

3.1.3. Wspólna kontrola a grupa kapitałowa

Zważywszy na powiązanie przez uokk pojęcia „kontroli” z pojęciem „grupy kapitałowej”, w doktrynie polskiego prawa konkurencji dużą rangę zyskało pytanie, czy „wspólnie” kontrolujący należą do jednej grupy kapitałowej z kontrolowanym⁶⁹. Negatywnie na powyższe pytanie odpowiadają autorzy komentarza pod red. C. Banasińskiego i E. Piątka, swoją argumentację opierając na literalnym brzmieniu art. 4 pkt 14 uokk, który, definiując grupę kapitałową, mówi o przedsiębiorcach kontrolowanych „przez jednego przedsiębiorcę” (a więc, *a contrario*, nie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców sprawujących wspólną kontrolę)⁷⁰. Wskazani autorzy posilkują się jednak również argumentem teleologicznym, zgodnie z którym uznanie, że przedsiębiorca „wspólnie” kontrolowany należy do grupy kapitałowej podmiotów sprawujących wspólną kontrolę, „powodowałoby, że przejście ze wspólnej kontroli na kontrolę wyłączną nie podlegałoby zgłoszeniu Prezesowi UOKiK”. ponieważ, jak już wspomniano, na podstawie art. 14 pkt 6 uokk, „nie podlega zgłoszeniu zamiar koncentracji przedsiębiorców należących do tej samej grupy kapitałowej”. Podobny teleologiczny argument użyty został przez UOKiK w Wyjaśnieniach w sprawie koncentracji, które również opowiadają się za poglądem, że „przedsiębiorca, nad którym sprawowana jest współkontrola, nie należy (...) do grupy kapitałowej żadnego z przedsiębiorców, którzy sprawują nad nim współkontrolę”⁷¹. Zarówno

⁶⁸ Wyjaśnienia w sprawie koncentracji, *op. cit.*, s. 17, pkt 2.3.3. Na prawo weta, jako najistotniejszy czynnik wspólnej kontroli, zwracają też uwagę M. Dyl i R. Stankiewicz (*Przejęcie wspólnej kontroli...*, s. 11–13).

⁶⁹ Zobacz przeglądowo: A. Piszcz, *Grupa kapitałowa...*, s. 10–11. Autorka wydaje się E. Stawickiemu przypisywać pogląd, zgodnie z którym, w omawianym przez autorkę (zob. przypis 280 powyżej) przykładzie, istnieją jedynie dwie grupy kapitałowe. W rzeczywistości E. Stawicki opowiada się za istnieniem w takiej sytuacji trzech grup kapitałowych (zob. analiza stanowiska wyrażonego przez E. Stawickiego, podrozdział III.3.1.2).

⁷⁰ Zob. C. Banasiński, E. Piątek (red.), *Uokk. Komentarz*, Wydanie 1, LexisNexis, 2009, s. 163 („Gdyby ustawodawca chciał, ażeby włączyć do grupy kapitałowej przedsiębiorcy, nad którym sprawowana jest współkontrola również przedsiębiorców, którzy wykonują wspólną kontrolę nad tym przedsiębiorcą, posłużyłby się zapewne zwrotem podobnym do zawartego w art. 13 ust. 2 pkt 2 [*chodzi o zwrot «jednego lub więcej przedsiębiorców»*]”). Tak też: A. Madała [w:] A. Bolecki, S. Drozd, S. Famirska, M. Kozak, M. Kulesza, A. Madała, T. Wardyński, *Prawo konkurencji...*, s. 398.

⁷¹ Wyjaśnienia w sprawie koncentracji, *op. cit.*, s. 30, pkt 3.6.

zatem przejście kontroli ze wspólnej na wyłączną, jak i z wyłącznej na wspólną, podlegałoby zgłoszeniu Prezesowi UOKiK⁷².

Większość doktryny polskiego prawa stoi jednak na stanowisku przeciwnym do poglądu UOKiK oraz poglądu wyrażanego w komentarzu pod red. C. Banasińskiego i E. Piątka. Według tego stanowiska „grupa kapitałowa obejmuje również przedsiębiorców kontrolowanych na zasadzie łącznej kontroli przez dwóch lub więcej przedsiębiorców”⁷³. Stanowisko takie uzasadniane jest argumentem, zgodnie z którym, obecne w art. 4 pkt 14 uokk sformułowanie: „przez jednego przedsiębiorcę” należy rozumieć „jako «przez tego samego przedsiębiorcę», a nie jako «przez jedyne przedsiębiorcę»”⁷⁴. Według E. Stawickiego możliwość należenia przez współkontrolujących i współkontrolowanego do tej samej grupy kapitałowej nie oznacza wcale, że zmiana kontroli ze wspólnej na wyłączną nie podlega obowiązkowi notyfikacji. Wszystko dlatego, że w sytuacji współkontroli sprawowanej nad przedsiębiorcą A przez przedsiębiorców B i C mamy do czynienia, według E. Stawickiego, z trzema grupami kapitałowymi: grupą kapitałową przedsiębiorcy A (do której należeć będą współkontrolujący przedsiębiorcy B i C), grupą kapitałową przedsiębiorcy B (do której należy współkontrolowany przedsiębiorca A, ale nie przedsiębiorca C) i grupą kapitałową przedsiębiorcy C (do której należy współkontrolowany przedsiębiorca A, ale nie przedsiębiorca B). W takim wypadku, „skoro przewidziane (...) w art. 14 pkt 5 wyłączenie obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji dotyczy przedsiębiorców należących do tej samej grupy kapitałowej”, nie dotyczy ono „przedsiębiorców będących członkami wielu różnych grup”⁷⁵. Stanowisko E. Stawickiego wydaje się najbardziej racjonalne i poprawne, za wyjątkiem poglądu, zgodnie z którym grupa kapitałowa przedsiębiorcy współkontrolowanego obejmuje przedsiębiorców współkontrolujących. Przedsiębiorcy współkontrolujący nie wywierają na siebie decydującego wpływu, nie mogą zatem należeć do jednej grupy kapitałowej. Poza tym jednak omawiane stanowisko pozwala na możliwość kontroli przez Prezesa UOKiK tzw. zmian jakości kontroli (z wyłącznej na wspólną i *vice versa*), a przy okazji

⁷² *Ibidem*, s. 18, pkt 2.3.6.

⁷³ C. Banasiński, E. Piątek (red.), *Uokk. Komentarz*, Wydanie 1, LexisNexis, 2009, s. 61 (jeszcze na gruncie uokk z 2000 r.).

⁷⁴ Zob. K. Kohutek, M. Sieradzka, *Komentarz do uokk*, WoltersKluwer 2008, baza LEX, *Komentarz do art. 4 uokk*, pkt 14; zob. też: M. Będkowski-Koziół [w:] T. Skoczny (red.), *Uokk...*, s. 278.

⁷⁵ E. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Komentarz... Komentarz do art. 4 uokk*, pkt 14.

nie narusza spójności pomiędzy używanymi przez uokk pojęciami kontroli i grupy kapitałowej.

Powyższe wątpliwości związane z relacją pomiędzy pojęciami współkontroli a grupy kapitałowej dałoby się zapewne rozwiązać w przygotowanej przez UOKiK kompleksowej nowelizacji uokk z 2014 r.⁷⁶, doprecyzowując zawartą w ust. 4 pkt 14 definicję pojęcia grupy kapitałowej. Nowelizacja nie zmienia tej definicji, wprowadza jednak nowe zasady związane ze „wspólną kontrolą” na potrzeby liczenia obrotu przedsiębiorców. Zgodnie z projektem nowelizacji, w zmienionym art. 16 ust. 3 uokk, do obrotu istotnego dla potrzeb określenia jurysdykcji UOKiK nad koncentracją wliczała się „część” obrotu uczestników koncentracji, sprawujących wspólną kontrolę nad innymi przedsiębiorcami, „proporcjonalnie do liczby przedsiębiorców sprawujących kontrolę”⁷⁷. Powyższa nowelizacja wydaje się zatem, przynajmniej w zakresie obliczania łącznego obrotu na potrzeby ustalania jurysdykcji Prezesa UOKiK nad koncentracją, korespondować ze stanowiskiem wyrażonym przez E. Stawickiego: uwzględnianie części obrotu przedsiębiorstw B i C, sprawujących współkontrolę nad przedsiębiorcą A, pokazuje, że w pewnym sensie przedsiębiorstwo B tworzy wspólny organizm (grupę kapitałową) z przedsiębiorstwem A, podobnie jak przedsiębiorstwo A tworzy taki organizm z przedsiębiorstwem C. Warto też zauważyć, że proponowane przez nowelizację rozwiązanie jest nieco inne, niż rozwiązanie przewidziane w prawie europejskim, gdzie w Rozporządzeniu 139/2004 (w powiązaniu ze Skonsolidowanym obwieszczeniem jurysdykcyjnym⁷⁸), uwzględnieniu podlega całkowity obrót podmiotów sprawujących wspólną kontrolę⁷⁹.

⁷⁶ Ustawa z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2014 r., poz. 945). Nowe przepisy zaczną obowiązywać 18 stycznia 2015 r.

⁷⁷ Zob. Projekt ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (9.07.2013), Projekt art. 16 ust. 3 uokk (s. 4, art. 1 pkt 10 projektu ustawy o zmianie ustawy). Projekt dostępny na: www.uokik.gov.pl.

⁷⁸ Zgodnie z art. 5 ust. 1 Rozporządzenia 139/2004, łączny obrót istotny dla ustalenia jurysdykcji Komisji Europejskiej nad koncentracją obejmuje łączny obrót „uczestniczących przedsiębiorstw”, z kolei, na podstawie pkt 139 Skonsolidowanego obwieszczenia jurysdykcyjnego (*op. cit.*), w przypadku „przejęcia wspólnej kontroli nad nowo utworzonym podmiotem, przedsiębiorstwem uczestniczącym jest każda ze spółek przejmujących kontrolę nad nowo założonym wspólnym przedsiębiorstwem”.

⁷⁹ Przepisy europejskie dotyczące liczenia obrotu w sytuacji utworzenia wspólnego przedsiębiorcy są zresztą szeroko krytykowane, m.in. z powodu obowiązku notyfikacji *joint ventures* prowadzących znikomą aktywność na terytorium UE. Zob. A.H. Zhang, M. Jephcott, *To File or not to File: the Treatment of Offshore Joint Venture Under the EU and China's Merger Control Regimes*, CPI, Asia Column 2011. W takiej jednak sytuacji (kiedy *joint venture* osiąga na terytorium UE mniej niż 100 milionów euro obrotu) wystarczające

3.2. Grupa kapitałowa

3.2.1. Uwagi ogólne

Jak wskazano wyżej, w polskim prawie konkurencji pojęcie grupy kapitałowej ma istotne znaczenie dla oceny koncentracji pomiędzy przedsiębiorcami. Można wyróżnić cztery zasadnicze role, jakie podczas oceny koncentracji odgrywa pojęcie grupy kapitałowej.

3.2.2. Grupa kapitałowa a definicja koncentracji

Po pierwsze, pojęcie grupy kapitałowej ma znaczenie dla oceny tego, które transakcje stanowią „koncentracje” w rozumieniu uokk; bowiem tylko zamiar dokonania „koncentracji” podlega zgłoszeniu Prezesowi UOKiK. Jak podkreśla się w doktrynie, „pojęcie koncentracji [na gruncie uokk] nie uzyskało treści normatywnej”⁸⁰. Ustawa stanowi jednak, że pewne typy transakcji pomiędzy przedsiębiorcami nie podlegają zgłoszeniu Prezesowi UOKiK. Tak więc, zgodnie z art. 14 pkt 5 uokk, nie podlega zgłoszeniu zamiar koncentracji przedsiębiorców należących do tej samej grupy kapitałowej. Należenie do jednej „grupy kapitałowej” ma też znaczenie dla liczby wymaganych zgłoszeń. Jeżeli przedsiębiorca przejmuje kontrolę nad dwoma przedsiębiorcami z jednej grupy kapitałowej, wymagane jest tylko jedno zgłoszenie zamiaru koncentracji – w przeciwnym razie przejście kontroli nad dwoma samodzielnymi przedsiębiorcami wymagałoby dwóch odrębnych zgłoszeń⁸¹.

Z kolei, zgodnie z art. 15 uokk, „dokonanie koncentracji przez przedsiębiorcę zależnego uważa się za jej dokonanie przez przedsiębiorcę dominującego”. W związku z powyższym, to na przedsiębiorcy dominującym ciąży obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji, nawet jeżeli formalnie stroną umowy jest przedsiębiorca zależny (art. 94 ust. 3 uokk). W doktrynie podkreśla się słuszność takiego rozwiązania – przedsiębiorca dominujący, ponieważ ma możliwość wywierania decydującego wpływu na działalność spółki zależnej, „powinien ponosić wszelkie związane z tym konsekwencje”⁸².

jest złożenie przez podmioty założycielskie tzw. skróconej notyfikacji (ang. *short form notification*).

⁸⁰ K. Strzyczkowski, *Prawo publiczne gospodarcze*, Wydanie 6, LexisNexis 2010, s. 418.

⁸¹ Zob. Wyjaśnienia w sprawie koncentracji, s. 23, pkt 3.2.

⁸² M. Szydło, *Łączenie się spółek...*, s. 24.

3.2.3. Grupa kapitałowa a *jurisdictional nexus*

Pojęcie grupy kapitałowej jest również w prawie polskim istotne dla określenia przesłanek jurysdykcji Prezesa UOKiK nad koncentracją (ang. *jurisdictional nexus*).

Jak już wspomniano w części dotyczącej prawa europejskiego, nie wszystkie koncentracje (nawet te pomiędzy „samodzielnymi” przedsiębiorcami) podlegają obowiązkowi zgłoszenia organom konkurencji – koncentracje muszą przekroczyć określone progi obrotu. Podobnie, jurysdykcja Prezesa UOKiK ma miejsce jedynie wtedy, kiedy przedsiębiorcy uczestniczący w koncentracji przekroczą określone w art. 13–14 uokk tzw. progi obrotu⁸³. Na podstawie art. 16 uokk obrót przedsiębiorców liczony na potrzeby ustalenia jurysdykcji Prezesa UOKiK „obejmuje obrót zarówno przedsiębiorców bezpośrednio uczestniczących w koncentracji, jak i pozostałych przedsiębiorców należących do grup kapitałowych, do których należą przedsiębiorcy bezpośrednio uczestniczący w koncentracji”. Zgodnie natomiast z § 10 ust. 1 Rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie sposobu obliczania obrotu⁸⁴, do łącznego obrotu przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji nie wlicza się obrotu dokonywanego pomiędzy przedsiębiorcami należącymi do tej samej grupy kapitałowej.

3.2.4. Grupa kapitałowa a merytoryczna ocena koncentracji

Pojęcie grupy kapitałowej wydaje się mieć znaczenie dla merytorycznej oceny zgłaszanej koncentracji o tyle, o ile zaklasyfikowanie poszczególnych podmiotów do grup kapitałowych ma wpływ na liczbę „samodzielných” przedsiębiorców na danym rynku właściwym oraz na udział przedsiębiorców w tym rynku, a tym samym stopień koncentracji rynkowej. Stopień koncentracji rynkowej oblicza się na podstawie różnych ekonomicznych indeksów; najpopularniejszym z nich jest tzw. indeks Herfindahla-Hirschmana (ang. *Herfindahl-Hirschman index*, tzw. HHI). Co do zasady im większy stopień koncentracji rynku powstały w wyniku planowanej koncentracji, tym większa potencjalna siła rynkowa łączących się przedsiębiorców, a tym samym większa jest potencjalna antykonkurencyjność takiej koncentracji.

⁸³ Co do zasady, łączny światowy obrót musi przekraczać 1 mld euro lub łączny obrót przedsiębiorców na terytorium Polski musi przekraczać 50 mln euro.

⁸⁴ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2014 r. w sprawie sposobu obliczania obrotu przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji (Dz.U. z 2015, poz. 79).

3.2.5. Grupa kapitałowa a wyłączenia grupowe

Pojęcie grupy kapitałowej, istotne przede wszystkim dla oceny *ex ante*, jest również w polskim prawie konkurencji użyte w kontekście oceny *ex post*, a dokładniej tzw. wyłączeń grupowych pewnych typów porozumień.

Zgodnie z § 4 ust. 1 Rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych⁸⁵ („Rozporządzenie badawczo-rozwojowe”), wyłączenie spod art. 6 uokk, o którym mowa w § 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 Rozporządzenia badawczo-rozwojowego, ma zastosowanie pod warunkiem, że łączny udział stron porozumienia specjalizacyjnego i „ich grup kapitałowych w jakimkolwiek rynku właściwym nie przekracza 20% dla każdego z towarów objętych specjalizacją”.

Powyzszy kontekst użycia pojęcia grupy kapitałowej również dotyczy merytorycznej oceny antykonkurencyjności danego porozumienia i pokazuje, że (na poziomie koncepcyjnym), pojęcie grupy kapitałowej jest zasadniczo tożsame z pojęciem jednego organizmu gospodarczego: tego pierwszego pojęcia częściej używa się w kontekście analizy *ex post* w przeciwieństwie do pojęcia „grupy kapitałowej”, które w polskim prawie pełni swoją rolę przede wszystkim na etapie oceny *ex ante*. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego ma przecież znaczenie również dla „merytorycznej” oceny antykonkurencyjności, w zakresie, w którym pozwala na określenie liczby „samodzielnych” przedsiębiorców działających na rynku, ich udziałów i siły rynkowej (tak podczas oceny *ex ante*, jak i oceny *ex post*).

3.3. Grupa kapitałowa a jeden organizm gospodarczy w prawie polskim – relacja zakresów pojęciowych

3.3.1. Poglądy doktryny i praktyka

Wśród poglądów, które uznają istnienie w prawie polskim koncepcji jednego organizmu gospodarczego (a więc w praktyce decyzyjnej UOKiK, orzecznictwie sądów i poglądach wszystkich komentatorów poza G. Materną) można zaobserwować różne podejście do wzajemnych relacji pojęcia (koncepcji) jednego organizmu gospodarczego i pojęcia grupy kapitałowej.

⁸⁵ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz.U. z 2011 r. Nr 288, poz. 1691 ze zm.).

Zgodnie z pierwszym podejściem, występujące w uokk pojęcie „grupy kapitałowej” używane jest zamiennie z pojęciem *single economic unit*⁸⁶. Charakterystyczne dla takiego poglądu jest rozumienie „grupy kapitałowej” bardziej jako pojęcia, natomiast „jednego organizmu gospodarczego” raczej jako doktryny mającej zastosowanie do porozumień zawartych „w ramach grupy kapitałowej”⁸⁷. Za powyższą terminologią zdaje się opowiadać i część autorów⁸⁸, i UOKiK (w Wyjaśnieniach w sprawie koncentracji⁸⁹).

Drugie podejście do relacji pomiędzy pojęciami jednego organizmu gospodarczego i grupy kapitałowej jest bardziej ostrożne. Mówi ono, że grupa kapitałowa „traktowana jest (...) zasadniczo jako jeden organizm gospodarczy”⁹⁰. Podejście to sugeruje jednocześnie, że desygnaty pojęcia „jednego organizmu gospodarczego” zawierają się w pojęciu „grupy kapitałowej”⁹¹. Zgodnie

⁸⁶ Tak: M. Będkowski-Kozioł [w:] T. Skoczny (red.), *Uokk...*, s. 275 („Pojęcie «grupy kapitałowej» odgrywa istotne znaczenie w zakresie wyznaczenia granic stosowania zakazów porozumień ograniczających konkurencję”); zob. też: K. Kohutek, M. Sieradzka, *Komentarz... Komentarz do art. 4 uokk*, pkt 14 („[Podmioty] wchodzące do tej samej grupy kapitałowej [traktowane są jak] jedna jednostka gospodarcza. Ma to również wpływ na ocenę porozumień antykonkurencyjnych zawieranych przez przedsiębiorców należących do tej samej grupy”).

⁸⁷ C. Banasiński, M. Bychowska, *Pojęcie grupy kapitałowej na użytek polskiego i unijnego prawa konkurencji*, PPH nr 12/2011, s. 3 („Powyższe miało wpływ na wypracowanie doktryny *single economic unit*, czyli doktryny grupy kapitałowej rozumianej jako jeden organizm gospodarczy, który, pomimo że składa się z wielu oddzielnych bytów prawnych, ekonomicznie stanowi jeden podmiot”).

⁸⁸ M. Będkowski-Kozioł [w:] T. Skoczny (red.), *Uokk...*, s. 275; C. Banasiński, M. Bychowska, *ibidem*.

⁸⁹ Wyjaśnienia w sprawie koncentracji, *op. cit.*, s. 30, pkt 3.6 („Na potrzeby prawa konkurencji grupa kapitałowa jest bowiem traktowana jako jeden organizm gospodarczy”); *ibidem*, s. 24, pkt 3.2 („na potrzeby prawa konkurencji przedsiębiorcy należący do jednej grupy kapitałowej traktowani są jako jeden organizm gospodarczy (jeden przedsiębiorca)”).

⁹⁰ M. Banasiński, E. Piątek (red.), *Uokk...*, s. 161–162. Podobnie wypowiada się też E. Stawicki: „Zgodnie z doktryną «jednego podmiotu gospodarczego» przynależność do grupy kapitałowej ma wpływ na ocenę rynkowych zachowań takich przedsiębiorców – co do zasady, porozumienia zawierane przez przedsiębiorców należących do jednej grupy kapitałowej nie podlegają zakazowi przewidzianemu w art. 6”), zob. E. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Komentarz...*, *Komentarz do art. 4 uokk*, pkt 14. Tak też: C. Banasiński, M. Bychowska, *Pojęcie grupy...*, s. 33 („Zasadniczo (...) grupa kapitałowa traktowana jest jak jeden organizm gospodarczy”).

⁹¹ Tak: A. Piszcz, *Grupa Kapitałowa...*, s. 47 („W doktrynie zgodnie stwierdza się, że zakaz porozumień ograniczających konkurencję nie dotyczy porozumień zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami należącymi do tej samej grupy kapitałowej, jeżeli można uznać, że podmioty te stanowią «jeden organizm gospodarczy» (*single economic unit*)”). Podobną relację zakresów pojęciowych rozważają C. Banasiński i M. Bychowska („Wprawdzie nie można wykluczyć, że niejako «przypadkowo» w ramach jednej grupy kapitałowej będziemy mieć do czynienia z mechanizmami *quasi*-rynkowymi, niemniej jednak mechanizmy

z powyższym podejściem każdy „jeden organizm gospodarczy” jest grupą kapitałową, natomiast istnieć będą grupy kapitałowe niebędące „jednym organizmem gospodarczym” (a więc nie można do nich zastosować koncepcji jednego organizmu gospodarczego na potrzeby wyłączenia „porozumień” spod reżimu antymonopolowego oraz na potrzeby przypisania odpowiedzialności). Stanowisko takie odnaleźć można zarówno w pracach doktryny, jak i w decyzjach UOKiK. Przykładowo, w decyzji w sprawie domniemanego porozumienia Telekomunikacji Polskiej i jej spółki-córki Polskiej Telefonii Komórkowej⁹², Prezes UOKiK rozróżnił „niezależność” przedsiębiorców na niezależność „formalną” i „materialną”⁹³. Ta pierwsza niezależność ma miejsce wtedy, gdy „przedsiębiorcy, których działania są przedmiotem oceny, nie należą do tej samej grupy kapitałowej”, o tej drugiej mówić można, według Prezesa UOKiK, wtedy, gdy „pomimo przynależności do jednej grupy kapitałowej, przedsiębiorcy dysponują zakresem samodzielności w kształtowaniu swojej polityki rynkowej”⁹⁴. Powyższe stanowisko wydaje się być najbardziej rozpowszechnione. Tak naprawdę nawet ta część autorów używających zamiennie określeń „jeden organizm gospodarczy” i „grupa kapitałowa” (czyli przedstawiciele pierwszego z analizowanych stanowisk) przyznaje jednakowoż w innych miejscach swoich prac, że nie każda grupa kapitałowa jest jednym organizmem gospodarczym. Przykładowo A. Stawicki twierdzi (za innymi autorami), że art. 6 uokk można stosować do porozumień w ramach grupy kapitałowej⁹⁵, niemniej jednak powinna to być sytuacja wyjątkowa, ponieważ „odmienne podejście stałoby bowiem w sprzeczności z koncepcją jednolitego organizmu gospodarczego (*single economic unit*)”.

Trzecie, mało zrozumiałe podejście zostało zasugerowane w decyzji UOKiK w sprawie *Ogrody Polskie*⁹⁶. Zgodnie z powyższym poglądem,

te zależne są od polityki właścicielskiej spółki matki, a nie od dostosowywania się do realnych mechanizmów rynkowych”), C. Banasiński, M. Bychowska, *Pojęcie grupy...*, s. 33.

⁹² Decyzja Prezesa UOKiK z 14.03.2007 r., DOK-34/07, decyzja dostępna na: www.uokik.gov.pl

⁹³ Powyższego rozróżnienia nie należy mylić z, używanym w tej pracy, materialnym i formalnym aspektem koncepcji *single economic unit*.

⁹⁴ Decyzja Prezesa UOKiK, DOK-34/07, *op. cit.*, s. 19. Ostatecznie Prezes UOKiK uznał, że umowy pomiędzy PTK Centertel a TP S.A „ze względu na brak swobody i niezależności (...) po stronie PTK, nie mogą zostać zakwalifikowane jako porozumienie ograniczające konkurencję w rozumieniu przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów”.

⁹⁵ A. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Komentarz...*, *Komentarz do art. 6 uokk*, pkt 2.4.2.1 („zakaz zawierania antykonkurencyjnych porozumień może mieć zastosowanie do spółek zależnych, które z woli właściciela zachowują znaczną autonomię decyzyjną”).

⁹⁶ Decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2010 r., DOK-11/2010 („*Ogrody Polskie*”), s. 58–59; decyzja dostępna na: www.uokik.gov.pl. Dokładniejszy opis stanu faktycznego i rozstrzygnięcia Prezesa UOKiK w powyższej sprawie, zob. rozdział II.

w prawie polskim istnieją dwie niezależne doktryny pozwalające na wyłączenie porozumień pomiędzy niesamodzielnymi przedsiębiorcami („przedsiębiorcami” z art. 4 pkt 1 uokk) spod zastosowania art. 6 uokk. Pierwsza z tych „doktryn” oparta jest na art. 4 pkt 14 uokk (definiującym „grupę kapitałową”), natomiast druga oparta jest na pojęciu jednego organizmu gospodarczego „wypracowanym w orzecznictwie ETS [dzisiaj: TSUE]”.

3.3.2. Możliwe relacje zakresów pojęciowych „grupy kapitałowej” i „jednego organizmu gospodarczego”

Wydaje się, że zaprezentowane w decyzji *Ogrody Polskie* trzecie podejście do relacji zakresów pojęciowych pojęcia (koncepcji) „jednego organizmu gospodarczego” i pojęcia „grupy kapitałowej” nie wydaje się uzasadnione ani brzmieniem polskiego prawa, ani prakseologią. Podobnie, pierwszy z zaprezentowanych poglądów, utożsamiający grupę kapitałową z jednym organizmem gospodarczym, wydaje się jedynie uproszczeniem i wstępem do dalszej analizy, na co wskazuje fakt, że niektórzy autorzy w innych miejscach tych samych prac zdają się mu przeczyć. Cenną wskazówką, zawartą w pierwszym z opisywanych poglądów, jest jednak traktowanie grupy kapitałowej jako pojęcia, natomiast koncepcji jednego organizmu gospodarczego raczej jako doktryny mającej zastosowanie do (niektórych, wszystkich?) grup kapitałowych. Drugie z obecnych w doktrynie podejść, zgodnie z którym grupa kapitałowa „traktowana jest zasadniczo jako jeden organizm gospodarczy”, wydaje się najbardziej wyważone. Ujmując jeden organizm gospodarczy raczej w kategorii doktryny niż pojęcia, należałoby zatem zastanowić się, czy koncepcja jednego organizmu gospodarczego ma zastosowanie do wszystkich, czy jedynie do niektórych „grup kapitałowych” oraz czy ma ona zastosowanie do innych bytów niebędących „grupami kapitałowymi”. Z logicznego punktu widzenia odpowiedź na powyższe pytanie może przybrać pięć form:

- po pierwsze, pomiędzy zakresami pojęciowymi koncepcji jednego organizmu gospodarczego a pojęciem grupy kapitałowej zachodzić może stosunek **równoważności (zamienności)**⁹⁷, tj. koncepcja jednego organizmu gospodarczego ma zastosowanie do każdej grupy kapitałowej i jedynie do grup kapitałowych (taka relacja zakresów pojęciowych, tożsama z pierwszym z zaprezentowanych wyżej podejść, wydaje się nazbyt uproszczona);

⁹⁷ Więcej o stosunkach między zakresami nazw, zob. Z. Ziemiński, *Logika praktyczna*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1994, s. 39–41.

- po drugie, pomiędzy omawianymi zakresami pojęciowymi może zachodzić **stosunek podrzędności** pojęcia „grupy kapitałowej” w relacji do koncepcji jednego organizmu gospodarczego, tj. koncepcja jednego organizmu gospodarczego ma zastosowanie do wszystkich grup kapitałowych, ale również do „jednych organizmów gospodarczych” niebędących grupą kapitałową (czyli do innych niż grupy kapitałowe grup „przedsiębiorców” w rozumieniu art. 4 pkt 1 uokk);
- po trzecie, możliwy jest stosunek **krzyżowania** pomiędzy dwoma powyższymi zakresami pojęciowymi, tj. koncepcja jednego organizmu gospodarczego ma zastosowanie do niektórych grup kapitałowych i niektórych grup podmiotów niebędących grupami kapitałowymi;
- po czwarte, możliwy jest stosunek **wykluczenia**, tj. koncepcja jednego organizmu gospodarczego ma zastosowanie do niektórych grup przedsiębiorców w rozumieniu art. 4 pkt 1 uokk niebędących grupami kapitałowymi, i nie stosuje się do żadnej grupy kapitałowej;
- po piąte, zakres pojęciowy grupy kapitałowej może się znajdować w stosunku **nadrzędności** do zakresu pojęciowego koncepcji jednego organizmu gospodarczego, tj. koncepcja jednego organizmu gospodarczego ma zastosowanie tylko do niektórych grup kapitałowych, ale nie ma zastosowania do innych „grup” (za takim rozumieniem opowiadać zdaje się część polskich autorów uznająca pogląd, że grupa kapitałowa „traktowana jest zasadniczo jak jeden organizm gospodarczy”⁹⁸).

Spośród możliwych relacji pomiędzy zakresami pojęciowymi koncepcji „jednego organizmu gospodarczego” i „grupy kapitałowej”, poprawna wydaje się relacja trzecia, zgodnie z którą pomiędzy powyższymi zakresami pojęciowymi zachodzi stosunek krzyżowania, tj. koncepcję jednego organizmu gospodarczego można zastosować do niektórych (ale nie wszystkich) grup kapitałowych oraz do innych grup przedsiębiorców niestanowiących „grup kapitałowych” w rozumieniu art. 4 pkt 14 uokk. Jak już wspomniano, pierwsze z zaprezentowanych stanowisk wydaje się zbyt uproszczone, czwarte wydaje się w oczywisty sposób błędne – bowiem na pewno będą istnieć takie grupy kapitałowe, do których można zastosować koncepcję jednego organizmu gospodarczego.

Stanowisko takie wydaje się przeczyć wstępnej intuicji, zgodnie z którą rozumienie samodzielnej przedsiębiorcy (czyli pojęcia szerszego niż pojęcie „przedsiębiorcy” z art. 4 pkt 1 uokk, a bliższego pojęciu „przedsiębiorstwa” z prawa UE) powinno być tożsame zarówno na potrzeby oceny *ex ante*, jak

⁹⁸ Zob. np. M. Banasiński, E. Piątek(red.), *Uokk...*, s. 161-162.

i oceny *ex post*. Na gruncie prawa europejskiego stanowisko takie prezentuje W. Wils. Autor ten uważa, że dla spójności pomiędzy art. 101 TFUE, art. 102 TFUE a unijnymi przepisami o kontroli koncentracji powinno istnieć jedno, synonimiczne pojęcie przedsiębiorstwa, tak żeby artykuł 101 TFUE⁹⁹ nie miał zastosowania do porozumień lub praktyk pomiędzy firmami (ang. *companies*), które są związane (ang. *linked*) w taki sposób, że powstanie pomiędzy nimi powiązań należałoby uznać za połączenie lub przejście wyłącznej kontroli w rozumieniu europejskiego prawa koncentracji¹⁰⁰. Teza W. Wilsa o (absolutnej) komplementarności pomiędzy przepisami o oceny *ex ante* (przepisy o kontroli koncentracji) i przepisami o kontroli *ex post* (przepisy o antykonkurencyjnych porozumieniach) wydaje się kusząca. Nie jest ona jednak poprawna ze względu na funkcję (zarówno w prawie polskim, jak i europejskim) przeprowadzanej *ex ante* oceny koncentracji, w której ważna jest ekonomia i szybkość postępowania¹⁰¹).

Powody, dla których teza W. Wilsa jest niepoprawna (zarówno na gruncie polskiego, jak i europejskiego prawa konkurencji), oraz dla których należy uznać, że pomiędzy zakresami pojęciowymi grupy kapitałowej i jednego organizmu gospodarczego zachodzi stosunek krzyżowania, zostaną omówione poniżej¹⁰². Powody te mają związek ze specyfiką, zachodzącej *ex ante*, oceny koncentracji przez organy konkurencji i dotyczą prawa polskiego oraz europejskiego.

4. Różnice pomiędzy analizą zagadnienia „granic przedsiębiorstwa” podczas oceny *ex ante* i *ex post*: *continuum* strukturalno-behawioralne

W świetle rozważań dokonanych powyżej w niniejszym rozdziale, wydaje się, że celem, zachodzącej podczas oceny *ex ante*, kontroli koncentracji w prawie konkurencji jest przede wszystkim efektywna ocena potencjalnie antykonkurencyjnych transakcji wpływających na strukturę rynku, a nie ocena przypadków, w których następuje transfer aktywów pomiędzy samodzielnymi podmiotami rynkowymi – na pozór podobne i często pokrywające się dwa

⁹⁹ Główna praca W. Wilsa o pojęciu przedsiębiorstwa w prawie europejskim pochodzi z 2000 r., więc autor posługiwał się jeszcze terminologią mówiącą o art. 81 i art. 82 na opisanie dzisiejszych art. 101 i 102 TFUE. Zob. W. Wils, *The Undertaking as Subject of E.C. Competition Law and the Imputation of Infringements to Natural or Legal Persons*, E.L.R. 2000, vol. 25(2).

¹⁰⁰ Zob. W. Wils, *The Undertaking as Subject of E.C. Competition Law...*, s. 106.

¹⁰¹ Zob. podrozdział III.4.

¹⁰² Zob. podrozdział III.4.

powyższe cele nie zawsze są jednak tożsame. Co prawda w większości przypadków transfer aktywów pomiędzy samodzielnymi podmiotami rynkowymi pokryje się z zakresem wykonywanej *ex ante* oceny koncentracji przez organy antymonopolowe. Jednak niekiedy ocena koncentracji obejmuje większe spektrum przypadków – przykładem mogą być tzw. podlegające ocenie *ex ante* samodzielne „operacyjnie” *joint ventures*, których utworzenie nie prowadzi do powstania prawdziwie samodzielnego przedsiębiorcy i koncepcyjnie przypomina bardziej porozumienie pomiędzy (samodzielnymi) podmiotami tworzącymi takiego *joint venture*¹⁰³). Tak jak w przypadku samodzielnych „operacyjnie” *joint ventures*, tak i w wypadku grup kapitałowych, w niektórych sytuacjach, na potrzeby oceny *ex ante*, pojęcie „grupa kapitałowa” nie jest tożsame z „jednym organizmem gospodarczym”, choć na poziomie koncepcyjnym te dwa pojęcia wydają się synonimiczne. W ocenie *ex ante* chodzi przede wszystkim o ekonomię postępowania przed organami konkurencji i przewidywalność. Przedsiębiorcom zgłaszającym zamiar koncentracji zależy na szybkiej decyzji organu konkurencji, a sam organ jest najczęściej związany ścisłymi ramami czasowymi¹⁰⁴ – decyzja organu konkurencji podczas oceny *ex ante* musi być zatem w pewnej mierze oparta na ustandaryzowanych przesłankach. Dlatego właśnie art. 4 pkt 4 uokk wymienia enumeratywnie rodzaje powiązań „ilościowych” lub „strukturalnych” prowadzących do powstania „kontroli”. Pojęcia używane w prawie kontroli koncentracji będą miały znaczenie bardziej strukturalne i ilościowe niż behawioralne i jakościowe – ocena *ex ante* bardziej jest dopasowana do badania relacji strukturalnych niż behawioralnych, do których z kolei odpowiedniejsza wydaje się ocena *ex post*.

W świetle powyższych rozważań o specyfice antymonopolowej kontroli koncentracji może się zatem zdarzyć, że organy konkurencji niejako przeoczą, iż przedsiębiorcy, którzy z pozoru należą do jednego organizmu gospodarczego (lub przedsiębiorcy, z których jeden sprawuje nad drugim

¹⁰³ Zob. więcej: rozdział IV. Znamienne jest zresztą, że W. Wils nie wspomina o *joint ventures*.

¹⁰⁴ Przykładowo Komisja Europejska, zgodnie z art. 10 Rozporządzenia 139/2004, musi w tzw. pierwszej fazie, wydać decyzje w sprawie zgłoszonej koncentracji w ciągu 25 dni roboczych. Jeżeli Komisja uzna, że koncentracja może być problematyczna w świetle zgodności z europejskim prawem konkurencji, w tzw. drugiej fazie Komisja ma co do zasady dodatkowo 90 dni na wydanie ostatecznej decyzji. Podobne rozwiązania są proponowane przez projekt nowelizacji polskiej ustawy o ochronie konkurencji z 10 czerwca 2014 (*op. cit.*). Zgodnie z projektem, co do zasady „postępowanie antymonopolowe w sprawach koncentracji powinno być zakończone w terminie miesiąca od dnia jego wszczęcia” (projekt art. 96 uokk), a w sprawach „szczególnie skomplikowanych” postępowanie to może trwać dodatkowo 4 miesiące (projekt art. 96a uokk).

„pozorną” kontrolę), w rzeczywistości, wskutek rozmaitych okoliczności faktycznych, są jednak w stosunku do siebie samodzielni. W takim wypadku ta sama transakcja niepoddana ocenie *ex ante* z powodu rzekomej relacji kontroli lub rzekomej przynależności do grupy kapitałowej może podlegać późniejszej ocenie *ex post*, gdzie – po dokonaniu dokładniejszej (jakościowej, behawioralnej) analizy – może okazać się, że stronami omawianej transakcji są jednak samodzielni przedsiębiorcy. Innymi słowy, w przepisy o kontroli koncentracji wpisana jest inherentna zgoda ustawodawcy na pominięcie przez kontrolę *ex ante* niektórych transakcji będących w istocie koncentracjami¹⁰⁵. Posiłkując się terminologią występującą w amerykańskim prawie konkurencji, takie sytuacje „nieдостatecznej kontroli” można określić mianem „*false negatives*”¹⁰⁶.

Podobnie zdarzyć się może, wskutek bardziej ilościowej i strukturalnej analizy *ex ante*, że przedsiębiorcy zostaną uznani za samodzielnych, a tym samym nienależących do grupy kapitałowej, podczas gdy w rzeczywistości będą ich łączyły relacje świadczące o braku samodzielności, a więc o przynależności do jednego organizmu gospodarczego. Tym samym koncentracja pomiędzy przedsiębiorcami może zostać „niejako” niesłusznie poddana merytorycznej ocenie na etapie oceny *ex ante*. Sytuacje takie mogą dotyczyć szczególnie opisywanych przez doktrynę polskiego prawa konkurencji „nienazwanych form kontroli”, przy których „nie chodzi (...) o żadne z powiązań strukturalnych, o których mowa w art. 4 pkt 4 lit. a–f” uokk¹⁰⁷. Takie wypadki „nadmiernej” kontroli *ex ante* można określić angielskim terminem *false positives*.

False negatives i *false positives* w kontekście poprawnej identyfikacji jednego organizmu gospodarczego podczas stosowania *ex ante* przepisów o kontroli koncentracji, mogą mieć związek z różnymi okolicznościami świadczącymi o rzekomym wywieraniu (lub nie) decydującego wpływu (i kontroli), a tym samym należeniu (lub nie) dwóch podmiotów do jednej „grupy kapitałowej”. Przykładowo, niektóre z „uprawnień” opisanych w zawartym w art. 4 pkt 4 uokk katalogu „uprawnień”, świadczących co

¹⁰⁵ Zob. M. Kozak [w:] A. Bolecki, S. Drozd, S. Famirska, M. Kozak, M. Kulesza, A. Madała, T. Wardyński, *Prawo konkurencji...*, s. 43.

¹⁰⁶ W USA sztandarowym orzeczeniem, w którym Sąd Najwyższy USA zwraca uwagę na ryzyko *false negatives* jest orzeczenie w sprawie *Trinko (Verizon Communications v. Law Offices of Curtis V. Trinko, 540 U.S. 398, 2004)*. W orzeczeniu tym Sąd Najwyższy USA uznał, że monopolista na rynku detalicznych naziemnych usług komunikacyjnych nie ma obowiązku udostępnienia swojej infrastruktury konkurentom (tzw. doktryna *essential facilities*).

¹⁰⁷ A. Piszcz, *Grupa kapitałowa...*, s. 52.

do zasady o „wywieraniu decydującego wpływu” na potrzeby stosowania przepisów o kontroli koncentracji, mogą czasami w skomplikowanej rzeczywistości rynkowej nie prowadzić do powstania takiego wpływu, a uprawnienia „słabsze” od tych wymienionych w art. 4 pkt 4 uokk mogą w praktyce do takiego wpływu prowadzić. Stąd, podczas oceny *ex ante*, najczęściej jedynie „dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników” (art. 4 pkt 4 lit. a uokk) przesądzi o wywieraniu decydującego wpływu (czyli o kontroli). W praktyce jednak często, szczególnie przy rozdrobnionym akcjonariacie, nawet mniejszościowy udział głosów (np. 30%) w danej spółce kapitałowej może dać nabywcy takiego udziału decydujący wpływ na działalność spółki. Oczywiście katalog z art. 4 pkt 4 uokk jest jedynie katalogiem przykładowych i najczęstszych uprawnień świadczących o decydującym wpływie; Prezes UOKiK może zatem uznać, że do decydującego wpływu dojdzie w przypadku sytuacji nieopisanych w tym katalogu. Prezes UOKiK może się np. dopatrzeć decydującego wpływu na potrzeby oceny koncentracji nawet podczas nabycia mniejszego niż 50% udziału (mowa wtedy o tzw. faktycznej kontroli)¹⁰⁸. Jednakże ocena tego, jaki udział przesądza w rzeczywistości o wywieraniu decydującego wpływu na działalność danej spółki, jest siłą rzeczy dokładniejsza już po nabyciu tego udziału, czyli wtedy, kiedy można zbadać (behawioralnie), co tak naprawdę dzieje się na walnych zgromadzeniach akcjonariuszy lub udziałowców danej spółki.

W obu wymienionych wyżej sytuacjach: *false negatives* i *false positives*, można mówić o pewnej niedogodności dla przedsiębiorstw. W pierwszej sytuacji (*false negatives*), kiedy za grupę kapitałową zostanie uznana grupa samodzielnych w istocie przedsiębiorców, przedsiębiorcy ci będą mylnie przekonani, że transakcja zawarta pomiędzy nimi nie podlega ocenie pod kątem reguł konkurencji, podczas gdy transakcja taka może podlegać późniejszej ocenie *ex post*. W drugiej sytuacji, kiedy w ramach oceny *ex ante* organ konkurencji uzna mylnie, że dwa podmioty lub więcej są samodzielne i nie należą do „grupy kapitałowej”, a następnie, po dokonaniu merytorycznej oceny *ex ante*, zakáže transakcji między takimi podmiotami, zablokowana zostanie transakcja, która w wypadku bardziej wnikliwej oceny jakościowej i behawioralnej nie powinna w ogóle podlegać merytorycznej ocenie pod kątem ewentualnej antykonkurencyjności (ponieważ od samego początku była ona transakcją „w obrębie” jednego organizmu gospodarczego)¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Zob. podrozdział III.3.1.

¹⁰⁹ Ze względu na ekonomiczne lub moralne uzasadnienie istnienia koncepcji jednego organizmu gospodarczego (zob. podrozdział II.2), dla którego większość jurysdykcji uznaje zasadność tej koncepcji.

W obu jednak wypadkach należy uznać, że inherentna zgoda na błędy podczas strukturalno-ilościowego badania samodzielności przedsiębiorców w ramach oceny *ex ante* i ewentualne negatywne skutki dla przedsiębiorców są uzasadnione korzyścią, którą (również, a i przede wszystkim dla przedsiębiorców) stanowi sprawność i ekonomia postępowania w sprawach z zakresu kontroli koncentracji. Zgoda ustawodawcy na bardziej strukturalne i ilościowe badanie oznacza jednocześnie szybszą ocenę *ex ante* i szybsze – w większości przypadków – wydanie przez organ konkurencji zgody na planową koncentrację. Należy jednak zwrócić uwagę, że zgoda ustawodawcy na inherentne błędy popełniane przez organy konkurencji podczas oceny samodzielności przedsiębiorców w procesie kontroli koncentracji powinna również oznaczać większą wyrozumiałość dla takich samych błędów popełnianych przez przedsiębiorców – to przecież na przedsiębiorcach w prawie polskim spoczywa obowiązek zidentyfikowania grup kapitałowych, których dotyczy koncentracja, i uwzględnienia informacji o grupach kapitałowych we wniosku notyfikującym koncentrację Prezesowi UOKiK (przedsiębiorcy mogą też nie składać w ogóle wniosku koncentracyjnego, jeżeli uznają, że koncentracja odbywa się „w ramach grupy kapitałowej”). Dlatego też, jeżeli przedsiębiorca niezasadnie dokona koncentracji bez zgłoszenia zamiaru koncentracji z powodu rzekomej przynależności do grupy kapitałowej, zarówno Prezes UOKiK, jak i Komisja Europejska powinni być wstrzemięźliwi w nakładaniu na takiego przedsiębiorcę kary pieniężnej¹¹⁰, oczywiście pod warunkiem, że przedsiębiorca w dobrej wierze zakładał, iż w danej sytuacji koncentracja miała miejsce właśnie w ramach grupy kapitałowej¹¹¹. Należy zatem zwrócić uwagę, że powyższe stwierdzenie nie oznacza, że przedsiębiorcy (przedsiębiorstwa), którzy nie zgłoszą (Prezesowi UOKiK, Komisji Europejskiej) nabycia tzw. *de facto* kontroli (czyli kontroli polegającej na nabyciu udziału kapitałowego mniejszego niż 50%) zawsze powinni uniknąć finansowej odpowiedzialności. Czasami bowiem fakt nabycia *de facto* kontroli powinien być oczywisty dla przedsiębiorców¹¹².

¹¹⁰ Tak: A. Piszcz, *Grupa Kapitałowa...*, s. 53–54. Dla przeglądu sankcji z tytułu naruszenia przepisów polskiej ustawy antymonopolowej z zakresu kontroli łączenia przedsiębiorców, zob. M. Błachucki, *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców*, UOKiK, Warszawa 2012, s. 330–335.

¹¹¹ Zob. M. Błachucki, *System postępowania antymonopolowego...*, s. 338–339.

¹¹² Dobrym przykładem jest sprawa nabycia kontroli przez spółkę Electrabel nad spółką Compagnie Nationale du Rhone („CNR”). W powyższej sprawie Komisja nałożyła na Electrabel karę w wysokości 20 milionów euro, ponieważ spółka ta nie zawiadomiła Komisji w 2003 r. o nabyciu udziałów w spółce CNR, dających Electrabel ok. 48% głosów na walnym zgromadzeniu akcjonariuszy CNR (stosowną notyfikację informującą o nabyciu kontroli, Electrabel złożyła dopiero w 2007 r., kiedy to nabyła ona dodatkowe udziały).

Za ciekawą i przydatną należy uznać propozycję M. Błachuckiego, który badanie „świadomości zlekceważenia obowiązku notyfikacyjnego” proponuje oprzeć na ekonomicznej analizie kosztów transakcyjnych. Jeżeli „koszty transakcyjne związane z koniecznością notyfikacji zamiaru łączenia przedsiębiorców i odłożeniem transakcji o kilka lub kilkanaście tygodni będą wyższe niż potencjalna sankcja, może to skłaniać przedsiębiorców do świadomego zaniechania notyfikacji koncentracji”.

Podobnie jeżeli przedsiębiorca zgłosi planowaną transakcję (koncentrację), a organ konkurencji mylnie uzna w wyniku oceny *ex ante*, że koncentracja taka odbywa się „w ramach grupy kapitałowej”, Prezes UOKiK i Komisja Europejska nie mogą później, w wyniku analizy *ex post*, stwierdzić, że analizowana transakcja miała jednak miejsce pomiędzy samodzielnymi przedsiębiorcami i zakazać tej transakcji, uchylając swoją wcześniejszą decyzję – powyższy wniosek wynika z zasady zaufania do prawa obowiązującej w polskim i w europejskim prawie konkurencji: raz zaakceptowanej koncentracji organy konkurencji nie mogą już podważać w wyniku oceny *ex post*. W polskim prawie konkurencji uchYLENIE decyzji Prezesa UOKiK wyrażającej zgodę na dokonanie koncentracji możliwe jest wyłącznie w dwóch, wymienionych w art. 21 ust. 1 uokk, przypadkach (po pierwsze w sytuacji, w której przedsiębiorcy podadzą Prezesowi UOKiK „nierzetelne” informacje i po drugie – w sytuacji, w której przedsiębiorcy nie spełnili warunków koncentracji nałożonych przez Prezesa UOKiK). Poza powyższymi dwoma przypadkami Prezes UOKiK „nie może uchylić decyzji zawierających zgodę na koncentrację”¹¹³. Prawie identyczną treść, jak omawiany wyżej art. 21

Komisja podkreśliła, że w świetle wcześniejszych spraw, Electrabel powinna wiedzieć, że nabycie udziału dającego prawo do 48% głosów przy rozdrobnionym akcjonariacie nabywanego podmiotu równa się nabyciu wyłącznej kontroli. Komisja podkreśliła jednocześnie, że Electrabel, w celu stwierdzenia nabycia wyłącznej kontroli była zobowiązana do dokonania tzw. analizy *a priori* (czyli dokonania predykcji behawioralnej), a nie analizy *a posteriori* (czyli analizy behawioralnej, już po nabyciu omawianych udziałów). Decyzja Komisji została potwierdzona w wyroku Sądu. Zob. decyzja Komisji Europejskiej z 10.06.2009 r. w sprawie COMP/M.4994 *Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône*, pkt 41, 54, 59; decyzja dostępna na: <http://ec.europa.eu/competition/>, dostęp: 25.08.2015 r. Zob. też: wyrok Sądu z 12.12.2012 r. w sprawie T-332/09 *Electrabel p. Komisji*, wyrok dostępny na: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r.

¹¹³ A. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Komentarz do art. 21 uokk*, pkt 2. Tak samo: G. Materna, *Ustawne klauzule antykonkurencyjne w transakcjach koncentracji przedsiębiorstw – orzecznictwo wspólnotowe i polskie*, Glosa nr 2/2005, s. 118; M. Błachucki (powołując się na zasadę powagi rzeczy osądzonej), *System postępowania antymonopolowego...*, s. 317–320 (podkreślając jednak, że „zakres powagi rzeczy rozstrzygniętej odnosi się jedynie do koncentracji, a nie do towarzyszących jej dodatkowych postanowień umownych”).

ust. 1, ma też art. 6 ust. 3 unijnego Rozporządzenia 139/2004. Przykładem może być decyzja Komisji Europejskiej w sprawie *Sanofi*, w której Komisja uchyliła swoją decyzję wyrażającą zgodę na koncentrację (utworzenie *joint venture*) oraz nałożyła na przedsiębiorców kary pieniężne za zatajenie przed Komisją faktu aktywności „rodziców” *joint ventures* na określonych rynkach¹¹⁴.

5. Wnioski

Analiza dokonana w niniejszym rozdziale wykazała, że stosowanie koncepcji jednego organizmu gospodarczego w prawie antymonopolowym wiąże się ze swoistym strukturalno-behawioralnym (ilościowo-jakościowym) *continuum* w zależności od rodzaju przepisów prawnych, dla których ta koncepcja jest wykorzystywana.

W teorii pojęcie „grupy kapitałowej”, czyli pojęcie używane w prawie polskim przede wszystkim w kontekście kontroli koncentracji (a więc oceny *ex ante*¹¹⁵) obejmuje ten sam zbiór desygnatów, co pojęcie „jednego organizmu gospodarczego” (używane głównie na potrzeby oceny *ex post*). W praktyce jednak badanie zagadnienia „granic przedsiębiorstwa” przez organy antymonopolowe podlega różnym stopniom intensywności w zależności od rodzaju norm prawa ochrony konkurencji, których zastosowania wymusza takie badanie. Przy zastosowaniu bardzo „technicznych”, a także arbitralnych, przepisów o liczeniu łącznego obrotu „grup” (w prawie UE) lub „grup kapitałowych” (w prawie polskim) na potrzeby określenia jurysdykcji organu antymonopolowego, badanie kwestii granic przedsiębiorstw jest – i powinno być – stosunkowo pobieżne oraz skupiać się przede wszystkim na kryteriach „ilościowych” oraz „strukturalnych”. To samo badanie podczas zastosowania przepisów definiujących rodzaj transakcji poddanych ocenie *ex ante* przez organ antymonopolowy (a więc transakcji będących „koncentracją” w prawie polskim oraz transakcji polegających na „trwałej zmianie kontroli” w prawie UE) powinno być już nieco dokładniejsze,

¹¹⁴ Zob. decyzja Komisji Europejskiej z 28.07.2009 r. w sprawie IV/M.1543 *Sanofi/Synthelabo*, decyzja dostępna na: <http://ec.europa.eu/competition/>, dostęp: 25.08.2015 r. Zob. też: *Investigations of Consumated and Non-Notifiable Mergers, the EU's Contribution*, Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement, 25 February 2014, s. 6; dokument dostępny na: [http://search.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2014\)19&docLanguage=En](http://search.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2014)19&docLanguage=En), dostęp: 25.08.2015 r.

¹¹⁵ Z mało znaczącym wyjątkiem Rozporządzenia badawczo-rozwojowego, zob. podrozdział III.3.2.4.

a więc bardziej „jakościowe”. Co więcej, w ramach oceny *ex ante* nie można poddać pełnej analizie okoliczności behawioralnych, a jedynie ewentualnie polegać niekiedy na swoistej, opisanej w niniejszym rozdziale¹¹⁶, „predykcji behawioralnej”. Sformułowanie predykcji behawioralnej jest mniej dokładne i bardziej ilościowe niż „pełnokrwiste” badanie behawioralne w ramach oceny *ex post*¹¹⁷.

W świetle powyższych wniosków Tabela 4 przedstawia opisane wyżej *continuum* strukturalno-behawioralne oraz „intensywność” stosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego w zależności od rodzaju stosowanych norm antymonopolowych.

Tabela 4. *Continuum* strukturalno-behawioralne (ilościowo-jakościowe): intensywność badania istnienia „grupy kapitałowej” i „jednego organizmu gospodarczego”

<i>badanie strukturalne (ilościowe)</i>		<i>badanie behawioralne (jakościowe)</i>
Ocena <i>ex ante</i>: liczenie łącznego obrotu „grup”	Ocena <i>ex ante</i>: definicja transakcji będących „koncentracjami” (lub transakcji prowadzących do „trwałej zmiany kontroli” w prawie europejskim)	Ocena <i>ex post</i> (formalny i materialny aspekt koncepcji jednego organizmu gospodarczego)
Większa preferencja okoliczności ilościowych/strukturalnych; w wyjątkowych sytuacjach możliwa „predykcja” behawioralna	Większa preferencja dla okoliczności bardziej jakościowych, możliwa „predykcja” behawioralna	Możliwa pełna analiza behawioralna

¹¹⁶ Zob. podrozdział III.2.3.

¹¹⁷ Choć intensywność analizy *ex post* również powinna podlegać stopniowaniu w zależności od materialnego lub formalnego aspektu zastosowania koncepcji *single economic unit*, zob. rozdział VI i VII.

Rozdział IV

Pojęcie wspólnego przedsiębiorcy a koncepcja jednego organizmu gospodarczego

1. Uwagi ogólne

Przedmiot niniejszego rozdziału stanowi analiza zagadnienia „wspólnego przedsiębiorcy” (lub „wspólnego przedsiębiorstwa”) w świetle koncepcji jednego organizmu gospodarczego.

Jak wspomniano wcześniej w tej pracy¹, zarówno w prawie UE, jak i w prawie polskim, jedną z przewidzianych przez reguły konkurencji form koncentracji jest utworzenie tzw. „wspólnego przedsiębiorcy” (prawo polskie) lub „wspólnego przedsiębiorstwa” (prawo europejskie, ang. *joint venture*)². Pojęcie wspólnego przedsiębiorcy odgrywa w prawie ochrony konkurencji istotną rolę. Występuje ono bowiem „na styku” przepisów o kontroli koncentracji oraz norm dotyczących antykonkurencyjnych porozumień. W zależności od specyfiki norm ochrony konkurencji obowiązujących w danej jurysdykcji, utworzenie niektórych „wspólnych przedsiębiorców” podlega obowiązkowi notyfikacji do organów antymonopolowych (i tym samym podlega też merytorycznej ocenie *ex ante*), utworzenie zaś innych „wspólnych przedsiębiorców” takiemu obowiązkowi nie podlega (a tym samym podlega ocenie *ex post* na podstawie przepisów o antykonkurencyjnych porozumieniach).

¹ Zob. rozdział III.

² Ponieważ prawo polskie posługuje się pojęciem „wspólnego przedsiębiorcy”, a prawo europejskie pojęciem „wspólnego przedsiębiorstwa”, autor przyjmie następującą konwencję terminologiczną. Co do zasady w pracy tej używane będzie pojęcie „wspólny przedsiębiorca”. Jedynie czasami, w sytuacjach, gdy autor będzie chciał się odwołać bezpośrednio do prawa UE, użyte zostanie pojęcie „wspólnego przedsiębiorstwa”. Czasami autor będzie się też, zamiennie do pojęcia „wspólnego przedsiębiorcy”, posługiwał angielskim terminem *joint venture*.

Przyjęta w poniższym rozdziale hipoteza badawcza zakłada, że obowiązki notyfikacji do organów antymonopolowych powinny podlegać takie transakcje, które prowadzą do powstania nowych „jednych organizmów gospodarczych”.

Celem niniejszego rozdziału jest zatem zbadanie, na ile kategorie „notyfikowalnych” i „nienotyfikowanych” wspólnych przedsiębiorców pokrywają się (i na ile powinny się pokrywać) z pojęciem jednego organizmu gospodarczego. W rozdziale tym autor postara się również odpowiedzieć na pytanie, na ile, opisane wcześniej w tej pracy³, mikroekonomiczne kryteria wyodrębnienia firmy (i, tym samym, postulowane kryteria wyodrębnienia „jednych organizmów gospodarczych”), czyli brak kontroli i niebagatelny poziom integracji ekonomicznej zasobów „w ramach” firmy, nadają się do odróżnienia „notyfikowalnych” od „nienotyfikowalnych” wspólnych przedsiębiorców.

Na początku niniejszego rozdziału zostaną opisane uregulowania dotyczące zastosowania norm antymonopolowych do utworzenia i działalności wspólnych przedsiębiorców w UE (podrozdział IV.2) oraz w Polsce (podrozdział IV.3)⁴. Następnie autor postara się określić relacje pomiędzy kryteriami wyodrębnienia firmy i jednego organizmu gospodarczego a kryteriami pozwalającymi odróżnić „notyfikowalnych” od „nienotyfikowalnych” wspólnych przedsiębiorców (podrozdział IV.4.1 odnośnie do kryterium niebagatelniego poziomu integracji ekonomicznej oraz podrozdział IV.4.2 odnośnie do kryterium braku kontroli). Na koniec (podrozdział IV.4.3) autor postara się odpowiedzieć na pytanie, jak koncepcja jednego organizmu gospodarczego może być zastosowana do oceny utworzenia i działalności wspólnych przedsiębiorców, oraz czy koncepcja ta podlega zróżnicowanemu zastosowaniu w zależności od rodzaju ocenianego wspólnego przedsiębiorcy.

2. Utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa w prawie ochrony konkurencji UE

2.1. Uwagi ogólne

Szczególna forma koncentracji, przewidziana w art. 3 ust. 4 Rozporządzenia 139/2004, polega na „utworzeniu wspólnego przedsiębiorstwa” (ang. *joint venture*) „pełniącego w sposób trwały wszystkie funkcje samodzielnego

³ Zob. podrozdział II.3.

⁴ Przedmiotu niniejszego rozdziału nie będzie jednak stanowić zagadnienie przypisania „rodzicom” tego przedsiębiorstwa odpowiedzialności za naruszenie prawa konkurencji – zagadnienie to zostanie omówione osobno w rozdziale VI niniejszej pracy ze względu na tematykę tego rozdziału (dotyczącą przypisania odpowiedzialności).

podmiotu gospodarczego” (art. 3 ust. 4 Rozporządzenia 139/2004). Skonsolidowane obwieszczenie jurysdykcyjne wyjaśnia, że chodzi o tzw. wspólne przedsiębiorstwo o pełnym zakresie funkcji (ang. *full-function joint venture*)⁵, którego powstanie prowadzi „do zmiany w strukturze rynku”⁶.

Oczywiście nie wszystkie *joint ventures* prowadzą do zmiany w strukturze rynku i charakteryzują się „pełnym zakresem funkcji”. Część wspólnych przedsiębiorstw (o „niepełnym zakresie funkcji”, ang. *partial function joint ventures*)⁷ stanowi, w myśl europejskiego prawa konkurencji, po prostu „porozumienia” w rozumieniu art. 101 TFUE⁸. Dobrym przykładem ilustrującym powyższe dwa aspekty oceny działalności wspólnych przedsiębiorstw jest sprawa *joint venture*, zawartego pomiędzy spółkami BHP Billiton i Rio Tinto⁹, w której początkowo strony dążyły do stworzenia wspólnego przedsiębiorstwa o pełnym zakresie funkcji. Gdy stało się jednak jasne, że Komisja Europejska podda takie *joint venture* wnikliwej analizie w postępowaniu z zakresu kontroli koncentracji, strony zmieniły zawartą umowę i pozbawiły wspólne przedsiębiorstwo pełnego zakresu funkcji. Komisja wszczęła jednak nowe postępowanie na gruncie art. 101 TFUE, wskutek czego BHP Billiton i Rio Tinto zdecydowały o całkowitym zakończeniu współpracy.

R. Whish i D. Bailey zwracają uwagę na „proceduralne” zalety, jakie mogą wiązać się dla przedsiębiorców z poddaniem wspólnego przedsiębiorstwa europejskiemu reżimowi kontroli koncentracji, a nie przepisom o antykonkurencyjnych porozumieniach¹⁰. Po pierwsze, w wypadku wyrażenia przez Komisję zgody na koncentrację, na mocy Rozporządzenia 139/2004, *joint venture* nie podlega ocenie *ex ante* przez krajowe porządki antymonopolowe¹¹. Po drugie, ocena *ex ante*, w przeciwieństwie do oceny porozumień

⁵ Skonsolidowane Rozporządzenie Komisji nr 802/2004 z dnia 7.04.2004 r. w sprawie wykonania rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.Urz.UE 2004 Nr L 133/1, „Rozporządzenie 802/2004”), s. 23, pkt 92.

⁶ *Ibidem*, s. 23, pkt 91. Zob. też: M. Szydło, *Kontrola operacji koncentracyjnych w prawie wspólnotowym. Wybrane zagadnienia prawne*, St. Eur. nr 4/2005, s. 83-86; Bellamy & Child (red. P. Roth, V. Rose), *European Community Law of Competition*, 6th Ed., Oxford University Press 2008 s. 542-544; J. Faull, A. Nikpay (red.), *The EC Law of Competition*, 2nd Ed., Oxford University Press 2007, s. 438-441.

⁷ Bellamy & Child (red. V. Rose, D. Bailey), *European Union...*, s. 543.

⁸ J. Faull, A. Nikpay (red.), *The EC Law...*, s. 438.

⁹ Zob. R. Whish, D. Bailey, *Competition Law*, 7th Ed., Oxford University Press 2012, s. 837. Sprawa nie zakończyła się formalną decyzją Komisji Europejskiej.

¹⁰ *Ibidem*, s. 871.

¹¹ Z wyjątkiem nadzwyczajnych przypadków, przede wszystkim wtedy kiedy prawo kontroli koncentracji państwa członkowskiego UE obejmuje również tzw. akwizycje mniejszościowe (zob. więcej: podrozdział III.2.2.1). Taka sytuacja miała miejsce w sprawie *RyanAir/Aer Lingus* (zob. wyrok Sądu w sprawie T-411/07, *op. cit.*) Więcej o sprawie *Ryanair/*

mającej charakter *ex post*, wiąże się ze ścisłymi czasowymi ramami, które obowiązują Komisję Europejską.

2.2. Pełny zakres funkcji

Jak wyjaśnia Skonsolidowane obwieszczenie jurysdykcyjne, atrybut „samodzielności”, który charakteryzuje wspólne przedsiębiorstwo o pełnym zakresie funkcji nie oznacza, że przedsiębiorstwo to musi być „samodzielne, jeżeli chodzi o podejmowanie decyzji strategicznych”¹². Skonsolidowane obwieszczenie jurysdykcyjne dalej precyzuje, że chodzi o podmiot gospodarczy „samodzielny z operacyjnego punktu widzenia”¹³. Taka operacyjna samodzielność rozumiana jest w stosunkowo szeroki sposób, szczególnie w czasie trwania tzw. okresu rozruchowego. Przykładowe cechy niepozabawiające wspólnego przedsiębiorstwa pełnego zakresu funkcji (a więc niepozabawiające „operacyjnej” samodzielności) według Obwieszczenia to:

- brak własnych pracowników (wspólne przedsiębiorstwo może na „okres rozruchowy” korzystać z pracowników podmiotów założycielskich¹⁴);
- poleganie „niemal wyłącznie” na transakcjach z podmiotami założycielskimi w „czasie trwania okresu rozruchowego”¹⁵.

Jeżeli wspólne przedsiębiorstwo działa na wyższym szczeblu obrotu niż podmioty założycielskie (tzn. jest potencjalnym sprzedawcą do podmiotów założycielskich), po upływie „okresu rozruchowego”, wspólne przedsiębiorstwo o pełnym zakresie funkcji powinno już „ponad 50% swojego obrotu” uzyskiwać z transakcji ze stronami trzecimi. Wyjątkowo, Skonsolidowane obwieszczenie jurysdykcyjne dopuszcza, żeby obrót wspólnego przedsiębiorcy osiągany z transakcji ze stronami trzecimi (a więc nie z podmiotami założycielskimi) wynosił mniej niż 50% – obrót ten wynosić może nawet jedynie 20% pod warunkiem, że transakcje pomiędzy „wspólnym przedsiębiorstwem” a podmiotami założycielskimi odbywają się „według zasad pełnej konkurencji na zwykłych warunkach handlowych”¹⁶.

Aer Lingus, zob. P. Caro de Sousa, *Minority Shareholdings and the Competing Merger Control Jurisdictions of the EU and National Competition Authorities: The Ryan Air /Aer Lingus Case*, CPI, Europe Column, February 2013.

¹² Skonsolidowane obwieszczenie jurysdykcyjne, *op. cit.*, s. 23, pkt 93.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*, pkt 94.

¹⁵ Okres taki „zwykle” nie przekracza trzech lat, Skonsolidowane obwieszczenie jurysdykcyjne, *op. cit.*, s. 23–24, pkt 97.

¹⁶ *Ibidem*, s. 23, pkt 89.

Trochę inaczej kształtuje się sytuacja, w której wspólne przedsiębiorstwo znajduje się na niższym szczeblu obrotu niż podmioty założycielskie (tzn. jest potencjalnym nabywcą). W takiej sytuacji o „pełnym zakresie funkcji” można mówić, kiedy „powiększa się wartość nabywanych produktów czy usług”. Według niektórych komentatorów chodzi o dodanie „znaczącej wartości” do nabywanych produktów¹⁷ – w przeciwnym wypadku wspólne przedsiębiorstwo jest bliższe „wspólnej agencji sprzedaży”¹⁸ i nie posiada pełnego zakresu funkcji¹⁹. Wyjątek stanowi sytuacja, w której wspólne przedsiębiorstwo jest aktywne na „rynku handlowym”. Rynek handlowy charakteryzuje się istnieniem (na dolnym szczeblu dystrybucji) „spółek specjalizujących się w sprzedaży i dystrybucji produktów”, a nie jedynie „spółek zintegrowanych” pionowo. Jeżeli wspólne przedsiębiorstwo działa na rynku handlowym, to fakt zakupów części towarów od pomiotów założycielskich nie czyni tego przedsiębiorstwa „wspólną agencją sprzedaży” (a więc nie pozbawia go pełnego zakresu funkcji), pod warunkiem, że wspólne przedsiębiorstwo jest w stanie uzyskać część swoich dostaw „również ze źródeł konkurencyjnych” (a nie jedynie od podmiotów założycielskich)²⁰.

2.3. Trwałość

Rozporządzenie 139/2004, podobnie jak Skonsolidowane obwieszczenie jurysdykcyjne, nie pozostawia wątpliwości, że wspólne przedsiębiorstwo o pełnym zakresie funkcji musi działać „w sposób trwały”. Wspólne przedsiębiorstwo może być utworzone na z góry określony okres i podlegać automatycznemu rozwiązaniu po upływie tego okresu – sam powyższy fakt nie przesądza jeszcze o braku „trwałości”²¹, istotna jest raczej długość takiego okresu. Skonsolidowane obwieszczenie jurysdykcyjne nie przewiduje żąd-

¹⁷ J. Faull, A. Nikpay (red.), *The EC Law...*, s. 440.

¹⁸ Zob. też: R. Whish, D. Bailey, *Competition Law...*, s. 838. Co do zasady wspólne przedsiębiorstwo nie posiada pełnego zakresu funkcji, kiedy przekazane zostaną mu jedynie konkretne funkcje podmiotów założycielskich, takie jak „agencja sprzedaży” lub „działalność badawczo-rozwojowa” (ang. *R&D*).

¹⁹ Skonsolidowane obwieszczenie jurysdykcyjne, *op. cit.*, s. 26, pkt 101.

²⁰ Skonsolidowane obwieszczenie jurysdykcyjne, *op. cit.*, s. 26, pkt 102. Więcej o szczególnych kryteriach wyodrębnienia wspólnego przedsiębiorstwa o pełnym zakresie funkcji – zob. np. C. Bergqvist, *The Concept of An Autonomous Economic Entity*, E.C.L.R. 2003, vol. 24(10), s. 498–503.

²¹ Zob. A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law, Text, Cases and Materials*, 4th Ed., Oxford University Press 2011, s. 873; Bellamy & Child (red. V. Rose, D. Bailey), *European Union...*, s. 545.

nego okresu minimalnego, na który wspólne przedsiębiorstwo musi zostać powołane w celu uznania go za „trwałe”. Takie okresy można jednak znaleźć w konkretnych decyzjach Komisji Europejskiej – za „trwałe” zostały uznane wspólne przedsiębiorstwa powołane na: 12 lat²², 10–15 lat²³ oraz 8 lat²⁴ (ale już nie na okres 3 lat²⁵).

3. Utworzenie wspólnego przedsiębiorcy w polskim prawie ochrony konkurencji

Jak słusznie zauważa T. Skoczny, jednoznaczne uregulowanie kwestii utworzenia wspólnego przedsiębiorcy jest tak trudne, że w dużej mierze zależy ono od danego systemu prawnego²⁶. Polskie prawo i jego doktryna od dawna borykają się z problemem powstałym zapewne przez zwykłe przeoczenie ustawodawcy. Otóż, jak już było to wspomniane, w prawie europejskim notyfikacji podlegają koncentracje polegające na utworzeniu jedynie takiego wspólnego przedsiębiorcy, który posiada pełny „zakres funkcji”²⁷. Z kolei uokk, w art. 13 ust. 2 pkt 3, mówi jedynie o „utworzeniu przez przedsiębiorców wspólnego przedsiębiorcy”. Takie lakoniczne sformułowanie, powtórzone zresztą za uokk z 2000 r., nie było przekonujące dla części doktryny²⁸. Jeżeli bowiem rozumieć je dosłownie, oznaczałoby ono, że każda umowa pomiędzy dwoma „przedsiębiorcami” z art. 4 pkt 1 uokk, prowadząca do powstania nowego „przedsiębiorcy” w rozumieniu powyższego przepisu stanowiłaby,

²² Decyzja Komisji Europejskiej z 30.04.2003 r. w sprawie COMP/M.2903 *DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV*. Decyzja dostępna na: <http://ec.europa.eu/competition/>, dostęp: 25.08.2015 r.

²³ Decyzja Komisji Europejskiej z 20.07.2005 r. w sprawie COMP/M.3858 *Lehman Brothers/Starwood/Le Meridien* („*Lehman Brothers/Starwood*”). Decyzja dostępna na: <http://ec.europa.eu/competition/>, dostęp: 25.08.2015 r.

²⁴ Decyzja Komisji Europejskiej z 11.02.2002 r. w sprawie COMP/M.2632 *Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV*. Decyzja dostępna na: <http://ec.europa.eu/competition/>, dostęp: 25.08.2015 r.

²⁵ *Lehman Brothers/Starwood*, *op. cit.* Z drugiej strony, za „trwałe” zostało uznane wspólne przedsiębiorstwo, które mogło zostać rozwiązane z zachowaniem rocznego okresu wypowiedzenia przez każdy z podmiotów założycielskich po 3 latach. Zob. decyzja Komisji Europejskiej z 7.10.1996 r. w sprawie IV/M.823 *John Deere Capital/Lombard North Central*. Decyzja dostępna na: <http://ec.europa.eu/competition/>, dostęp: 25.08.2015 r.

²⁶ Zob. T. Skoczny [w:] T. Skoczny (red.), *Uokk. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 794.

²⁷ Czyli, zgodnie z art. 3 ust. 4 Rozporządzenia 139/2004, przedsiębiorstwa „pełniące w sposób trwały wszystkie funkcje samodzielnego podmiotu gospodarczego”.

²⁸ T. Skoczny [w:] T. Skoczny (red.), *Uokk...*, s. 797.

podlegające obowiązkowi notyfikacji, utworzenie „wspólnego przedsiębiorcy” (co podważałoby w dużej mierze sens polskiej regulacji antymonopolowej).

Dlatego też wielu autorów, jeszcze na gruncie uokk z 2000 r., postulowało, że notyfikacji powinny podlegać jedynie tzw. *joint ventures* „koncentracyjne” (w przeciwieństwie do *joint ventures* „koordynacyjnych” lub „kooperacyjnych”)²⁹, uzasadniając to niemożliwością „podwójnego podporządkowania” zachowań przedsiębiorców mającym charakter *ex post* przepisom o antykonkurencyjnych porozumieniach, jak i, stosowanym *ex ante*, przepisom o kontroli koncentracji³⁰.

T. Skoczny przyjmuje więc (zapewne słusznie), analizując praktykę decyzyjną Prezesa UOKiK, że „panuje niepisana zgoda”, iż przedsiębiorcy zgłaszają, a Prezes UOKiK kontroluje jedynie pewne typy wspólnych przedsiębiorstw, prowadzących do określonej „zmiany w strukturze gospodarki”³¹ (czyli *joint ventures* „koncentracyjne”). Większość doktryny³² prezentuje jednak pogląd, zgodnie z którym „obowiązkowi zgłoszenia Prezesowi UOKiK podlega także wspólny przedsiębiorca o charakterze tylko koordynacyjnym, o ile utworzenie takiego wspólnego przedsiębiorcy prowadzi do powstania nowego przedsiębiorcy w sensie prawnym”³³. Zgodnie z powyższą koncepcją, w prawie polskim nie istnieje rozróżnienie na wspólnych przedsiębiorców o niebagatelnym i bagatelnym poziomie integracji ekonomicznej, natomiast zgłoszeniu Prezesowi UOKiK na podstawie art. 13 ust. 2 pkt 3 uokk podlegają wszystkie porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami, które prowadzą do powstania przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 pkt 1 uokk³⁴.

²⁹ Zob. S. Gronowski, *Uokk. Komentarz*, Wydanie 2, Warszawa 1999, s. 319. Zob. też: M. Szydło, *Kontrola wspólnych przedsiębiorstw (joint ventures) w prawie antymonopolowym*, Pr. Sp., 2002, nr 12, s. 41; R. Stankiewicz, *Joint ventures w prawie antymonopolowym*, PPH nr 8/2007, s. 15–16 (podkreślając „systemowe podejście do wykładni całości regulacji antymonopolowej”).

³⁰ Zob. R. Stankiewicz, *ibidem*, s. 16; M. Szydło, *ibidem*, s. 46.

³¹ T. Skoczny [w:] T. Skoczny, *Uokk...*, s. 797.

³² K. Kohutek, M. Sieradzka, *Komentarz do uokk*, WoltersKluwer 2008, baza LEX, *Komentarz do art. 13 uokk*, pkt 4.3; A. Wierciński [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Komentarz do uokk*, WoltersKluwer 2011, baza LEX, *Komentarz do art. 13 uokk*, pkt 5.3; A. Madała [w:] A. Bolecki, S. Drozd, S. Famirska, M. Kozak, M. Kulesza, A. Madała, T. Wardyński, *Prawo konkurencji. Prawo w praktyce.*, LexisNexis 2011, s. 427. Zob. też: C. Banasiński, E. Piątek (red.), *Uokk. Komentarz*, Wydanie 1, LexisNexis, 2009, s. 341 („Na gruncie przepisów [uokk] nie ma zatem podstaw, aby wyłączyć spod obowiązku zgłoszenia Prezesowi UOKiK koncentracje polegające na utworzeniu przedsiębiorcy, który nie pełniłby w sposób trwały wszystkich funkcji samodzielnego przedsiębiorcy”).

³³ C. Banasiński, E. Piątek, *ibidem*.

³⁴ Zob. A. Wierciński [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.) *Komentarz...*, *Komentarz do art. 13 uokk*, pkt 5.3.

Powyższa koncepcja jest również powtórzona w Wyjaśnieniach w sprawie koncentracji oraz w niektórych decyzjach Prezesa UOKiK³⁵. Wyjaśnienia wskazują, że, w przeciwieństwie do unijnego Rozporządzenia 139/2004, utworzenie wspólnego przedsiębiorcy, który nie pełni „w sposób trwały wszystkich funkcji samodzielnego podmiotu gospodarczego” należy również zgłosić Prezesowi UOKiK³⁶.

Z powyższą koncepcją nie sposób się jednak zgodzić ze względu na systemową i celowościową wykładnię uokk. Jeżeli nawet taka koncepcja przedstawiona jest w Wyjaśnieniach w sprawie koncentracji, to należałoby Wyjaśnienia w powyższym zakresie jak najszybciej zmienić. Jeżeli rzeczywiście notyfikacji podlegałyby na gruncie uokk wszystkie *joint ventures* prowadzące do powstania nowego przedsiębiorcy w sensie prawnym, to Polska stanowiłaby wyjątek na tle reżimów antymonopolowych świata. Wśród tych reżimów, pomimo znaczących różnic, uzgodnionym standardem (m.in. w ramach Międzynarodowej Sieci Konkurencji³⁷) wydaje się być rozróżnienie na „nienotyfikowalne” wspólne przedsiębiorstwa będące zwykłymi porozumieniami (ang. *mere collaborative agreements*) a *joint ventures* podlegające notyfikacji i charakteryzujące się pewnym niebagatelnym stopniem integracji zasobów ekonomicznych³⁸. Wydaje się, że biorąc pod uwagę systemową wykładnię całości regulacji antymonopolowej³⁹ i odrzucając rozszerzanie pojęcia „przedsiębiorcy” z art. 4 pkt 1 uokk z dziedziny definicji działalności gospodarczej na problem granic przedsiębiorstwa⁴⁰, należy przyjąć, że również w polskim prawie można *de lege lata* postulować podział na „nienotyfikowalnych” wspólnych przedsiębiorców ocenianych jedynie *ex post* pod kątem art. 6 uokk i wspólnych przedsiębiorców, którzy podlegają obowiązkowi notyfikacji (bez względu na to, czy takie *joint ventures* określić mianem wspólnych przedsiębiorców „prowadzących do zmiany w strukturze

³⁵ Zob. np. decyzja Prezesa UOKiK z 14.09.2004 r., DOK-91/2004, s. 3: „STI ELIN Inverters [notyfikowany przez strony wspólny przedsiębiorca] nie będzie mógł spełniać wszystkich funkcji właściwych dla samodzielnie działającego przedsiębiorcy”.

³⁶ Wyjaśnienia w sprawie koncentracji, s. 20–21, pkt 2.4.

³⁷ Zob. np. International Competition Network („ICN”), *Defining „Merger” Transactions for Purposes of Merger Review*, dokument przygotowany przez Grupę Roboczą ds. Koncentracji Międzynarodowej Sieci Konkurencji (ICN), s. 5. Dokument dostępny pod adresem: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc327.pdf>, dostęp: 25.08.2015 r.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Zob. R. Stankiewicz, *Joint ventures...*, s. 15–16.

⁴⁰ Zob. podrozdział II.4.3.1.

rynku”, „koncentracyjnych” wspólnych przedsiębiorców, czy też wspólnych przedsiębiorców o „pełnym zakresie funkcji”)⁴¹.

Pogląd wyrażony w Wyjaśnieniach w sprawie koncentracji, zgodnie z którym notyfikacji podlega utworzenie wszystkich odrębnych prawnie „wspólnych przedsiębiorców”, nie tylko odbiega od światowych standardów i jest wynikiem błędnej wykładni wyrażonej w art. 4 pkt 1 uokk definicji przedsiębiorcy, ale również przemawia przeciwko niemu szereg argumentów praktycznych. Po pierwsze, pogląd ten może podważać zaufanie do prawa (niejako „puszczając do przedsiębiorców oko”, że w praktyce nie wszystkie *joint ventures* muszą podlegać obowiązkowi notyfikacji⁴²). Po drugie, zakładając, że w praktyce pewna część (choć nieduża) „kooperacyjnych” (lub niemających „pełnego zakresu funkcji”) *joint ventures* jest jednak notyfikowanych Prezesowi UOKiK, duża liczba niepotrzebnych notyfikacji prowadzi zapewne do pobieżnej ich oceny pod kątem zgodności z regułami konkurencji. Biorąc pod uwagę fakt, że Prezes UOKiK, wyrażając zgodę na utworzenie *joint venture* w trybie kontroli koncentracji (dokonując merytorycznej analizy działalności *joint venture* z punktu widzenia antykonkurencyjności) nie może później tego samego wspólnego przedsiębiorcy zakazać *ex post* w trybie kontroli porozumień⁴³, istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że niektóre problematyczne, ale wyłącznie „koordynacyjne” *joint ventures*, nie mogą być skontrolowane w dogłębny sposób przez Prezesa UOKiK (który, z racji pobieżnej oceny *ex ante*, nie będzie miał kompetencji do ich analizy *ex post*).

Należy też zaznaczyć, że granica pomiędzy „notyfikowalnymi”, a niepodlegającymi obowiązkowi notyfikacji wspólnymi przedsiębiorcami nie powinna przebiegać po linii: „zwykła” umowa cywilnoprawna (np. spółka cywilna) – osoby prawne i ułomne osoby prawne (czyli „przedsiębiorcy” w rozumieniu art. 4 pkt 1 uokk). Wydaje się, że można mówić o istnieniu

⁴¹ Inaczej, błędnie uważając, że powyższa wykładnia polskiego prawa jest wykładnią *contra legem*: M. Błachucki, *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców*, UOKiK, Warszawa 2012, s. 105 („Takie interpretacje [interpretacja, zgodnie z którą w prawie polskim istnieje rozróżnienie na «koordynacyjnych» i «kooperacyjnych» wspólnych przedsiębiorców] są wykładniami *contra legem* i rozciągają zasadę prowsólnotowej wykładni na zagadnienia nieuregulowane w prawie unijnym”).

⁴² T. Skoczny podkreśla „niepisaną zgodę” w praktyce, zgodnie z którą (przynajmniej niektórzy) przedsiębiorcy zgłaszają do UOKiK tylko niektóre rodzaje *joint ventures*. T. Skoczny słusznie zwraca uwagę, że w latach 2004–2008 Prezes UOKiK ani razu nie nałożył na jakiegokolwiek przedsiębiorcę kary pieniężnej (na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 3 uokk lub art. 106 ust. 1 pkt 3 uokk) z tytułu niezgłoszenia zamiaru koncentracji polegającego na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy.

⁴³ Zob. podrozdział IV.4.3.1.

zarówno „notyfikowalnych” wspólnych przedsiębiorców, których podstawę prawną stanowi jedynie umowa cywilnoprawna, a których powstanie doprowadzi do trwalszej zmiany w strukturze rynku (tacy wspólni przedsiębiorcy są „bardziej koncentracyjni” niż *joint ventures*, będące odrębnymi osobami prawnymi w rozumieniu prawa cywilnego). Może być przecież tak, że postanowienia umowy będącej podstawą powołania wspólnego przedsiębiorcy o odrębnej osobowości prawnej powodują, że taki *joint venture* charakteryzuje się bagatelny stopniem integracji zasobów ekonomicznych, a tym samym jest bardziej „kooperacyjny” i mniej „koordynacyjny” niż inne *joint ventures* niemające odrębnej osobowości prawnej (a więc *joint ventures*, których „bazą” jest zwykła umowa cywilnoprawna).

W świetle rozważań dokonanych w powyższym akapicie, za niesłuszny należy też uznać pogląd wyrażony przez C. Banasińskiego i E. Piątka⁴⁴, powtórzony zresztą w Wyjaśnieniach UOKiK w sprawie koncentracji⁴⁵, zgodnie z którym utworzenie spółki cywilnej nie podlega obowiązkowi zgłoszenia Prezesowi UOKiK, ponieważ spółka cywilna nie jest przedsiębiorcą w rozumieniu uokk. Na podstawie powyższego poglądu, notyfikacji podlegałoby za to każde przekształcenie spółki cywilnej w spółkę jawną – taki pogląd również jest błędny.

4. Wspólny przedsiębiorca podlegający obowiązkowi notyfikacji a kryteria wyodrębnienia jednego organizmu gospodarczego

4.1. Niebagatelny poziom integracji ekonomicznej (pełny zakres funkcji) wspólnych przedsiębiorców

4.1.1. Uwagi ogólne

Kryterium pełnego zakresu funkcji, służące w UE do rozróżnienia „notyfikowalnych” od „nienotyfikowalnych” „wspólnych przedsiębiorstw”, wydaje się być tożsame z kryterium niebagatelnego poziomu integracji ekonomicznej⁴⁶. Tak długo, jak wspólne przedsiębiorstwo nie osiągnie „operacyjnej” samodzielności (utożsamianej przez Komisję Europejską z pełnym zakresem funkcji), tak długo decyzje podejmowane przez to przedsiębiorstwo są raczej realizacją porozumienia pomiędzy „rodzicami” *joint venture* wewnątrz *joint venture* wynikającą z działania mechanizmu „rynkowego”, niż decyzjami

⁴⁴ Banasiński, E. Piątek (red.), *Uokk...*, s. 339–340.

⁴⁵ Wyjaśnienia w sprawie koncentracji, *op. cit.*, s. 19, pkt 2.4.

⁴⁶ Zob. podrozdział II.3.4.

podjętymi przez samo *joint venture* (czyli decyzjami o „hierarchicznej” alokacji zasobów⁴⁷).

Dlaczego jednak rozróżnienie na „nienotyfikowalne” *joint ventures* kooperacyjne i „notyfikowalnych” wspólnych przedsiębiorców koordynacyjnych (czyli przede wszystkim *joint ventures* o „pełnym zakresie funkcji”) wydaje się być światowym standardem⁴⁸, który powinien obowiązywać również w praktyce stosowania polskiego prawa?

4.1.2. Kryterium pełnego zakresu funkcji a kooperacyjny aspekt merytorycznej oceny działalności wspólnego przedsiębiorcy

Jeżeli uznać, że wspólni przedsiębiorcy posiadający pełny zakres funkcji można utożsamić z nowo powstałymi „jednymi organizmami gospodarczymi”, należałoby zapewne powiedzieć, że podczas dokonywania merytorycznej oceny *ex ante* utworzenia takich wspólnych przedsiębiorców, w przeciwieństwie do *joint ventures* będących „zwykłymi” porozumieniami, nie powinno się badać aspektu „kooperacyjnego”, a więc nie powinno się dla oceny ewentualnej antykonkurencyjności utworzenia wspólnych przedsiębiorców stosować materialnoprawnych standardów zawartych w przepisach o porozumieniach (tj. w art. 6 uokk i w art. 101 TFUE)⁴⁹. Skoro nowo powstały wspólny przedsiębiorca jest samodzielnym organizmem gospodarczym, działalność takiego *joint venture* może budzić wątpliwości w świetle samej zmiany w strukturze rynku, ale nie powinno być oceniana w świetle kooperacji „rodziców” *joint venture* (interes ekonomiczny owego *joint venture* powinien się przecież „oderwać” od interesu ekonomicznego „rodziców”⁵⁰). Tak jednak nie jest. Zgodnie z prawem europejskim, utworzenie „wspólnego przedsiębiorstwa” o pełnym zakresie funkcji może podlegać zarówno merytorycznej ocenie *ax ante* z punktu widzenia testu art. 2 ust. 2 Rozporządzenia 139/2004⁵¹, czyli pod kątem wpływu utworzenia *joint venture*

⁴⁷ Zob. podrozdziały II.3.1 i II.3.4.

⁴⁸ Zob. podrozdział IV.3.

⁴⁹ Tak na gruncie prawa europejskiego stanowi wprost art. 2 ust. 4 Rozporządzenia 139/2004 („W stopniu, w jakim utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa stanowiące koncentrację zgodnie z art. 3 ma na celu lub skutkuje koordynacją zachowań konkurencyjnych przedsiębiorstw, które pozostają samodzielne, koordynacja taka oceniana jest zgodnie z kryteriami art. 81 ust. 1 i 3 Traktatu, w celu stwierdzenia, czy działanie to jest zgodne czy nie ze wspólnym rynkiem”). Zob. też: J. Faull, A. Nikpay (red.), *The EC Law...*, baza elektroniczna Oxford University Press, § 7.23.

⁵⁰ Zob. podrozdział I.2.3.

⁵¹ Czyli przepisu, w którym wyrażony jest merytoryczny test znaczącego „przeszkadzania” skutecznej konkurencji (ang. *significantly impeding effective competition*, tzw. test SIEC).

na strukturę rynku, jak i ocenie w świetle art. 101 TFUE, czyli pod kątem ewentualnej koordynacji zachowań pomiędzy podmiotami założycielskimi (najczęściej wykraczającej poza przedmiot działalności samego *joint venture*). Art. 2 ust. 4 Rozporządzenia 139/2004 przewiduje, że „w stopniu, w jakim utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa, stanowiące koncentrację zgodnie z art. 3, ma na celu lub skutkuje koordynacją zachowań konkurencyjnych przedsiębiorstw, które pozostają samodzielne, koordynacja taka oceniana jest zgodnie z kryteriami art. 81 Traktatu [*obecny art. 101 TFUE*], w celu stwierdzenia, czy działanie to jest zgodne, czy nie ze wspólnym rynkiem”.

Oczywiście każda transakcja prowadząca do trwałej zmiany kontroli wiąże się zawarciem pomiędzy „stronami” tej transakcji „porozumienia” (np. umowa sprzedaży udziałów) – nie każda jednak umowa i jej postanowienia powinny być oceniane pod kątem klasycznych standardów art. 101 TFUE – większość postanowień umownych transakcji prowadzących do „koncentracji” podlega ocenie pod kątem art. 2 ust. 2 Rozporządzenia 139/2004. Przede wszystkim ocenie pod kątem art. 2 ust. 2 Rozporządzenia 139/2004 podlegają „umowy, które dotyczą głównego przedmiotu koncentracji”⁵² (czyli np. umowa sprzedaży udziałów). Po drugie, ocenie pod kątem art. 2 ust. 2 podlegają również umowy zawierające tzw. dodatkowe ograniczenia⁵³ (np. pewne typy umów licencyjnych lub umów o zakazie konkurencji pomiędzy zbywcą a nabywcą). Jeżeli określone postanowienia umowne zostaną zaklasyfikowane jako „dodatkowe ograniczenia”, zgoda na koncentrację wyrażona przez Komisję na podstawie materialnoprawnego standardu art. 2 ust. 2 Rozporządzenia 139/2004 obejmie również takie postanowienia.

Zgodnie z art. 2 ust. 4 Rozporządzenia 139/2004 Komisja „ocenia” porozumienie o utworzeniu „wspólnego” przedsiębiorstwa pod kątem art. 101 TFUE, pytanie jednak, czy Komisja **musi**, czy też jedynie **może** podjąć taką ocenę (i, czy jeżeli tego nie zrobi, to czy może ona później zastosować *ex*

⁵² Zob. Komunikat Komisji w sprawie ograniczeń bezpośrednio związanych i koniecznych dla dokonania koncentracji (Dz.Urz.UE 2005 Nr C 56/24, „Komunikat w sprawie dodatkowych ograniczeń”), s. 25, pkt 10.

⁵³ *Ibidem*. Należy także zauważyć, że Komunikat w sprawie dodatkowych ograniczeń mówi, że badanie tego, czy dane klauzule umowne stanowią „dodatkowe ograniczenia” może mieć też miejsce w kontekście porozumień pomiędzy wspólnym przedsiębiorstwem a podmiotami założycielskimi, zob. s. 30–31, pkt 36–44. Powyższe rozumowanie Komisji jest wątpliwe, przynajmniej w odniesieniu do tzw. operacyjnie samodzielnych wspólnych przedsiębiorców. Porozumienia pomiędzy takimi wspólnymi przedsiębiorstwami a podmiotami założycielskimi (bez względu na to, czy zawierają „dodatkowe ograniczenia”, czy też nie) i tak powinny być zwolnione z zastosowania art. 101 TFUE w świetle koncepcji jednego organizmu gospodarczego (zob. podrozdział IV.4.3.1 poniżej).

post art. 101 TFUE w stosunku do notyfikowanego – i niezmienionego przez strony – porozumienia o utworzeniu *joint venture*). Wydaje się, że Komisja nie tyle może, co musi podjąć się powyższej oceny. Po pierwsze, art. 2 ust. 4 nie posługuje się zwrotami modalnymi (takimi jak np. „może”). Przede wszystkim jednak wydaje się, że w sytuacji gdy przedsiębiorstwa – podmioty założycielskie *joint venture* – wiedzą, że Komisja może ocenić porozumienie o utworzeniu *joint venture* również pod kątem art. 101 TFUE, zgoda Komisji na zawarcie takiego porozumienia (nawet jeżeli z treści decyzji Komisji nie wynika, że porozumienie zostało także ocenione pod kątem materialnoprawnego standardu art. 101 TFUE) pozwala przedsiębiorstwom przypuszczać, że ich porozumienie jest zgodne z prawem i nie może już zostać zakwestionowane w wyniku oceny *ex post* (nawet pod kątem art. 101 TFUE).

Mówiąc zatem, że działalność wspólnych przedsiębiorców o pełnym zakresie funkcji może również podlegać ocenie *ex ante* pod kątem art. 101 TFUE, autorzy art. 2 ust. 4 Rozporządzenia 139/2004 mieli na myśli potencjalnie antykonkurencyjne postanowienia umowne pomiędzy podmiotami założycielskimi *joint venture*, niebędące ani „postanowieniami umownymi będącymi przedmiotem koncentracji”, ani nawet „dodatkowymi ograniczeniami”⁵⁴.

4.1.3. Kryterium pełnego zakresu funkcji a przywilej koncentracji

Wydaje się, że rozróżnienie na wspólnych przedsiębiorców posiadających i nieposiadających pełnego zakresu funkcji motywowane jest więc nie tyle potrzebą oceny nowo powstałych „jednych organizmów gospodarczych” (wtedy utworzenie *joint ventures* o pełnym zakresie funkcji nie mogłoby raczej podlegać ocenie pod kątem efektów „koncentracyjnych”), co raczej potrzebą wyodrębnienia wspólnych przedsiębiorców zasługujących i niezasługujących na tzw. przywilej koncentracji.

Jak podkreśla się w doktrynie prawa europejskiego, kontrolowane *ex ante* transakcje są poddane łagodniejszej ocenie z punktu widzenia merytorycznego zastosowania prawa ochrony konkurencji (ang. *more favourable treatment*⁵⁵) niż transakcje poddane ocenie *ex post*. Przykładowo, ustalanie cen produktów pomiędzy dwoma konkurentami posiadającymi po 5% udziałów w rynku właściwym jest zawsze sprzeczne z polskim prawem ochrony kon-

⁵⁴ Takie same stanowisko należy też wyrazić na gruncie polskiego prawa antymonopolowego.

⁵⁵ J. Faull, A. Nikpay (red.), *The EC Law...*, baza elektroniczna Oxford University Press, § 7.27.

kurencji na podstawie art. 6 uokk, natomiast „koncentracja” polegająca na połączeniu tych samych dwóch konkurentów w jednego przedsiębiorcę (który również może „ustalać ceny” produktów obejmujących 10% wolumenu rynku właściwego) uzyska co do zasady zgodę Prezesa UOKiK i innych organów antymonopolowych. Wspomniany „przywilej koncentracji” należy rozumieć jako swego rodzaju „nagrodę” za trwałą integrację zasobów ekonomicznych, przyjęto bowiem, że „koncentracje”, w przeciwieństwie do „porozumień”, wiążą się z oszczędnościami (powodowanymi właśnie przez integrację zasobów, ang. *efficiency gains through the integration of resources*⁵⁶). Wymóg pełnego zakresu funkcji nowo utworzonego wspólnego przedsiębiorcy jest więc gwarancją tego, że taki przedsiębiorca (z racji *efficiencies* osiągniętych wskutek integracji ekonomicznej) zasłuży na przywileju poddania ocenie *ex ante* (ang. *concentration privilege*⁵⁷).

W związku z powyższym można powiedzieć, że ustawodawstwa antymonopolowe zdecydowały się na swoisty kompromis: część wspólnych przedsiębiorców podlega ocenie *ex post*, pozostała zaś części ocenie *ex ante*. Ocena *ex ante* obejmuje wspólnych przedsiębiorców o pewnym niebagatelnym (a w UE, dodatkowo „trwałym”) stopniu integracji ekonomicznej, choć niekoniecznie będące nowo powstałymi, „jednymi organizmami gospodarczymi”.

Oczywiście rozróżnienie na zgłaszalnych (posiadających „pełny zakres funkcji”) *joint ventures* i niezgłaszalnych wspólnych przedsiębiorców podlegających wyłącznie ocenie *ex post* wydaje się konieczne tylko w systemach, w których pewne typy transakcji podlegają obowiązkowej notyfikacji i ocenie *ex ante*⁵⁸. Nie jest to jednak jedyny możliwy do wyobrażenia prawny reżim ochrony konkurencji. Przykładowo jeszcze do 1976 r. w Stanach Zjednoczonych⁵⁹,

⁵⁶ J. Faull, A. Nikpay, *ibidem*.

⁵⁷ J. Faull, A. Nikpay (red.), *The EC Law...*, baza elektroniczna Oxford University Press, § 7.32.

⁵⁸ Jak słusznie zauważa I. Nestoruk, taki system obowiązkowej oceny *ex ante* istnieje w „zdecydowanej przewadze państw”. Zob. I.B. Nestoruk, *Kontrola koncentracji w prawie antymonopolowym – obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji*, PUG nr 9/2008, s. 22. Według OECD, jedynymi czterema państwami OECD nieposiadającymi systemu obowiązkowej notyfikacji koncentracji do organu antymonopolowego są: Australia, Wielka Brytania, Nowa Zelandia i Chile. Zob. *Investigations of Consumated and Non-Notifiable Mergers, Note by the OECD Secretariat*, Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement, 25 February 2014, s. 5, pkt 9.

⁵⁹ Odpowiednia zmiana amerykańskiego prawa nakładająca na przedsiębiorców obowiązek notyfikacji koncentracji powyżej określonych progów przychodu lub aktywów nastąpiła wraz z uchwaleniem w 1976 r. ustawy Hart-Scott Rodino (ang. *Hart-Scott Rodino Antitrust Improvements Act*, 15 U.S.C. § 18a). Zob. J. Flynn, H. First, D. Bush, *Free Enterprise...*, rozdział 3, s. 182–183. Należy zwrócić jednak uwagę, że nawet dzisiaj amerykański sys-

a do 1989 r. w UE⁶⁰, koncentracje pomiędzy przedsiębiorcami nie podlegały obowiązkowej notyfikacji. W takim systemie rozróżnienie na „notyfikowalne” (poddane przywilejowi łagodniejszego traktowania) i „nienotyfikowalne” *joint ventures* nie może mieć oczywiście miejsca.

Objęcie niektórych wspólnych przedsiębiorców przywilejem koncentracji wiąże się po stronie przedsiębiorców z uciążliwością obowiązku notyfikacji takich wspólnych przedsiębiorców do organów antymonopolowych. Można jednak uznać, że jest to niewygórowana cena w zamian za otrzymany przywilej. Z drugiej strony *joint ventures* niezasługujące na przywilej koncentracji takiemu obowiązkowi nie podlegają, co przyczynia się z kolei do sprawności postępowania przed organami antymonopolowymi, a także sprzyja realizacji zasady swobody umów. Swoboda umów i wolność tworzenia przez przedsiębiorców nowych bytów prawnych jest na tyle istotną wartością i przyczynia się do żywotności gospodarki (a więc również do jej konkurencyjności), że obowiązek zgłaszania każdej formy współpracy między przedsiębiorcami prowadzącej do powstania nowego bytu prawnego obciążałby zarówno UOKiK, jak i samych przedsiębiorców⁶¹. Obowiązek taki byłby w istocie powrotem tylnymi drzwiami do systemu prewencyjnej

tem jest nieco odmienny od systemu europejskiego i polskiego (a także, od wszystkich systemów prawnych państw OECD, w których obowiązuje system obowiązkowej notyfikacji koncentracji, zob. *Investigations of Consumated and Non-Notifiable Mergers*, OECD, *op. cit.*, s. 8, pkt 17), ponieważ w Stanach Zjednoczonych „zgoda” organów konkurencji na dokonanie koncentracji nie oznacza wcale, że ta sama koncentracja nie może być potem kwestionowana w sądach pod kątem jej zgodności z amerykańskimi przepisami o kontroli koncentracji (czyli z tzw. ustawą Clayton’a, ang. *Clayton Act*, 15 U.S.C. §§ 12–27, 29 U.S.C. §§ 52–53) przez konkurentów, stanowe organy konkurencji, czy nawet tę samą agencję, która wydała pierwotną zgodę (zob. np. M. Fox, D.A. Crane (red.), *Global Issues in Antitrust...*, s. 193–196). Taka sytuacja miała miejsce np. W sprawie *Kraft Foods (New York v. Kraft Gen. Foods*, 926 F. Supp. 321, S.D.N.Y. 1995), w której federalne organy konkurencji (Federalna Komisja Handlu, ang. *Federal Trade Commission* i Departament Sprawiedliwości, ang. *Department of Justice*) nie kwestionowały zgłoszonej fuzji pomiędzy producentami płatków śniadaniowych, spółkami Kraft Foods i Nabisco, natomiast, już po zawiązaniu transakcji, fuzję zaskarżyły w sądzie na podstawie ustawy Clayтона, inne stany amerykańskie, w tym stan Nowy Jork. Kraft Foods wygrało ostatecznie sprawę przez sądem w Nowym Jorku. Zob. więcej: D. Rubinfeld, *Market Definition with Differentiated Products: The Post/Nabisco Cereal Merger*, 68 *Antitrust L.J.* 163 (2000).

⁶⁰ W tym roku uchwalone zostały pierwsze przepisy z zakresu europejskiego prawa konkurencji dotyczące kontroli koncentracji przedsiębiorstw (tzw. *EC Merger Regulation*, ECMR). Zob. *Investigations of Consumated and Non-Notifiable Mergers*, OECD, *op. cit.*, s. 4, pkt 6.

⁶¹ Co prawda, biorąc pod uwagę treść Wyjaśnień w sprawie koncentracji, należałoby przyjąć, że właśnie w ten, smutny dla przedsiębiorców, sposób wygląda dzisiaj polska rzeczywistość, wydaje się jednak, że w dużej mierze należy przyznać rację T. Skoczemu,

oceny porozumień porzuconego przez Komisję Europejską w związku z nadmiernymi obciążeniami dla przedsiębiorców i samej Komisji⁶². Dlatego też obowiązkowi notyfikacyjnemu powinny podlegać i (w UE) słusznie podlegają jedynie wspólni przedsiębiorcy zasługujący na przywilej koncentracji. Takie rozwiązanie posiada dwie zalety: po pierwsze, organ antymonopolowy może dokonać rzetelnej analizy tego, czy „koncentracja” (a więc transakcja zasługująca na przywilej koncentracji) polegająca na utworzeniu *joint venture* doprowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji, po drugie – strony porozumień i tak niezasługujących na przywilej koncentracji nie są poddane uciążliwemu obowiązkowi notyfikacyjnemu.

4.1.4. Podsumowanie

Rozróżnienie na wspólnych przedsiębiorców posiadających bądź nie pełny zakres funkcji wydaje się być motywowane przede wszystkim potrzebą zidentyfikowania transakcji polegających na utworzeniu wspólnych przedsiębiorców, którzy zasługują na „przywilej koncentracji” (a więc na łagodniejszą merytoryczną ocenę antymonopolową). Sam fakt posiadania przez wspólnych przedsiębiorców pełnego zakresu funkcji nie jest tożsamy z byciem odrębnym jednym organizmem gospodarczym w odniesieniu do swoich

mówiącemu o „niepisanej zgodzie” na niezgłaszanie pewnych typów *joint ventures*. Zob. więcej: podrozdział IV.3.

⁶² Procedura polegająca na ocenie *ex ante* porozumień horyzontalnych istniała na gruncie wspólnotowego prawa konkurencji przed reformą wprowadzoną Rozporządzeniem 1/2003 (*op. cit.*). W ramach tej procedury przedsiębiorcy niemający pewności, czy porozumienie, które zamierzają zawrzeć spełnia przesłanki zwolnienia spod zakazu porozumień naruszających konkurencję (czyli przesłanki określone dzisiaj w art. 101 ust. 3 TFUE), mogli notyfikować to porozumienie Komisji Europejskiej, która wyrażała indywidualną zgodę na zawarcie takiego porozumienia. W odpowiedzi na taką notyfikację Komisja najczęściej nie wydawała formalnej decyzji, ale jedynie niepublikowany w Dzienniku Urzędowym list do potencjalnych stron porozumienia (tzw. *comfort letter*). Więcej na temat tej procedury i jej reformy: zob. K. Kohutek, *Stosowanie art. 81 TWE po reformie wspólnotowego prawa konkurencji (ze szczególnym uwzględnieniem sytuacji przedsiębiorstw)*, EPS 2006, nr 3; zob. też: M. Fox, D.A. Crane (red.), *Global Issues in Antitrust...*, s. 193. Pewnym, wielce niepełnym, substytutem obowiązku notyfikacji porozumień jest dzisiaj instytucja nieformalnego „listu doradczego” (ang. *guidance letter*), który Komisja może wydać w indywidualnej sprawie na wniosek przedsiębiorcy, jeżeli taki wniosek dotyczy precedensowego zastosowania art. 101 lub 102 TFUE, zob. *Commission Notice on informal guidance relating to novel questions concerning Articles 81 and 82 of the EC Treaty that arise in individual cases* (Dz.Urz.UE 2004 Nr C 101/78, dokument nietłumaczony na język polski). Podobna procedura specyficznych listów doradczych przewidziana jest też w antymonopolowych ustawodawstwach innych państw, np. w Singapurze, zob. M. Fox, D.A. Crane, *ibidem*, s. 195.

„rodziców”. W tym celu wspólni przedsiębiorcy nie powinni być dodatkowo przedmiotem kontroli ze strony „rodziców” (kwestia kontroli nad wspólnymi przedsiębiorcami zostanie poddana analizie poniżej).

4.2. Kontrola nad wspólnym przedsiębiorcą

4.2.1. Uwagi ogólne

W związku ze zbadaniem relacji pomiędzy „notyfikowalnymi” wspólnymi przedsiębiorcami a pojęciem kontroli można pokusić się o dwa pytania:

- po pierwsze, czy przedsiębiorstwo o pełnym zakresie funkcji kontrolowane tylko przez jeden podmiot założycielski podlega obowiązkowi notyfikacji; i
- po drugie, czy obowiązkowi notyfikacji może podlegać utworzenie wspólnego przedsiębiorcy o pełnym zakresie funkcji, nad którym żaden z podmiotów założycielskich nie sprawuje kontroli?

4.2.2. Wspólny przedsiębiorca a kontrola w prawie ochrony konkurencji UE

Skonsolidowane obwieszczenie jurysdykcyjne, na określenie podmiotów tworzących „wspólne przedsiębiorstwo”, używa terminu „spółki dominujące”. Wydawać by się zatem mogło, że jeżeli ktoś dominuje, to sprawuje również kontrolę, być może nawet kontrolę wyłączną⁶³. Powyższa sugestia zawarta w Obwieszczeniu wynika jednakże z błędnego tłumaczenia tego dokumentu na język polski. W angielskiej wersji Obwieszczenia „spółki dominujące” określane są bowiem mianem *parent companies*, a więc po prostu mianem „spółek-rodziców” w relacji do utworzonego wspólnego przedsiębiorcy. Spółka-matka i spółka dominująca to jednak nie to samo, choć określenie spółki-matki służy często rzeczywiście jako skrót myślowy mający na celu oddanie relacji dominacji. Jednak nie każda *parent company* musi być od razu podmiotem dominującym. Wspólny przedsiębiorca może mieć przecież kilka podmiotów założycielskich i każdy z tych podmiotów może być określany mianem „rodzica”. Oczywiście wydaje się ponadto, że w wypadku wspólnego przedsiębiorcy chodzi raczej (a być może jedynie) o wspólną kontrolę, a nie o wyłączną, którą sugeruje termin „spółka dominująca”. Pogląd utożsamiający wspólnego przedsiębiorcę ze wspólną kontrolą

⁶³ Więcej o kontroli wyłącznej: zob. podrozdział III.2.1.1.

wyrażany jest przez część komentatorów europejskiego prawa konkurencji⁶⁴, inni zaś zachowują na wspomniany temat dyplomatyczne milczenie⁶⁵.

Jeżeli chodzi o pierwsze postawione na początku tego podrozdziału pytanie, wydaje się zatem, że utworzenie przedsiębiorcy o pełnym zakresie funkcji, nad którym „kontrolę” sprawuje tylko jeden podmiot założycielski, nie stanowi koncentracji w rozumieniu art. 3 ust. 4 Rozporządzenia 139/2004. Najpewniej taką właśnie sytuację mają na myśli komentatorzy mówiący, że „notyfikowalne wspólne przedsiębiorstwo” oznacza właśnie przedsiębiorstwo poddane wspólnej kontroli. Podobne rozwiązanie sugeruje również Skonsolidowane obwieszczenie jurysdykcyjne w części dotyczącej definicji „przedsiębiorstw uczestniczących” na potrzeby liczenia łącznego obrotu tych przedsiębiorstw i ich grup dla ustalenia jurysdykcji Komisji Europejskiej nad koncentracją (ang. *jurisdictional nexus*). W wypadku utworzenia „notyfikowalnego wspólnego przedsiębiorstwa”, Obwieszczenie mówi o przejęciu „wspólnej [a nie wyłącznej] kontroli nad nowo utworzonym przedsiębiorstwem”.

Z powyższych rozważań wynika więc, że utworzenie wspólnego przedsiębiorcy, w którym podmiot założycielski A obejmie przykładowo 80% udziałów, a podmiot założycielski B 20% udziałów (zakładając brak specjalnych uprawnień do kontroli decyzji strategicznych po stronie mniejszościowego udziałowca), nie podlega obowiązkowi notyfikacji jako wspólny przedsiębiorca o pełnym zakresie funkcji. Oczywiście transakcja taka może w określonych sytuacjach podlegać notyfikacji na innej podstawie prawnej. W sytuacji, w której podmiot B przekaze nowo utworzonemu „wspólnemu” przedsiębiorcy część swoich aktywów, omawianą transakcję można opisać jak przejęcie przez podmiot A kontroli nad częścią przedsiębiorstwa podmiotu B w rozumieniu art. 3 pkt 1 lit. b Rozporządzenia 139/2004. Ponadto, ponieważ w omawianym przykładzie wspólny przedsiębiorca podlega wyłącznej kontroli podmiotu A, jeżeli podmiot A przekaze takiemu przedsiębiorcy swoje aktywa, utworzenie wspólnego przedsiębiorcy będzie można w niedalekiej przyszłości (po wprowadzeniu do europejskiego prawa kontroli koncentracji, zapowiadanych przez Komisję Europejską, zmian zakładających kontrolę akwizycji mniejszościowych pakietów udziałów⁶⁶) traktować jak podlegające

⁶⁴ Zob. Van Bael & Bellis, *Competition Law...*, s. 646: „Wspólne przedsiębiorstwo o pełnym zakresie funkcji jest przedsiębiorstwem poddanym wspólnej kontroli dwóch lub więcej przedsiębiorstw, które wykonują w sposób trwały wszystkie funkcje samodzielnego podmiotu gospodarczego”.

⁶⁵ Przeczuwając prawdopodobnie wskazane w dalszej części tego rozdziału konstrukcyjne kłopoty, do których może prowadzić przyjęcie powyższego stanowiska.

⁶⁶ Zob. podrozdział III.2.2.1.

obowiązkowi notyfikacji nabycie mniejszościowego pakietu udziałów przez podmiot B w podmiocie A.

Drugie z postawionych na początku tego podrozdziału pytań wydaje się być bardziej skomplikowane. Na początek należy odpowiedzieć, czy utworzenie każdego niepodlegającego kontroli wyłącznej wspólnego przedsiębiorcy o pełnym zakresie funkcji zawsze równa się sprawowaniu przez podmioty założycielskie wspólnej kontroli. Jeżeli tak, to „samodzielność” wspólnego przedsiębiorcy jest zawsze rodzajem samodzielności niedoskonałej, nowo utworzone *joint venture* nie mogłoby być zatem nigdy prawdziwym, odrębnym od swoich „rodziców”, jednym organizmem gospodarczym.

Podobne stanowisko wydaje się sugerować Skonsolidowane obwieszczenie jurysdykcyjne⁶⁷, podkreślając, że pełny zakres funkcji wspólnego przedsiębiorcy „nie oznacza, że taki wspólny przedsiębiorca jest samodzielny, jeżeli chodzi o podejmowanie decyzji strategicznych”. Dalej Obwieszczenie uznaje, że „w przeciwnym razie wspólnie kontrolowane przedsiębiorstwo nigdy(!) nie mogłoby zostać uznane za wspólne przedsiębiorstwo o pełnym zakresie funkcji”. Skonsolidowane obwieszczenie jurysdykcyjne powyższy fragment opatruje cytatem z orzeczenia TSUE w sprawie *Cementbouw*⁶⁸.

Należy jednak zaznaczyć, że Obwieszczenie niedokładnie cytuje wyrok TSUE w tejże sprawie. Fakt, że niektórzy wspólni przedsiębiorcy o pełnym zakresie funkcji mogą być niesamodzielni w podejmowaniu decyzji strategicznych nie znaczy wcale, że nie mogą istnieć tacy wspólni przedsiębiorcy o pełnym zakresie funkcji, którzy posiadają „prawdziwą” samodzielność. Podobnie uznał zresztą TSUE, w cytowanym przez Skonsolidowane obwieszczenie jurysdykcyjne orzeczeniu w sprawie *Cementbouw*, podkreślając, że pełny zakres funkcji nie musi oznaczać samodzielności w podejmowaniu decyzji strategicznych (ale nie, że nigdy nie oznacza takiej samodzielności, jak błędnie sugeruje Skonsolidowane obwieszczenie jurysdykcyjne).

Pojęcie „kontroli”, w tym „wspólnej kontroli”, zdefiniowane jest w samym Skonsolidowanym obwieszczeniu jurysdykcyjnym i nawet analiza owego pojęcia nie wydaje się obejmować każdej sytuacji, w której dochodzi do utworzenia wspólnego przedsiębiorcy. Zgodnie z Obwieszczeniem, do wspólnej kontroli dochodzi wtedy, kiedy kontrolujący „muszą ze sobą współpracować”, aby być w stanie określać strategię handlową „wspólnego przedsiębiorstwa”⁶⁹. Wspólnie kontrolujący muszą więc posiadać „uprawnienia umożliwiające zablokowanie działań, które wyznaczają strategiczne

⁶⁷ Skonsolidowane obwieszczenie jurysdykcyjne, *op. cit.*, s. 23, pkt 93.

⁶⁸ Wyrok SPI z 23.02.2006 r. w sprawie T-282/02 *Cementbouw p. Komisji* („*Cementbouw*”), pkt 42–43. Wyrok dostępny na: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r.

⁶⁹ Skonsolidowane obwieszczenie jurysdykcyjne, *op. cit.*, s. 17, pkt. 62.

zachowania handlowe przedsiębiorstwa (chodzi o uprawnienia dające możliwość «wywierania decydującego wpływu»)⁷⁰.

Wydaje się jednak, że możliwe są sytuacje, w których żaden z podmiotów tworzących wspólnego przedsiębiorcę nie posiada powyższych uprawnień koniecznych do sprawowania wspólnej kontroli. Co w sytuacji, w której wspólny przedsiębiorca tworzony jest np. przez trzy podmioty, z których każdy posiada po 33% głosów w nowo utworzonej spółce i żadnemu z nich nie przysługują specjalne uprawnienia (np. prawo weta, prawo do powołania określonej liczby członków zarządu itp.)? Czy można powiedzieć, że w takiej sytuacji dochodzi do wspólnego sprawowania kontroli? To prawda, że pewne kluczowe decyzje dotyczące wspólnego przedsiębiorcy (np. wybór zarządu) wymagają porozumienia trójki akcjonariuszy, czy jednak sama konieczność porozumienia przesądza o sprawowaniu wspólnej kontroli? Co w sytuacji, kiedy akcjonariuszy jest nie trzech, ale stu – czy dalej sprawują oni „wspólną kontrolę”? Przecież nawet Skonsolidowane obwieszczenie jurysdykcyjne do stwierdzenia wspólnej kontroli wymaga pewnego rzeczywistego wpływu wywieranego przez podmiot sprawujący „wspólną” kontrolę na kontrolowanego wspólnego przedsiębiorcę, choćby nawet ten wpływ przejawiał się jedynie w możliwości blokowania kluczowych decyzji podmiotu „kontrolowanego” (stąd tak duży nacisk przy definiowaniu „wspólnej kontroli” Skonsolidowane obwieszczenie jurysdykcyjne kładzie na prawa weta⁷¹). Powyższy wpływ nie zaistnieje w omawianym przypadku spółki powołanej przez trzech udziałowców, z których każdy posiada po 33% udziałów.

Tym samym należy uznać, że istnieją przypadki, w których, jak w stanie faktycznym amerykańskiej sprawy *American Needle*⁷², wspólny przedsiębiorca „oderwie się” niejako od tworzących go podmiotów⁷³. Trudno zatem zgodzić się z sugestią zawartą w Skonsolidowanym obwieszczeniu jurysdykcyjnym,

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ *Ibidem*, pkt 65–73.

⁷² Zob. podrozdział II.4.1.

⁷³ We współczesnej gospodarce coraz częściej zauważa się, że rozdrobnieni akcjonariusze nie sprawują żadnej kontroli nad spółkami (korporacjami), nie tylko w zakresie codziennego zarządzania nad tymi spółkami (co tradycyjnie jest domeną menedżerów), ale również w zakresie podejmowania strategicznych decyzji, w tym decyzji o podziale zysków. Kontrola ta przedostała się w ręce menedżerów, którzy często potencjalne dywidendy dla akcjonariuszy przeznaczają na swoje suite wynagrodzenia i premie. Przykładowo w czerwcu 2012 r. portal 24/7 Wall Street sporządził listę spółek notowanych na nowojorskiej giełdzie, w których akcjonariusze „nie mają nic do powiedzenia” nawet podczas walnych zebrań akcjonariuszy (w oryginale: „Shareholders effectively have no say at all, even on days of the annual meetings”). Na liście są spółki takie, jak np. New

że takie przypadki nie mają miejsca – wydaje się, że mogą istnieć wspólni przedsiębiorcy o „pełnym zakresie funkcji” w pełni samodzielni (tj. samodzielni w podejmowaniu decyzji strategicznych), czyli wspólni przedsiębiorcy niepodlegający wspólnej kontroli. Odrębną kwestią jest natomiast to, czy utworzenie takich wspólnych przedsiębiorców o pełnym zakresie funkcji podlega obowiązkowi notyfikacji Komisji Europejskiej i ocenie *ex ante* pod kątem testu SIEC z art. 2 ust. 2 Rozporządzenia 139/2004. Z jednej strony wydaje się, że istnienie takiego obowiązku byłoby pożądanym, ponieważ utworzenie wspólnego przedsiębiorcy o pełnym zakresie funkcji (choćby niepodlegającego nawet „wspólnej kontroli”) może prowadzić do antykonkurencyjnej zmiany w strukturze rynku, a zapobieżeniu takich właśnie zmian służy ocena koncentracji na podstawie Rozporządzenia 139/2004 – w przeciwnym razie należałoby mówić o istnieniu luki prawnej w europejskim systemie kontroli koncentracji. Z drugiej strony, na pierwszy rzut oka, z powyższą interpretacją wydaje się kłócić treść Rozporządzenia 139/2004. Bowiem zgodnie z art. 3 ust. 4 tego rozporządzenia, „utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa pełniącego w sposób trwały wszystkie funkcje samodzielnego podmiotu gospodarczego stanowi koncentrację w rozumieniu [art. 3] ust. 1 lit. b”, czyli koncentrację polegającą na „przejęciu kontroli”⁷⁴. Z odwołaniem się przez art. 3 ust. 4 Rozporządzenia 139/2004 do art. 3 ust. 1 lit. b wiąże się chociażby obowiązek zgłoszenia utworzenia wspólnego przedsiębiorcy przez wszystkie podmioty przejmujące „wspólną kontrolę” na podstawie art. 4 ust. 2 Rozporządzenia 139/2004. Wydaje się więc, że również twórcy Rozporządzenia 139/2004 nie przewidzieli, że może dojść do utworzenia wspólnego przedsiębiorcy o pełnym zakresie funkcji, który nie podlega żadnej, nawet wspólnej, kontroli (kto bowiem powinien zgłosić do Komisji Europejskiej utworzenie takiego wspólnego przedsiębiorcy?). Rozwiązaniem wyżej opisanego impasu jest traktowanie utworzenia wspólnego przedsiębiorcy o pełnym zakresie funkcji niepodlegającego żadnej (nawet wspólnej) kontroli, nie tyle jako „utworzenia wspólnego przedsiębiorcy” (choćby taki będzie najczęściej ekonomiczny sens opisywanej transakcji), ale jako przejęcia przez takiego wspólnego przedsiębiorcę kontroli nad „częścią przedsiębiorstw” (tj. częścią aktywów) podmiotów założycielskich, czyli koncentracją w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. b Rozporządzenia 139/2004 (gdyż

York Times i inne znane amerykańskie spółki. Zob. *Companies Where Shareholders Have No Power — At All*, 4.06.2012 r., 247wallst.com.

⁷⁴ Art. 4 ust. 2: „Koncentracja polegająca na łączeniu się w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. a) lub przejęciu wspólnej kontroli w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. b) zgłaszana jest wspólnie przez strony uczestniczące w połączeniu lub przez przejmujących wspólną kontrolę, w zależności od przypadku”).

w przypadku powołania nowej formy prawnej, najczęściej spółki, założyciele tej spółki mają obowiązek wniesienia do spółki wkładów, czyli poniekąd „części swoich przedsiębiorstw”).

4.2.3. Utworzenie wspólnego przedsiębiorcy a kontrola w polskim prawie ochrony konkurencji

Jeżeli chodzi o polskie prawo ochrony konkurencji, Wyjaśnienia w sprawie koncentracji wyraźnie przewidują obowiązek notyfikacji Prezesowi UOKiK *joint venture*, nad którym wyłączną kontrolę sprawuje tylko jeden podmiot założycielski. Według Wyjaśnień, koncentrację przybierającą formę utworzenia wspólnego przedsiębiorcy, należy zgłosić nawet „jeżeli jeden z założycieli będzie posiadał udziały/akcje w liczbie, dającej mu prawo kontroli nad wspólnie utworzonym przedsiębiorcą, a pozostali założyciele udziały mniejszościowe”⁷⁵. Za poglądem wyrażonym w Wyjaśnieniach opowiada się też A. Wierciński, podkreślając, że „cechą wyróżniającą tej formy koncentracji jest bowiem utworzenie nowego przedsiębiorcy, a nie przejęcie kontroli nad przedsiębiorcą”⁷⁶.

Z powyższym poglądem nie sposób się jednak zgodzić. Jak już zostało to zaszyfrowane wyżej⁷⁷, w prawie europejskim „notyfikowalne wspólne przedsiębiorstwo” może podlegać albo wspólnej kontroli kilku podmiotów założycielskich, albo nie podlegać kontroli żadnego z tych podmiotów, nie może jednak podlegać kontroli wyłącznej. Podobne stanowisko należy też wyrazić na gruncie prawa polskiego. Stanowisko takie nie kłóci się bowiem z brzmieniem art. 13 ust. 2 pkt 3 uokk, a wydaje się jedynym sensownym podejściem do zagadnienia kontroli sprawowanej nad *joint venture*. Uznając, że utworzenie wspólnego przedsiębiorcy, w którym udziały mniejszościowe (ale nie kontrolę) posiadają inne podmioty niż – sprawujący wyłączną kontrolę – podmiot założycielski, podlega obowiązkowi notyfikacji, oznaczałoby, że uokk jest niekonsekwentna. Taki sam skutek rynkowy jak utworzenie wspólnego przedsiębiorcy podlegającego wyłącznej kontroli zostałby osiągnięty, gdyby najpierw przedsiębiorca A utworzył w 100% zależną od siebie spółkę B (byłaby to z całą pewnością transakcja „w ramach grupy kapitałowej”, a więc transakcja niepodlegająca obowiązkowi notyfikacji, nawet na gruncie poglądu wyrażonego w Wyjaśnieniach w sprawie koncentracji), a następnie przedsiębiorca C odkupił od przedsiębiorcy A mniejszościowy

⁷⁵ Wyjaśnienia w sprawie koncentracji, *op. cit.*, s. 21, pkt 2.4.

⁷⁶ A. Wierciński [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Komentarz..., Komentarz do art. 13 uokk*, pkt 5.3.

⁷⁷ Zob. podrozdział IV.4.2.1.

pakiet udziałów/akcji w spółce B (transakcja taka również nie podlegałaby notyfikacji, ponieważ nie doszłoby do „przejęcia kontroli”). Uznanie, że w takiej sytuacji doszłoby również do powstania „notyfikowalnego” wspólnego przedsiębiorcy oznaczałoby bowiem, że obowiązkiem notyfikacji są w Polsce objęte nabycia każdego(!) mniejszościowego pakietu udziałów, a zatem wyodrębnienie „przejęcia kontroli” jako podstawowej formy koncentracji okazałoby się w istocie niepotrzebnym *superfluum* ustawowym(!).

Poza tym, jeżeli powyższy pogląd dotyczący obowiązku notyfikacji wspólnego przedsiębiorcy, nad którym kontrolę sprawuje tylko jeden podmiot założycielski połączyć z, również wyrażonym w Wyjaśnieniach w sprawie koncentracji, poglądem dotyczącym obowiązku notyfikacji każdego prawnie odrębnego przedsiębiorcy, ciężko byłoby w istocie uwierzyć, że w praktyce wszystkie opisane przez Wyjaśnienia w sprawie koncentracji *joint ventures* podlegające obowiązkowi notyfikacji są rzeczywiście notyfikowane Prezesowi UOKiK (co w konsekwencji godziłoby w zasadę powagi prawa).

Oba powyższe poglądy wyrażone w Wyjaśnieniach w sprawie koncentracji (pogląd o obowiązku notyfikacji każdego, prawnie odrębnego „wspólnego” przedsiębiorcy oraz pogląd o obowiązku notyfikacji „wspólnego” przedsiębiorcy podlegającego wyłącznej kontroli) są wynikiem błędnej wykładni uokk, mającej swoje źródło w zbyt szerokiej wykładni pojęcia „przedsiębiorcy” z art. 4 pkt 1 uokk⁷⁸. Poglądy te są też niespójne z europejskimi regulacjami antymonopolowymi, a, jak zauważa się w części doktryny, celem [polskiego] ustawodawcy [jeżeli chodzi o przepisy dotyczące kontroli koncentracji] było dosyć bliskie „odwzorowanie” regulacji unijnych⁷⁹.

Biorąc zestawienie dwóch powyższych poglądów „na serio”, należałoby przyjąć, że każda sytuacja, w której dochodzi do utworzenia nowej spółki (osobowej lub kapitałowej), w której spółka ta nie jest w 100% własnością podmiotu tworzącego, podlegałaby notyfikacji Prezesowi UOKiK (oczywiście przekraczając ustawowe progi obrotu i pod warunkiem, że właściciele nowo utworzonej spółki nie należą do jednej „grupy kapitałowej” w rozumieniu uokk). Wydaje się, że niejedynemu korporacyjny prawnik w Polsce w ciągu roku swojej pracy mógłby wskazać więcej przykładów wyżej opisanych transakcji, niż liczba decyzji wydanych w sprawach *joint ventures* przez Prezesa UOKiK w całej historii funkcjonowania UOKiK⁸⁰.

⁷⁸ Zob. podrozdział II.4.3.1.

⁷⁹ M. Dyl, R. Stankiewicz, *Przejęcie wspólnej kontroli...*, s. 13.

⁸⁰ Oczywiście Prezesowi UOKiK, stosującemu wykładnię zawartą w Wyjaśnieniach w sprawie koncentracji, zdarza się nakładać karę na przedsiębiorców za niezgłoszenie utworzenia wspólnego przedsiębiorcy, wydaje się jednak, że są to sytuacje zdecydowanie mniejszo-

Ponieważ wykładnia prawa powinna być dokonywana przez organ administracyjny (którym jest UOKiK) „zgodnie z ogólnymi regułami wykładni”⁸¹, Wyjaśnienia w sprawie koncentracji, będące błędną wykładnią uokk, powinny zostać zmienione. Obowiązki notyfikacji na podstawie art. 13 ust. 2 pkt 3 uokk podlegają tylko tacy wspólni przedsiębiorcy, którzy charakteryzują się niebagatelnym poziomem integracji zasobów ekonomicznych (bez względu na określenie używane do opisanie takiej integracji: np. „pełny zakres funkcji”, „koordynacyjny” w przeciwieństwie do „kooperacyjnego” wspólnego przedsiębiorcy) oraz tylko tacy „wspólni przedsiębiorcy”, którzy podlegają „wspólnej” (a nie „wyłącznej”) kontroli.

4.3. Podsumowanie

4.3.1. Uwagi ogólne

Po zbadaniu zagadnienia *joint venture* na gruncie polskich i europejskich przepisów z zakresu kontroli koncentracji, można pokusić się o następujące obserwacje i wnioski dotyczące zastosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego do utworzenia i działalności wspólnych przedsiębiorców.

Po pierwsze, należy zauważyć, że w kontekście analizy przepisów o wspólnych przedsiębiorcach często pojawia się pojęcie „samodzielnosci” i „pełnego zakresu funkcji”. Pojęcie samodzielności „operacyjnej” jest przez Komisję Europejską utożsamiane z posiadaniem „pełnego zakresu funkcji”. „Samodzielnosc” najczęściej wydaje się więc oznaczać tak naprawdę niebagatelną stopień integracji zasobów ekonomicznych „w ramach” *joint venture*. Nie każdy jednak „notyfikowalny” wspólny przedsiębiorca jest „prawdziwie samodzielny”, czyli samodzielny w sposób, w jaki samodzielność *joint venture* rozumiał sędzia Stevens w amerykańskim wyroku w sprawie *American Needle*⁸². Tak więc nie każdy wspólny przedsiębiorca o „pełnym zakresie funkcji” jest tożsamy z jednym organizmem gospodarczym, którego interes ekonomiczny „oderwie się” od interesu podmiotów założycielskich. Ponieważ kontrola niweczy istnienie jednego interesu gospodarczego⁸³, jak długo wspólny przedsiębiorca podlega (wspólnej) kontroli podmiotów założycielskich, tak długo taki wspólny przedsiębiorca należy wraz z „rodzicami” do jednego organizmu gospodarczego.

ściowe. Zob. np. decyzja Prezesa UOKiK z 21.12.2012 r., DKK-103/2012; decyzja Prezesa UOKiK z 17.06.2013, DKK-77/2013. Decyzje dostępne na: www.uokik.gov.pl

⁸¹ J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Wydanie 3, WoltersKluwer, Warszawa 2008, s. 302.

⁸² Zob. podrozdział II.4.1.

⁸³ Zob. podrozdział II.3.4.2.

Podział na wspólnych przedsiębiorców samodzielnych operacyjnie i „prawdziwie samodzielnych” wspólnych przedsiębiorców ma również konsekwencje wykraczające poza domenę przepisów dotyczących kontroli koncentracji. Konsekwencje te dotyczą też stosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego w ramach stosowania *ex post* przepisów o antykonkurencyjnych porozumieniach.

4.3.2. Wspólny przedsiębiorca samodzielny „operacyjnie” a koncepcja jednego organizmu gospodarczego

Jeżeli, jak było to powiedziane wyżej, podlegający obowiązkowi notyfikacji wspólni przedsiębiorcy samodzielni operacyjnie nie stanowią odrębnego od podmiotów założycielskich jednego organizmu gospodarczego, to dopuszczalne wydaje się twierdzenie, że porozumienia zawarte pomiędzy takimi *joint ventures* a podmiotami sprawującymi nad nimi wspólną kontrolę mogą być uznane za porozumienia w ramach jednego organizmu gospodarczego a tym samym porozumienia wyłączone spod zastosowania art. 6 uokk i art. 101 TFUE. Skoro jeden z przedsiębiorców wspólnie kontrolujących *joint venture* może samodzielnie decydować (a przynajmniej blokować) decyzje strategiczne podejmowane przez wspólnego przedsiębiorcę, to jedną z takich decyzji strategicznych, o których decyduje podmiot założycielski sprawujący wspólną kontrolę, może być udział *joint venture* w porozumieniu wraz z podmiotem założycielskim (porozumienie takie może być niekorzystne z punktu widzenia interesu ekonomicznego samego tylko wspólnego przedsiębiorcy, ale korzystne z punktu widzenia „rodzica”). Innymi słowy można powiedzieć, że współkontrolowany wspólny przedsiębiorca należy jednocześnie do grupy kapitałowej/jednego organizmu gospodarczego każdego ze współkontrolujących go podmiotów założycielskich⁸⁴ na potrzeby oceny relacji (w tym porozumień) pomiędzy *joint venture* a „rodzicem”.

Oczywiście sam fakt współkontroli sprawowanej nad wspólnym przedsiębiorcą nie czyni jeszcze „rodziców” *joint venture* członkami tego samego organizmu gospodarczego. „Rodzice” ci w dalszym ciągu posiadają odrębne interesy ekonomiczne wykraczające „poza” *joint venture*, dlatego też jeżeli porozumienie pomiędzy „rodzicem” a współkontrolowanym przez tego

⁸⁴ Zob. E. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki, *Komentarz..., Komentarz do art. 4 uokk*, pkt 14. Powyższe stanowisko nie przesądza oczywiście, że zmiany jakości kontroli nad *joint venture*, np. zmiana kontroli ze wspólnej na wyłączną, nie podlegają obowiązkowi notyfikacji. Odmienne stanowisko (w zakresie należenia „współkontrolowanego” przedsiębiorcy do grup kapitałowych podmiotów kontrolujących) wyrażone jest w Wyjaśnieniach UOKiK w sprawie koncentracji.

„rodzica” *joint venture* pełni w istocie ukrytą funkcję porozumienia pomiędzy „rodzicami” *joint venture*, porozumienie takie podlega oczywiście ocenie pod kątem art. 6 uokk oraz art. 101 TFUE.

Z drugiej strony należy pamiętać, że samodzielny operacyjnie *joint venture* w dalszym ciągu pełni ekonomiczną rolę porozumienia pomiędzy założycielami, dlatego właśnie merytoryczna ocena utworzenia wspólnego przedsiębiorcy, nawet z perspektywy *ex ante*, powinna dopuszczać ocenę aspektów kooperacyjnych pomiędzy podmiotami założycielskimi, np. w zakresie wymiany wrażliwej informacji handlowej⁸⁵. Jeżeli uznać, że utworzenie samodzielnego operacyjnie *joint venture* nie podlega ocenie *ex post* pod kątem przepisów o antykonkurencyjnych porozumieniach w zakresie porozumienia pomiędzy „rodzicami” *joint venture*, to nie tyle dlatego, że taki wspólny przedsiębiorca nie pełni roli porozumienia pomiędzy podmiotami założycielskimi (bo taką rolę w dalszym ciągu pełni), ale ze względu na zasadę zaufania do prawa: jeżeli treść porozumienia została raz poddana analizie przez organ konkurencji w wyniku oceny *ex ante*, nie powinna ona być oceniana po raz drugi *ex post*⁸⁶.

Powyższe rozważania o braku możliwości następczej oceny porozumienia o utworzeniu *joint venture*, które zostało już poddane ocenie *ex ante*, nie wykluczają oczywiście, że jeżeli podmioty założycielskie w stosunku do samodzielnego operacyjnie *joint venture* zmienią treść swojego porozumienia w sposób nieprzewidziany w notyfikacji, to wtedy taka zmiana może podlegać ocenie *ex post*. Dobrym przykładem jest w omawianym aspekcie decyzja UOKiK w sprawie tzw. kartelu mobilnego⁸⁷. We wskazanej sprawie czterech operatorów telefonii mobilnej zgłosiło Prezesowi UOKiK swoje porozumienie, które, w wyniku przeprowadzonej oceny *ex ante*, zostało

⁸⁵ Taka możliwość przewidziana jest w pkt 47 Wytycznych horyzontalnych Komisji Europejskiej z 5.02.2004 r. (*op. cit.*): „Publicznie dostępne kluczowe informacje, wymiana informacji poprzez (...) uczestniczenie we wspólnych przedsięwzięciach, również mogą pomóc przedsiębiorstwom w przestrzeganiu warunków koordynacji”.

⁸⁶ Podobnie uważa sam UOKiK. Zob. *Investigations of Consummated and Non-Notifiable Mergers, the Poland's Contribution*, Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement, 25 February 2014, s. 4 („Generally, UOKiK does not have the power to re-open merger reviews of previously approved mergers. However, the President of UOKiK may revoke its decisions if they were based on unreliable information for which the undertakings participating in the concentration were responsible or where undertakings did not comply with the conditions (remedies) specified by the Office”), dokument dostępny na: [http://search.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2014\)18&docLanguage=En](http://search.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2014)18&docLanguage=En), dostęp: 25.08.2015 r.

⁸⁷ Decyzja Prezesa UOKiK z 23.11.2011 r., DOK-8/2011; decyzja dostępna na: www.uokik.gov.pl

przez Prezesa UOKiK zaaprobowane. Następnie jednak na tych samych operatorów została przez Prezesa UOKiK nałożona kara na podstawie art. 6 uokk. Prezes UOKiK zauważył jednak, że skontrolowany *ex post* wspólny przedsiębiorca rozszerzył zakres swojej działalności (a tym samym podmioty założycielskie „rozszerzyły” swoje porozumienie) z „hurtowych audiowizualnych usług medialnych” na „usługi detaliczne”⁸⁸.

4.3.3. „Prawdziwie” samodzielny wspólny przedsiębiorca a koncepcja jednego organizmu gospodarczego

Należy też zaznaczyć, że niektórzy z „notyfikowalnych” wspólnych przedsiębiorców o pełnym zakresie funkcji są prawdziwi samodzielnie, czyli ich interesy ekonomiczne niejako odrywają się od interesów założycieli. Porozumienia pomiędzy takimi wspólnymi przedsiębiorcami a podmiotami założycielskimi powinny być traktowane jak porozumienia zawarte pomiędzy dwoma samodzielnymi przedsiębiorcami, a tym samym podlegać przepisom o antykonkurencyjnych porozumieniach (jak zresztą słusznie uznała Komisja Europejska w sprawie *Ijsselcentrale*⁸⁹).

⁸⁸ *Ibidem*, s. 55–56: „Podkreślenia zarazem wymaga, że nie jest przedmiotem niniejszej decyzji ocena działań operatorów związanych z dokonaniem koncentracji (...). Te działania były przedmiotem postępowania antymonopolowego (...), w wyniku którego Prezes UOKiK (...) wyraził na nie zgodę. Podkreślenia wymaga przy tym, że ww. zgoda obejmowała tylko współpracę (...) na szczeblu hurtowym, a nie na szczeblu detalicznym”.

⁸⁹ Decyzja Komisji Europejskiej z 16.01.1991 r. w sprawie IV/32.732 *Ijsselcentrale i inni* (decyzja dostępna na: <http://ec.europa.eu/competition/>, dostęp: 25.08.2015 r). W sprawie tej lokalni holenderscy dystrybutorzy energii zakwestionowali, w świetle zgodności z europejskimi regułami konkurencji, m.in. porozumienie zawarte pomiędzy czterema holenderskimi producentami energii a spółką NV Samenwerkende Elektriciteitsproductiebedrijven („SEP”), założoną przez tych producentów (w której żaden z tych producentów nie wydawał się posiadać „kontroli” w rozumieniu omawianym w tym rozdziale). Na mocy porozumienia strony zobowiązywały się nie dopuszczać na holenderski rynek energii importowanej z Niemiec (powyższe było możliwe, ponieważ SEP dysponowała infrastrukturą techniczną konieczną dla przekazu energii z Niemiec do Holandii). Spółka SEP w swojej obronie twierdziła m.in., że wraz z producentami energii stanowi jeden organizm gospodarczy (cytuując m.in. wyrok TSUE w sprawie *Hydrotherm*, *op. cit.*), a funkcją porozumienia jest jedynie [wewnętrzna] alokacja zadań (*ibidem*, pkt 22). Komisja nie zgodziła się jednak z taką linią rozumowania, stwierdzając, że producenci energii są od siebie niezależni, a SEP nie stanowi wraz z tymi producentami jednego organizmu gospodarczego (*ibidem*, pkt 24). Komisja dość niefortunnie, jako argumentem przeciwko należeniu SEP i producentów do jednego organizmu gospodarczego, posłużyła się frazą, że „SEP jest wspólnym przedsiębiorstwem kontrolowanym łącznie przez podmioty założycielskie” (ang. *SEP is a joint venture controlled by its parent companies together*). Taką „łączną” kontrolę (ang. *controlling together*) należy odróżnić od wspólnej kontroli

Z drugiej strony, po utworzeniu prawdziwie samodzielnego wspólnego przedsiębiorcy, taki przedsiębiorca nie może już pełnić funkcji porozumienia pomiędzy podmiotami założycielskimi, ponieważ interes ekonomiczny tego wspólnego przedsiębiorcy „oderwie” się od interesu ekonomicznego założycieli (zatem, przykładowo, rozproszeni akcjonariusze spółki akcyjnej nie muszą się obawiać, że działalność takiej spółki zostanie uznana za antykonkurencyjne porozumienie pomiędzy tymi akcjonariuszami). W takim wypadku prawdziwie samodzielny *joint venture*, którego utworzenie zostało poddane uprzednio kontroli koncentracji, nie podlega ocenie pod kątem przepisów o antykonkurencyjnych porozumieniach nie tyle ze względu na zasadę pewności prawa (jak w wypadku wspólnego przedsiębiorcy samodzielnego operacyjnie), ale z powodu koncepcyjnej niemożności zastosowania do działalności takiego *joint venture* przepisów o antykonkurencyjnych porozumieniach.

4.3.4. Wspólny przedsiębiorca nieposiadający pełnego zakresu funkcji a koncepcja jednego organizmu gospodarczego

Na koniec należy zauważyć, że podlegający obowiązkowi notyfikacji zarówno wspólni przedsiębiorcy samodzielnego operacyjnie, jak i prawdziwie samodzielnego wspólnego przedsiębiorcy (czyli tacy, nad którymi nie jest sprawowana wspólna kontrola), ponieważ podlegają obowiązkowi notyfikacji, muszą posiadać niebagatelny stopień integracji ekonomicznej (czyli np. „pełny zakres funkcji”⁹⁰) oraz charakteryzować się trwałością.

Wspólny przedsiębiorca niecharakteryzujący się pełnym zakresem funkcji (a więc o jedynie bagatelnym poziomie integracji ekonomicznej), nawet jeżeli żaden z podmiotów założycielskich nie sprawuje nad takim *joint venture* kontroli, powinien być, w rozumieniu przepisów antymonopolowych, traktowany jedynie jak horyzontalne porozumienie pomiędzy innymi przedsiębiorcami. Żeby wspólny przedsiębiorca oderwał się od podmiotów założycielskich i został nowym jednym organizmem gospodarczym, niezbędny jest zarówno brak kontroli ze strony „rodziców”, jak i pełny zakres funkcji

(ang. *joint control*) w rozumieniu np. Skonsolidowanego obwieszczenia jurysdykcyjnego. W tym pierwszym wypadku bowiem nie dochodzi właśnie do kontroli rozumianej jako okoliczności czyniącej z dwóch odrębnych prawnie podmiotów jeden organizm gospodarczy.

⁹⁰ Ponieważ przesłanka „pełnego zakresu funkcji” wynika z terminologii przyjętej w prawie europejskim, można też na określenie niebagatelnego poziomu integracji stosować określenia synonimiczne, np. *joint venture* „koordynacyjne” lub *joint venture* prowadzące do zmiany w strukturze rynku.

takiego przedsiębiorcy. Aby lepiej zrozumieć powyższą obserwację, wystarczy uświadomić sobie, że nad typowymi kartelami cenowymi (które również są przecież rodzajem wspólnego przedsiębiorcy), żaden z kartelistów nie sprawuje „kontroli”, a mimo wszystko, właśnie z powodu braku pełnego zakresu funkcji, typowy kartel nie może być scharakteryzowany jako nowy „jeden organizm gospodarczy”.

Poniższa tabela (tabela 5) ilustruje zastosowanie koncepcji jednego organizmu gospodarczego w zakresie przepisów o antykonkurencyjnych porozumieniach w zależności od pełnego zakresu funkcji *joint venture* oraz kontroli (lub jej braku) sprawowanej nad *joint venture*.

Tabela 5. *Joint ventures* a jeden organizm gospodarczy (podział ze względu na pełny zakres funkcji i kontrolę)

	<i>Joint venture</i> o pełnym zakresie funkcji (koordynacyjny <i>joint venture</i> , <i>joint venture</i> o niebagatelnym poziomie integracji ekonomicznej)	Brak pełnego zakresu funkcji
<i>Joint venture</i> podlegający wspólnej kontroli i niepodlegający wyłącznej kontroli	Obowiązek notyfikacji/ należenie z każdym z „rodziców” do jednego organizmu gospodarczego	Brak obowiązku notyfikacji/ należenie z każdym z „rodziców” do jednego organizmu gospodarczego
„Prawdziwa” samodzielność (<i>joint ventures</i> niepodlegający ani wspólnej, ani wyłącznej kontroli)	Obowiązek notyfikacji/ odrębny od „rodziców” jeden organizm gospodarczy	Brak obowiązku notyfikacji /brak odrębnego jednego organizmu gospodarczego (np. kartel i inne nieposiadające pełnego zakresu funkcji porozumienia horyzontalne)

5. Wnioski

Rozważania dokonane w niniejszym rozdziale pokazały, że antymonopolowa ocena działalności „wspólnych przedsiębiorców” (w prawie polskim) lub „wspólnych przedsiębiorstw” (w prawie UE) ma miejsce „na styku” najbardziej istotnych problemów związanych z zagadnieniem granic przedsiębiorstwa oraz stosowaniem koncepcji jednego organizmu gospodarczego. Zarówno na gruncie prawa UE, jak i prawa polskiego (wbrew części polskiej doktryny oraz stanowisku UOKiK) konieczne jest wyodrębnienie przedsiębiorców zasługujących na tzw. „przywilej koncentracji”, czyli „łagodniejsze” traktowanie podczas oceny *ex ante*. Podstawowym kryterium pozwalającym na poddanie utworzenia *joint venture* „przywilejowi koncentracji”, a tym samym obowiązkowi notyfikacji do organów antymonopolowych, powinno

być zbadanie, czy wspólny przedsiębiorca charakteryzuje się niebagatelnym poziomem integracji ekonomicznej zasobów. W prawie UE w powyższym celu stosowane jest kryterium „pełnego zakresu funkcji” służące do wyodrębnienia wspólnych przedsiębiorców, których utworzenie podlega obowiązkowi notyfikacji do Komisji Europejskiej.

Ponieważ podział na „notyfikowalnych” i „nienotyfikowalnych” wspólnych przedsiębiorców wynika z potrzeby wyodrębnienia wspólnych przedsiębiorców zasługujących na „przywilej koncentracji”, kryteria wyodrębnienia „notyfikowalnych” *joint ventures* nie są tożsame z kryteriami wyodrębnienia „jednych organizmów gospodarczych”. O ile zatem „notyfikowalne” *joint ventures* powinny się charakteryzować niebagatelnym poziomem integracji ekonomicznej zasobów (pełnym zakresem funkcji), o tyle takie *joint ventures* mogą (choć nie muszą) podlegać „współkontrolom” ze strony podmiotów założycielskich. W związku z powyższym, nawet wspólny przedsiębiorca podlegający obowiązkowi notyfikacji (czyli wspólny przedsiębiorca posiadający pełny zakres funkcji) może stanowić odrębny „jeden organizm gospodarczy” wraz z każdym ze swoich „rodziców” tak długo, jak „rodzic” ten sprawuje nad wspólnym przedsiębiorcą tzw. „współkontrolę”. W związku z powyższym w relacjach pomiędzy „współkontrolowanym” wspólnym przedsiębiorcą a jego „rodzicem” powinny obowiązywać podstawowe konsekwencje zastosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego, czyli na przykład wyłączenie porozumień zawartych pomiędzy takim wspólnym przedsiębiorcą a „rodzicem” spod oceny antymonopolowej (oczywiście pod warunkiem, że analizowane porozumienie nie jest w istocie ukrytym porozumieniem pomiędzy „rodzicami” *joint venture*).

Rozdział V

Względny wymiar koncepcji jednego organizmu gospodarczego – status agenta i pracownika

1. Uwagi ogólne

W niniejszym rozdziale analizie zostanie poddany tzw. „względny” wymiar koncepcji jednego organizmu gospodarczego.

Jak wspomniano na początku tej pracy¹, koncepcja jednego organizmu gospodarczego może mieć zarówno „względny”, jak i „absolutny” wymiar. O względnym wymiarze koncepcji jednego organizmu gospodarczego można mówić, kiedy dane podmioty „tracą” samodzielność jedynie w związku z określoną relacją gospodarczą ze względu na funkcję, którą wykonują w ramach tej relacji. Omawianymi podmiotami mogą być zarówno osoby fizyczne, jak i prawne. Najbardziej reprezentatywnym i najszerzej omawianym przykładem względnego wymiaru koncepcji jednego organizmu gospodarczego jest utrata samodzielności przez agenta w ramach wykonania umowy agencyjnej². Jak słusznie zauważa się w doktrynie europejskiego prawa antymonopolowego, agent może zachować status niezależnego przedsiębiorstwa (ang. *undertaking*)³, a „niezależność” utracić tylko na podstawie umowy agencyjnej ograniczającej swobodę agenta w relacjach z dającym zlecenie (pryncypałem⁴). W sytuacji, kiedy agent i dający zlecenie są, na potrzeby

¹ Zob. podrozdział I.2.4.

² W poniższym rozdziale określenia takie jak „umowa agencji” i „umowa agencyjna” będą używane zamiennie.

³ Bellamy & Child (red. P. Roth, V. Rose), *European Community Law of Competition*, 6th Ed., Oxford University Press 2008, s. 106.

⁴ Na potrzeby tego rozdziału, pojęcia „dający zlecenie” i „pryncypał” będą używane w sposób synonimiczny.

wykonania umowy agencyjnej, traktowani jak jeden organizm gospodarczy, porozumienie pomiędzy nimi – w zakresie transakcji, w których agent uczestniczy w ramach realizacji umowy agencyjnej – nie podlega merytorycznej ocenie pod kątem reguł konkurencji i jest wyłączone spod zastosowania przepisów o antykonkurencyjnych porozumieniach. Drugim istotnym przykładem względnego wymiaru koncepcji jednego organizmu gospodarczego jest relacja pomiędzy pracownikiem a pracodawcą (niekiedy mówi się nawet w doktrynie prawa antymonopolowego o tym, że agent może więc sprawować „funkcję analogiczną” do funkcji sprawowanej przez pracownika⁵).

Hipoteza badawcza przyjęta w niniejszym rozdziale zakłada, że do zastosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego w jej względnym wymiarze powinno się każdorazowo dokonać analizy ekonomicznej danej relacji.

Celem niniejszego rozdziału jest znalezienie odpowiedzi na pytanie, na czym taka analiza powinna polegać (np. na analizie ryzyk ekonomicznych, kosztów itp.) i jakie czynniki powinna uwzględniać w pierwszej kolejności. Autor postara się też odpowiedzieć na pytanie, na ile relacja pomiędzy agentem a pryncypałem i relacja pomiędzy pracodawcą a pracownikiem różnią się od siebie w świetle zastosowania do tych relacji koncepcji jednego organizmu gospodarczego.

W niniejszym rozdziale analizie poddane zostaną amerykańskie (podrozdział V.2.4), unijne (podrozdział V.2.3) oraz polskie (podrozdział V.2.5) uregulowania dotyczące relacji pomiędzy agentem a pryncypałem oraz pomiędzy pracodawcą a pracownikiem (podrozdział V.3) w świetle zastosowania do tych relacji koncepcji jednego organizmu gospodarczego.

2. Zastosowanie koncepcji jednego organizmu gospodarczego do relacji pomiędzy agentem a pryncypałem

2.1. Wpływ koncepcji jednego organizmu gospodarczego na system dystrybucji produktów

W praktyce kwestia zastosowania koncepcji *single economic unit* do umów agencyjnych ma istotne znaczenie dla optymalnego ukształtowania przez dostawców systemu dystrybucji swoich produktów. Biorąc pod uwagę często

⁵ Zob. E. Sage [w:] T. Skoczny (red.), *Uokk. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 534–535 („[Typowe umowy agencyjne] mają charakter analogiczny do funkcji sprawowanej przez pracownika, co powoduje, że trzeba je traktować analogicznie do umów zawieranych w ramach tej samej grupy kapitałowej”).

dość restrykcyjne przepisy antymonopolowe dotyczące porozumień dystrybucyjnych (czyli podtypu tzw. porozumień wertykalnych), klauzule umowne, które byłyby niedopuszczalne w umowach pomiędzy dostawcą a niezależnymi dystrybutorami (np. ustalanie minimalnych lub maksymalnych cen odsprzedaży), są zwolnione spod przepisów o antykonkurencyjnych porozumieniach w sytuacji, w której dystrybutor jest „agentem”, a do umowy pomiędzy agentem i pryncypałem zastosowanie ma koncepcja *single economic unit*.

Poniżej autor postara się przedstawić kryteria, które w porządku prawnym Stanów Zjednoczonych, UE oraz Polski pozwalają na zastosowanie do relacji pomiędzy agentem i pryncypałem koncepcji jednego organizmu gospodarczego.

2.2. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego a agencja w prawie ochrony konkurencji Stanów Zjednoczonych

2.2.1. Kształtowanie się orzecznictwa

W Stanach Zjednoczonych tzw. wyjątek agencji (*agency defense*) został ustanowiony drogą prawa precedensowego, a ściślej, piórem sędziego Tafta, autora wyroku Sądu Najwyższego USA z 1926 r. w sprawie *General Electric*⁶. Na *agency defense* powoływali się już jednak pozwanym w precedensowej sprawie *Dr. Miles*, w której tzw. wertykalne zmony cenowe zostały przez Sąd Najwyższy USA uznane za *per se* sprzeczne z ustawą Shermana⁷. W sprawie *Dr. Miles* Sąd Najwyższy uznał jednak, że pomimo użycia słowa „agencja” w nazwie porozumienia, porozumienie było „w oczywisty sposób zwykłą umową sprzedaży” (ang. *clearly an agreement looking to sale*), a nie „agencją”⁸.

W sprawie *General Electric*, spółce o tej nazwie zarzucane było naruszenie ustawy Shermana poprzez ustalanie ze swoimi „dystrybutorami” cen odsprzedaży lamp⁹. Sąd uznał, że przepisy ustawy Shermana zakazujące

⁶ *United States v. General Electric*, 272 U.S. 476, 1926 („*General Electric*”).

⁷ Zob. J. Flynn, H. First, D. Bush, *Free Enterprise And Economic Organization: Antitrust*, 7th Ed. draft, 2012, rozdział 5, s. 51. Zob. też: R.J.R. Peritz, „*Nervine*” and *Knavery: The Life and Times of Dr. Miles Medical Company*, w: E.M. Fox, D.A. Crane (red.), E.M. Fox, D.A. Crane (red.), *Antitrust Stories*, Foundation Press 2007, s. 61–90.

⁸ T.B. Leary, E.S. Mintzer, *The Future of Resale Price Maintenance, Now That Doctor Miles Is Dead*, N.Y.U.J.L. & Bus. 2007, vol. 4(1), s. 304–305.

⁹ Warto zaznaczyć, że ówczesny krajobraz prawny Stanów Zjednoczonych jednoznacznie nie dopuszczał ustalania jakichkolwiek cen odsprzedaży (ang. *resale price maintenance*). Takie ustalenia były zakazane na mocy sprawy *Dr. Miles* z 1911 r. (*Dr. Miles Medical v. John D. Park and Sons*, 220 U.S. 373, 1911, „*Dr. Miles*”). Precedens ze sprawy *Dr. Miles*

antykonkurencyjnych porozumień nie mają zastosowania do „autentycznych” (ang. *genuine*) relacji agent – pryncypał¹⁰. Oczywiście to, czy przedsiębiorcy pośredniczący w sprzedaży towarów powinni być zaklasyfikowani jako agenci (a więc wyłączeni spod zakresu ustawy Shermana), czy też jako dystrybutorzy (a więc podlegający tej ustawie), nie zależy bynajmniej od tego, jak strony nazwą łączący ich stosunek umowny, ale od konkretnych okoliczności faktycznych. Sędzia Taft wyłożył przyszłym amerykańskim jurystom kryteria pozwalające na zbadanie owych okoliczności faktycznych. Powyższe kryteria obejmują następujące okoliczności:

- to, czy potencjalny agent zobowiązany jest do zapłaty dostawcy ceny od razu po dostarczeniu towaru przez dostawcę, czy też dopiero po udanym pośrednictwie w sprzedaży, oraz
- to, czy na pośrednika (potencjalnego agenta) przechodzi lub nie tytuł własności – jeżeli brak jest przejścia na pośrednika tytułu własności, a pośrednik nie płaci ceny dostawcy za dostarczony towar, pośrednik taki jest „agentem”, a nie dystrybutorem.

Sędzia Taft uznał jednocześnie, że sam fakt ponoszenia przez pośrednika ryzyka za utratę lub uszkodzenie towaru, opłacania przez pośrednika kosztów składowania towaru oraz odpowiedzialność pośrednika za wykonanie zobowiązania przez klienta (tzw. odpowiedzialność *del credere*), jak miało to miejsce w stanie faktycznym sprawy *General Electric*, nie przesądza o kwalifikacji dystrybutora jako agenta. Warto jeszcze zwrócić uwagę, że uznani za agentów dystrybutorzy spółki *General Electric* byli od tej spółki całkowicie odrębni kapitałowo, a więc w razie ich ewentualnego uznania za „prawdziwych” agentów, stanowiliby jeden organizm gospodarczy ze spółką *General Electric* jedynie w wymiarze względnym, a nie absolutnym.

Ustanowiony w sprawie *General Electric* „wyjątek agencji” został poddany głębszej analizie w późniejszych orzeczeniach sądów amerykańskich. W sprawie *Simson*¹¹ system dystrybucji benzyny przedsiębiorcy naftowego, spółki *Union Oil*, polegał na zawieraniu tzw. umów komisji (ang. *consignment agreements*) z przedsiębiorcami dzierżawiącymi od *Union Oil* stacje benzynowe¹². Umowy zawierane przez *Union Oil* zobowiązywały dystrybu-

doczekał się swojego obalenia dopiero w 2007 r. w orzeczeniu Sądu Najwyższego USA w sprawie *Leegin* z 2007 r. (*Leegin Creative Leather Products v. PSKS*, 551 U.S. 877, 2007, „*Leegin*”).

¹⁰ *General Electric*, 272 U.S. 476, s. 272.

¹¹ *Simson v. Union Oil*, 377 U.S. 13, 1969 („*Simson*”).

¹² Należy w tym miejscu zaznaczyć, że w amerykańskim prawie konkurencji umowa komisji (ang. *consignment agreement*) jest nie tyle nazwaną umową prawną, jak w prawie polskim,

torów benzyny do stosowania sztywnej detalicznej ceny odsprzedaży. Jeden z dystrybutorów, Simson, nie stosował się do wspomnianej sztywnej ceny, co spowodowało wypowiedzenie przez Union Oil zawartej z nim umowy komisju. Simson pozwał spółkę Union Oil, zarzucając jej ustalanie cen odsprzedaży sprzeczne z ustawą Shermana. W wyroku z 1964 r. amerykański Sąd Najwyższy uznał, że w danej sprawie dystrybutorzy, tacy jak Simson, byli „niezależnymi przedsiębiorcami” (ang. *independent businessmen*), a nazywanie systemu dystrybucji „agencją” było jedynie sprytną słowną manipulacją (ang. *clever manipulation of words*), niemającą odzwierciedlenia w rzeczywistości (ang. *[no] differences in substance*). W rzeczywistości nominalni „komisanci” (ang. *conignees*) sprzedający benzynę pod marką Union Oil są nie tyle agentami, co małymi, próbującymi związać koniec z końcem przedsiębiorcami (ang. *small struggling competitors*). Najważniejszym kryterium, które, według sądu, pozbawiało dystrybutorów Union Oil statusu agenta był fakt, że odpowiedzialność za ewentualną utratę lub uszkodzenie benzyny (ang. *risk of loss*) obciążała dystrybutorów, a nie Union Oil, nawet jeżeli formalnie na dystrybutorów nie przechodził tytuł własności i nawet jeżeli dystrybutorzy uiszczali dostawcy opłatę dopiero po odsprzedaży dostarczonej benzyny. Łatwo więc zauważyć, że, zmieniając nieco swoje podejście w stosunku do wcześniejszego wyroku w sprawie *General Electric*, Sąd Najwyższy USA zawęził wyjątek agencji, skupiając się nie tyle na prawnej strukturze „nominalnej” umowy agencji (moment zapłaty, przejście tytułu własności), co raczej na rozkładzie ekonomicznego ryzyka za dostarczony towar.

2.2.2. Ekonomiczna analiza sędziego Posnera

Począwszy od orzeczenia w sprawie *Simson*, Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych nie wypowiedział się więcej na temat zagadnienia „prawdziwej agencji”¹³. Skomplikowany charakter tego zagadnienia nie zniósłby jednak próżni w orzecznictwie. Stąd bardziej precyzyjne reguły dotyczące wyodrębnienia prawdziwej agencji sformułowały amerykańskie sądy federalne niższego rzędu. Najciekawszym i chyba najszerzej cytowanym orzeczeniem jest wyrok Federalnego Sądu Apelacyjnego dla Siódmego Dystryktu w Chi-

co bardziej określeniem potocznym. W związku z powyższym pojęć takich, jak „umowa komisju” i „umowa agencji” (ang. *agency agreement*) sądy używają w zasadzie synonimicznie. W stanie faktycznym sprawy *Simson*, Union Oil, nazywając umowę z dystrybutorami umową komisju, liczył właśnie na to, że umowa ta może skorzystać z *agency defense*.

¹³ Więcej o sprawie *Simson* i późniejszych orzeczeniach amerykańskich sądów niższej instancji: zob. P. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, 3rd Ed., Aspen Publishers 2010, s. 284–299.

cago¹⁴, autorstwa jednego z największych autorytetów prawniczych w USA, sędziego Richarda Posnera. Orzeczenie Posnera z 1986 r. w sprawie *Murray Biscuit*¹⁵ do dziś cytowane jest jako kompleksowa analiza zagadnienia „wyjątku agencji”.

Posner, w sprawie *Murray Biscuit*, powołując się na orzeczenie Sądu Najwyższego USA w sprawie *Simson*, zauważył przede wszystkim, że określenia takie, jak: „dealer”, „dystrybutor” i „agent” nie mają ustalonych raz na zawsze znaczeń (*fixed meanings*), a więc sama nazwa umowy pomiędzy przedsiębiorcami działającymi na różnych szczeblach dystrybucji nie przesądza o ewentualnym zwolnieniu takiej umowy spod art. 1 ustawy Shermana. Tym samym Posner przyznał, że pojęcia „umowy agencyjnej” i „agenta” mogą być rozumiane na dwa sposoby: jako zwykła etykieta mająca na celu obejście ustawy Shermana (tzw. *sham agency*) oraz jako prawdziwa relacja agencji (ang. *genuine agency*), prowadząca do wyłączenia zastosowania art. 1 ustawy Shermana¹⁶. Granica pomiędzy „**prawdziwymi** agentami” a „dealerami” lub „dystrybutorami” jest płynna (ang. *no hard and fast line can be drawn*). Według Posnera można mówić o *continuum* nazw określających pośredników (tzw. *middle men*) w sprzedaży i dystrybucji towarów (zob. rysunek 1).

Rysunek 1. *Continuum* Posnera

pracownik – broker/reprezentant handlowy – agent/komisant – dealer/dystrybutor



Kwalifikacja danego pośrednika jako „prawdziwego” pracownika, brokera (ang. *brokers*), reprezentanta handlowego (ang. *sales representative*), agenta lub komisanta (ang. *consignee*), w „prawdziwego” dystrybutora i dealera, przesądza o wyłączeniu porozumienia spod ustawy Shermana. Kluczowym kryterium dla powyższej kwalifikacji jest proporcja kosztów ponoszonych przez pośrednika. Jeżeli koszty te stanowią jedynie trywialny ułamek (ang. *trivial fraction*) kosztu całego produktu, takiego pośrednika należy traktować jak zwykłego „odbiorcę zamówień” (ang. *mere order taker*), pozbawionego możliwości samodzielnego ustalania cen. Przyznanie powyższemu *mere order taker* prawnej gwarancji możliwości ustalania cen wbrew dostawcy (a do tego doprowadziłoby uznanie, że do porozumienia mają zastosowanie reguły

¹⁴ Amerykańskie sądownictwo federalne składa się z sądów pierwszej instancji tzw. *District Courts*, federalnych sądów apelacyjnych dla jedenastu dystryktów (tzw. *Federal Circuits*) oraz Federalnego Sądu Najwyższego (*United States Supreme Court*).

¹⁵ *Morrison v. Murray Biscuit*, 797 F.2d 1430, 7th Cir. 1986 („*Murray Biscuit*”).

¹⁶ J. Flynn, H. First, D. Bush, *Free Enterprise...*, rozdział 5, s. 50.

konkurencji i art. 1 ustawy Shermana) byłoby porównywalne do „mówienia ogonowi, żeby merdał swoim psem” (ang. *telling the tail to wag its dog*).

Ostatecznie w sprawie *Murray Biscuit* Posner uznał, że koszty ponoszone przez pośrednika w danym stanie faktycznym były na tyle nieznaczne, że nie przesądzały o samodzielności tego pośrednika. Pośrednik – będący w danej sprawie hurtownikiem odsprzedającym sklepom spożywczym produkty dostarczane do hurtowni przez spółkę Murray Biscuit – płacił Murray Biscuit cenę niższą o 8% od sugerowanej ceny odsprzedaczy. W związku z powyższym można było, według Posnera, domniemać, że koszt ponoszony przez pośrednika (po uwzględnieniu jego marży oraz marży dostawcy) wynosił właśnie 8% całkowitego kosztu produktu odsprzedawanego sklepom spożywczym – za mało, żeby uznać pośrednika za „samodzielnego” dystrybutora¹⁷.

Opisana w poprzednim rozdziale analiza sędziego Posnera skupiająca się na udziale kosztów ponoszonych przez pośrednika w koszcie całego produktu ma swoje ekonomiczne uzasadnienie. Jeżeli ułamek ten jest dostatecznie mały, oznacza to, że dostawca jest na tyle „niezależny” od usług pośrednika, że mógłby dostatecznie łatwo pominąć dodatkowy szczebel dystrybucji i samemu prowadzić sprzedaż, np. zatrudniając po prostu pośrednika albo integrując się z nim wertykalnie (ang. *vertical integration*).

Powyższa argumentacja odchodzi od analizy opartej na formie prawnej porozumienia, a skupia się bardziej na „efekcie” porozumienia¹⁸. Jeżeli efektem porozumienia jest powstanie prawdziwej (ang. *genuine*) agencji, związek agenta z pryncypałem przypomina zintegrowaną wertykalnie firmę, a interwencja prawa konkurencji w taką relację godziłaby w postulat „organizacyjnej neutralności” prawa konkurencji¹⁹. Taka interwencja prawa antymo-

¹⁷ Więcej o sprawie *Murray Biscuit* [w:] A. H. Zhang, *Toward An Economic Approach to Agency Agreements*, J. Competition. L. & Econ. 2013, vol. 9(3), s. 563–564. Autorka proponuje podejście rozróżniające prawdziwą agencję od fałszywej (ang. *sham*) w oparciu o uczestnictwo „agenta” w dochodach (ang. *retaining significant residual income rights*, zob. *ibidem*, s. 583–584). Według A. Zhang, jeżeli agenta i pryncypała wiąże umowa oparta na skuteczności agenta (ang. *outcome-based contract*), w przeciwieństwie do umowy opartej na zachowaniu agenta (ang. *behavior-based contract*), tym bardziej prawa do dochodu dzielą się pomiędzy agenta i pryncypała, i tym bardziej agent jest samodzielnym przedsiębiorcą. Autorka krytykuje podejście oparte wyłącznie na kosztach i ryzyku ponoszonych przez agenta, krytyka ta jest jednak w dużej mierze nieuzasadniona. Sama bowiem A. Zhang zauważa, że im bardziej prawo do dochodu należy do pryncypała, tym bardziej pryncypał chce kontrolować działalność agenta, co wiąże się z transferem kosztów ponoszonych przez agenta do pryncypała (*ibidem*, s. 580).

¹⁸ Zob. M. Bennett, *Online Platforms: Retailers, Genuine Agents or None of the Above?*, CPI, Europe Column, June 2012, s. 4.

¹⁹ *Ibidem*, s. 4.

nopolowego byłaby niekorzystna, ponieważ prawo konkurencji nie powinno zniechęcać przedsiębiorców do integrowania swojej działalności – integracja przynosi bowiem oszczędności i minimalizuje koszty transakcyjne²⁰.

Dlaczego jednak koszt poniesiony przez agenta powinien być kryterium samodzielności agenta (oczywiście jedynie na potrzeby sprzedaży produktów objętych umową agencyjną)? Jest tak dlatego, ponieważ koszt poniesiony przez agenta bardzo dobrze nadaje się do rozróżnienia pomiędzy samodzielnym pośrednikiem a pracownikiem (a niesamodzielnym, „prawdziwym” agent traktowany jest właśnie jako swego rodzaju pracownik). Im większy jest bowiem koszt poniesiony przez rzekomego agenta, tym bardziej późniejszy zysk (prowizja) osiągany przez takiego „agenta” powinien być traktowany jako zwrot z poniesionej przez siebie inwestycji. Stosując terminologię używaną przez R. Coase’a, im większą inwestycję poniósł rzekomy agent, tym bardziej prawdopodobne jest, że decyzje alokacyjne takiego agenta wynikają z cenowego mechanizmu koordynacji zasobów²¹. Z kolei w wypadku pracownika, również pośredniczącego niejako w sprzedaży produktów swojego pracodawcy, pracownik nie ponosi żadnych kosztów, stąd późniejsza „prowizja” jest nie tyle zwrotem z inwestycji, co zwrotem z pracy koordynowanej przez pryncypała. Pracownik, nie ponosząc własnych znaczących inwestycji, może więc poddać się hierarchicznemu mechanizmowi koordynacji. Innymi słowy, przedsiębiorca potrzebuje pracowników ze względu na ich pracę, a innych, samodzielnych przedsiębiorców (np. prawdziwych agentów) ze względu na koszty niższe niż jego własne. Gdyby producent był w stanie wykonać tę samą usługę (czyli np. usługę pośrednictwa sprzedaży), co samodzielny agent po takich samych lub niższych kosztach, wykonałby on ją przy pomocy swoich pracowników, płacąc im odpowiednią pensję i samemu ponosząc odpowiednie koszty. Jeżeli zatem rzekomy agent nie ponosi „znaczących”²² kosztów, jego „prowizję” należy traktować jak pensję pracownika²³ stanowiącego wraz z pryncypałem jeden organizm gospodarczy.

²⁰ Zob. w kontekście umów agencji: *ibidem*, s. 3–4; zob. szerzej: M. Danek, *Korzyści efektywnościowe w kontroli koncentracji przedsiębiorstw w systemach ochrony konkurencji Unii Europejskiej i Stanów Zjednoczonych Ameryki – porównanie prawno-ekonomiczne*, ZNUJ 2012, zeszyt 117.

²¹ Zob. podrozdział II.3.1.

²² Oczywiście określenie tego, jakie koszty należy uznać za „znaczące” nie jest łatwe i wymaga analizy okoliczności faktycznych danej sprawy.

²³ Pensje pracowników też bowiem zależeć mogą od wyników finansowych przedsiębiorcy (systemy motywacyjne dla pracowników są zresztą bardzo popularne).

2.2.3. *Agency defense* a legalność dystrybucyjnych porozumień cenowych

W 2007 r. Sąd Najwyższy USA, podpierając się pracami znanych amerykańskich ekonomistów, wydał precedensowe orzeczenie w sprawie *Leegin*²⁴, uchylające wcześniejsze orzeczenie w sprawie *Dr. Miles*²⁵. W sprawie *Leegin* Sąd Najwyższy USA uznał, że ustalanie cen pomiędzy dostawcą a dystrybutorami nie jest w każdej sytuacji nielegalne. Co prawda wyrok w sprawie *Leegin* nie mówi, że dystrybucyjne porozumienia cenowe są zawsze legalne (a jedynie, że nie zawsze są nielegalne, a ich ewentualna nielegalność powinna podlegać badaniu w świetle tzw. reguły rozsądku, ang. *rule of reason*), sama jednak opinia sądu napisana jest w sposób sugerujący legalność takich porozumień: sąd na kilkunastu stronach analizuje ekonomiczną przydatność dystrybucyjnych porozumień cenowych (co zapewne spowodowało pewną konfuzję co do rzeczywistej treści wyroku). Biorąc pod uwagę bardzo „przyjazne” podejście Sądu Najwyższego USA do dystrybucyjnych porozumień cenowych i kompleksowe ekonomiczne uzasadnienie wyroku, część amerykańskich prawników uznała, że dotychczasowe instytucje prawne umożliwiające niejako obchodzenie zakazu dystrybucyjnych porozumień cenowych stały się niepotrzebne, a tym samym obalone. Niektórzy uznali więc również, że obalony został wyjątek agencji²⁶. Taka argumentacja była jednak nieuzasadniona i została odrzucona w orzecznictwie sądów federalnych (choć nie doczekała się odrzucenia w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA). W 2009 r. Federalny Sąd Apelacyjny dla Czwartego Dystryktu w orzeczeniu w sprawie *Valuepest*²⁷ wprost rozstrzygnął powyższe zagadnienie, orzekając na korzyść pozwanego dostawcy korzystającego z „prawdziwych” agentów. Skład orzekający w sprawie *Valuepest* uznał, że wyrok w sprawie *Leegin* „nie wyeliminował [z federalnego porządku prawnego] wyjątku agencji jako obrony przed zarzutem ustalania cen odsprzedaży” w sytuacji, w której takie ustalanie cen byłoby sprzeczne z ustawą Shermana na podstawie reguły rozsądku.

²⁴ Orzeczenie Sądu Najwyższego USA w sprawie *Leegin* z 2007 r., *op. cit.*

²⁵ Zob. szerzej na temat orzeczenia w sprawie *Leegin* i użytej w nim argumentacji: D. Aziewicz, *Pytanie o zasadność stosowania analizy ekonomicznej wobec minimalnych cen odsprzedaży w polskim prawie konkurencji*, iKAR 2013, 3(2). Zob. też: J. Fidała, *Narzucanie minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży z punktu widzenia celu oraz skutków rynkowych*, iKAR 2012, 3(1), s. 34–36.

²⁶ Zob. Q.R. Wittrock, J.L. Johnson, *Can Franchisors Control Franchisee Prices?*, Franch. L.J., 2009, vol. 28(2), s. 203–204.

²⁷ *Valuepest v. Bayer.*, Case No. 07-1760, 2009 U.S. App. 3, 4th Cir., 2009 („*Vaulepest*”).

2.2.4. *Agency defense* a ekskluzywny kontekst koncepcji jednego organizmu gospodarczego (na przykładzie franczyzy)

Koncepcja jednego organizmu gospodarczego może mieć zastosowanie w kontekście inkluzywnym i ekskluzywnym²⁸. W tym pierwszym wypadku bada się, czy podmiot A jest na tyle zależny od podmiotu B i podlega jego „kontrolom”, że w rzeczywistości obydwa podmioty tworzą jeden organizm gospodarczy. W tym kontekście ekskluzywnym badaniu podlega okoliczność, czy podmiot powołany przez niewątpliwie samodzielnych przedsiębiorców (przykładowo – przedsiębiorców A, B i C) posiada na tyle niebagatelny poziom integracji ekonomicznej, że nie stanowi on jedynie „zwykłego” porozumienia pomiędzy A, B i C, ale nowy jeden organizm gospodarczy. Kontekst ekskluzywny może być nazywany kontekstem *joint venture*, przy czym należy pamiętać, że nie każdy wspólny przedsiębiorca (*joint venture*), podlegający obowiązkowi notyfikacji „koncentracji” (a więc np. *joint venture* „koncentracyjny” lub *joint venture* o „pełnym zakresie funkcji”), stanowi jeden organizm gospodarczy niezależny od swoich podmiotów założycielskich ze wszystkimi tego konsekwencjami²⁹.

W Stanach Zjednoczonych pojęcie prawdziwej agencji rozumiane jest stosunkowo elastycznie, kluczowe znaczenie ma zaś „efekt” porozumienia pomiędzy pośrednikiem a dostawcą. Dlatego też nic nie stoi na przeszkodzie, żeby w świetle amerykańskiego prawa za jeden organizm gospodarczy na podstawie wyjątku agencji zostali również uznani franczyzobiorca z franczyzodawcą³⁰. Należy jednak pokreślić, że zastosowanie koncepcji jednego organizmu gospodarczego do relacji pomiędzy agentem a pryncypałem, a więc również do niektórych relacji pomiędzy franczyzobiorcą i franczyzodawcą, jest typowo inkluzywnym kontekstem użycia tej koncepcji. W stanach faktycznych, w których agenci – a więc również niektórzy franczyzobiorcy

²⁸ Zob. podrozdział I.2.3.

²⁹ Zob. podrozdział IV.4.3.

³⁰ Zob. A.L. Pressman, G.A. Rubinstein, *Are Franchisees Independent Contractors? Not Everyone Agrees*, Franch. L.M., July 2008. Artykuł dostępny pod adresem: <http://www.franchise.org/franchise-news-detail.aspx?id=41308>, dostęp: 25.08.2015 r. O cechach umowy franczyzy (również w kontekście europejskiego prawa konkurencji), zob. też: K. Kiliański, *Porozumienia franchisingowe w świetle prawa konkurencji Wspólnoty Europejskiej*, KPP 2000, zeszyt 4, s. 843–845; A. Bolecki, *Cechy szczególne franczyzy w prawie ochrony konkurencji*, iKAR 2013, 7(2). A. Bolecki słusznie zauważa, że franczyza jest dzisiaj „poddana ogólnym zasadom” polskiego i europejskiego prawa konkurencji, czyli przepisom dotyczącym porozumień wertykalnych (w tym polskim i europejskim rozporządzeniem „wertykalnym”, zob. podrozdział V.2.4). Warto zauważyć, że w latach 1988–2000 w prawie UE umowa franczyzy była objęta odrębnym rozporządzeniem wyłączeniowym (*ibidem*, s. 63).

– są zorganizowani w różnego rodzaju stowarzyszeniach, łatwo pomylić inkluzywny i ekskluzywny kontekst koncepcji jednego organizmu gospodarczego. Przykładowo, po wyroku w sprawie *American Needle*, w środowisku amerykańskich prawników zajmujących się doradztwem w kształtowaniu relacji franczyzy, wywiązała się dyskusja na temat znaczenia tej sprawy dla działalności organizacji franczyzowych. Część autorów formułowało opinie, zgodnie z którymi „nawet jeżeli niezależne stowarzyszenie franczyzobiorców jest zorganizowane jako odrębny [prawnie] podmiot, sam powyższy fakt nie zwolni aktywności takiego podmiotu spod art. 1 ustawy Shermana”. Zgodnie z powyższym poglądem, „jeżeli konkurujący ze sobą franczyzobiorcy, a **nie franczyzodawca** (!), podejmują decyzje w imieniu stowarzyszenia, takie stowarzyszenie zostanie potraktowane tak samo jak NFLP [czyli stowarzyszenie klubów futbolu amerykańskiego]” w sprawie *American Needle*³¹. Powyższe, wewnątrznie sprzeczne stwierdzenie, pokazuje, jak łatwo można pomylić ekskluzywny i inkluzywny kontekst koncepcji *single economic unit*. Zastosowanie rozumowania sędziego Stevensa ze sprawy *American Needle* do powyższego przykładu stowarzyszenia franczyzobiorców polegałoby na zbadaniu, czy stowarzyszenie to „oderwało” się od franczyzobiorców i podąża za własnym interesem ekonomicznym (a więc w omawianym przykładzie moglibyśmy mieć do czynienia z zastosowaniem koncepcji *single economic unit* do zwolnienia organizacji franczyzobiorców spod zastosowania art. 1 ustawy Shermana, jeżeli taka organizacja posiadałaby dostateczny poziom integracji ekonomicznej i jej interes ekonomiczny „oderwałby się” od interesu poszczególnych franczyzobiorców). Dla zastosowania koncepcji *single economic entity* w myśl orzeczenia *American Needle* (a więc w kontekście ekskluzywnym) zupełnie nieistotne jest jednak to, jakie relacje łączą franczyzobiorców z franczyzodawcą, jak błędnie sugeruje wyżej cytowany fragment. Co więcej, jeżeli uznać, że stowarzyszenie franczyzobiorców stanowi jeden organizm gospodarczy niezależny od tych franczyzobiorców, nic nie stoi na przeszkodzie, żeby taki organizm był stroną porozumienia z franczyzodawcą (franczyzodawcami), podlegającą ocenie w świetle art. 1 ustawy Shermana.

Analiza relacji pomiędzy franczyzobiorcami a franczyzodawcą może oczywiście podlegać ocenie z punktu widzenia koncepcji *single economic unit*, jest to jednak analiza w kontekście inkluzywnym. Dla tej analizy z kolei nieistotne jest, na ile stowarzyszenie franczyzobiorców „oderwało” się od poszczególnych franczyzobiorców – istotny jest za to fakt, na ile franczyzobiorcy przypominają „prawdziwych” agentów.

³¹ B.M. Block, M.D. Ridings, *Antitrust Conspiracies in Franchise Systems After American Needle*, Franch. L.J. 2011, vol. 30(4), s. 223.

Przykład zamieszania w amerykańskim środowisku prawników specjalizujących się w zagadnieniach franczyzy jasno ukazuje, jak ważne jest odróżnienie inkluzywnego od ekskluzywnego kontekstu koncepcji jednego organizmu gospodarczego, w szczególności wtedy, kiedy różnego rodzaju pośrednicy (franczyzobiorcy, dystrybutorzy, rzekomi „agenci”) skupieni są w różnego rodzaju stowarzyszeniach. Często oba konteksty wymagają odrębnej analizy, co może umknąć uwadze organów konkurencji. Przykładowo w omawianej już w tej pracy decyzji UOKiK w sprawie *Ogrody Polskie*³², istniejące pomiędzy przedsiębiorcami więzy (kapitałowe i umowne) istniały zarówno w relacji dostawca – dystrybutorzy, jak i pomiędzy samymi dystrybutorami, zaś lektura decyzji UOKiK dotyczącej koncepcji *single economic unit* pozwala domniemywać, że UOKiK nie odróżnił dwóch omawianych wyżej kontekstów tej koncepcji.

2.3. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego a agencja w prawie ochrony konkurencji UE

Szczegółową analizę traktowania umowy agencji pod kątem prawa konkurencji UE można odnaleźć w Wytycznych Komisji Europejskiej w sprawie ograniczeń wertykalnych z 2010 r. („Wytyczne wertykalne”)³³ dotyczących zastosowania Rozporządzenia Wertykalnego UE³⁴ (umowy agencji dotyczą punkty 12–21 Wytycznych wertykalnych)³⁵. Jeżeli chodzi o semantykę, Wytyczne opowiadają się za podobnym rozwiązaniem do rozwiązania przyjętego w prawie amerykańskim: jeżeli umowa pomiędzy pośrednikiem a dostawcą spełni określone kryteria, taką umowę należy zakwalifikować jako „umowę agencyjną”. W wypadku powyższej kwalifikacji umowy jako „umowy agencyjnej”, „funkcja agenta polegająca na sprzedaży lub zakupie jest częścią działalności dającego zlecenie”, a więc treść tej umowy

³² Decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2010 r., DOK-11/2010 („*Ogrody Polskie*”), decyzja dostępna na: www.uokik.gov.pl. Zob. podrozdział II.4.3.2.

³³ Wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie ograniczeń wertykalnych (Dz.Urz.UE 2010 Nr C 130/1, „Wytyczne wertykalne”).

³⁴ Rozporządzenie Komisji (UE) nr 330/2010 20.04.2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień wertykalnych i praktyk uzgodnionych (Dz.Urz.UE Nr L 102/1).

³⁵ Dla wyczerpującej analizy nowych Wytycznych, zob. R. Subiotto, C. Dautricourt, *The Reform of European Distribution Law*, *World Comp.* 2011, vol. 34(1), s. 11–50, pkt 3.5; zob. też: R. Whish, D. Bailey, *Regulation 330/2010: The Commission's New Block Exemption for Vertical Agreements*, *C.M.L. Rev.*, 2010, vol. 47(6), s. 1757–1791, pkt 5.

„[nie wchodzi] w zakres stosowania art. 101 ust. 1 [TFUE]”³⁶ (przykładowo, w pkt 18 lit. c, Wytyczne wertykalne wprost zezwalają pryncypałowi na ustalanie dla agenta cen odsprzedaży). Powyższa terminologia pokazuje, że Komisja Europejska, podobnie jak prawo amerykańskie, wyodrębnia tzw. prawdziwe umowy agencji, do których zastosowanie ma koncepcja *single economic unit*³⁷ i umowy, które, co prawda, mogą w świetle prawa cywilnego Państw Członkowskich stanowić umowy agencyjne, ale w świetle europejskiego prawa konkurencji nie są traktowane jako takie. Skoro w prawdziwych umowach agencji funkcja agenta „jest częścią działalności dającego zlecenie”, agenta i pryncypała należy traktować jak jeden organizm gospodarczy³⁸. Dla kwalifikacji danej umowy jako „prawdziwej” umowy agencji nie jest istotna „kwalifikacja umowy dokonana przez strony lub prawodawstwo krajowe”³⁹.

Należy również zauważyć, że Wytyczne wertykalne wprost podkreślają, że funkcja agenta polegająca na sprzedaży lub zakupie jest częścią działalności dającego zlecenie (a więc, że agent i pryncypał stanowią jeden organizm gospodarczy) **tylko** na potrzeby transakcji, w których uczestniczy agent „na rzecz dającego zlecenie” (pryncypał może więc np. narzucić „prawdziwemu” agentowi sztywne ceny odsprzedaży). Wytyczne wertykalne zdają sobie jednak sprawę z relatywnego zastosowania koncepcji *single economic entity* do umów agencyjnych i podkreślają, że [prawdziwy] „agent jest przedsiębiorstwem odrębnym w stosunku do dającego zlecenie”. Dlatego też postanowienia umowne pomiędzy agentem i pryncypałem niedotyczące

³⁶ Wytyczne wertykalne, *op. cit.*, s. 6, pkt 18.

³⁷ Mimo że Wytyczne wertykalne nie odwołują się wprost do pojęcia *single economic unit*.

³⁸ Za błędny, zważywszy na powyższe, należy uznać pogląd M. Kozak, która uważa, że teoria „dotycząca kwalifikacji umowy agencyjnej z punktu widzenia art. 101 ust. 1 TFUE” (autorka wyodrębnia trzy takie teorie), „[oparta] o kryterium ryzyka finansowego [czyli teoria, do której odwołują się Wytyczne wertykalne] odrzuca teorię *single economic unit*” (zob. M. Kozak, *Umowa agencyjna w świetle artykułu 101 TFUE. Jak gonić króliczka, aby go nie złapać*, iKAR 2012, 4(1), s. 29–30). Stanowisko łączące analizę ryzyka w ramach relacji agencji z koncepcją jednego organizmu gospodarczego wyrażane jest w doktrynie prawa europejskiego (zob. np. Bellamy & Child (red. V. Rose, D. Bailey), *European Union...*, s. 98). Warto też zwrócić uwagę, że w orzecznictwie sądów europejskich analiza ryzyka w ramach relacji agencyjnych poprzedzona jest cytatami do ogólnych precedensów TSUE statuujących koncepcję jednego organizmu gospodarczego. Przykładowo, w pkt. 86 orzeczenia w sprawie *DaimlerChrysler SPI* odwołał się wprost do koncepcji *single economic unit* oraz przywołał wcześniejszy wyrok TSUE sprawie *Hydrotherm* (wyrok ETS z 12.07.1984 r. w sprawie C-170/83 *Hydrotherm Gerätebau p. Compact del Dott Mario Andreoli & C. Sas* („Hydrotherm”). Zob. wyrok SPI z 15.10. 2005 r. w sprawie T-325/01 *DaimlerChrysler p. Komisji* („DaimlerChrysler”), wyrok dostępny na: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r.

³⁹ Wytyczne wertykalne, *op. cit.*, s. 5, pkt 13.

warunków transakcji, w których agent występuje „na rzecz” pryncypała, „mogą naruszać art. 101 ust. 1”⁴⁰. Przykładem takich postanowień umownych są np. postanowienia:

- uniemożliwiający pryncypałowi wyznaczenie innych konkurencyjnych agentów (tzw. postanowienia o wyłącznym przedstawicielstwie);
- postanowienia zakazujące agentowi bycia jednocześnie agentem innych dostawców („postanowienia o jednomarkowości”⁴¹).

Powyższe postanowienia nie są oczywiście zawsze naruszeniem art. 101 TFUE, ale nie ma do nich zastosowania, właśnie z powodu swojego relatywnego wymiaru, koncepcja jednego organizmu gospodarczego⁴². Muszą więc one podlegać każdorazowej merytorycznej ocenie.

Zgodnie z Wytycznymi wertykalnymi, zastosowanie koncepcji jednego organizmu gospodarczego do umów agencyjnych (a więc zakwalifikowanie wertykalnej relacji pomiędzy przedsiębiorcami jako prawdziwej agencji) zależy od różnych „rodzajów ryzyka lub kosztów”⁴³.

Wytyczne wertykalne, podobnie jak doktryna europejskiego prawa konkurencji⁴⁴, większy nacisk zdają się jednak kłaść na „ryzyko”, a nie na „koszty”. Zgodnie z Wytycznymi, „decydującym czynnikiem” jest „ryzyko finansowe lub handlowe ponoszone przez agentaw związku z działaniami, do których został wyznaczony jako agent przez dającego zlecenie”⁴⁵. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego ma zastosowanie, kiedy agent „nie ponosi żadnego lub ponosi jedynie nieznaczące ryzyko”⁴⁶. Powiązanie zastosowania koncepcji *single economic unit* z analizą ryzyka ma długą tradycję w europejskim prawie konkurencji (zarówno w dokumentach Komisji⁴⁷,

⁴⁰ *Ibidem*, s. 6, pkt 19.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Zob. R. Whish, D. Bailey, *Competition Law*, 7th Ed., Oxford University Press 2012, baza elektroniczna Kluwer Law, § 16.019.

⁴³ Wytyczne wertykalne, *op. cit.*, s. 6, pkt 17.

⁴⁴ M. Filippini, L. Peeperkorn, D. Woods [w:] J. Faull, A. Nikpay (red.), *The EC Law of Competition*, 2nd Ed., Oxford University Press 2007, baza elektroniczna Oxford University Press, §§ 9.169-9.171; R. Whish, D. Bailey, *Competition Law...*, baza elektroniczna Kluwer Law, §§ 16.016-16.018; Bellamy & Child (red. V. Rose, D. Bailey), *European Union...*, s. 502–503.

⁴⁵ Wytyczne wertykalne, *op. cit.*, s. 4, pkt 13.

⁴⁶ Wytyczne wertykalne, *op. cit.*, s. 4, pkt 15.

⁴⁷ Analiza ryzyka finansowego, jako kryterium zwolnienia porozumień agencyjnych spod przepisów o antykonkurencyjnych porozumieniach, pojawiła się już w 1962 r. w Wytycznych Komisji Europejskiej w sprawie umów wyłącznościowych z agentami handlowymi (ang. *Notice on Exclusive Dealing Contracts with Commercial Agents*), Dz.Urz.UE 1962 Nr 139/2921. Nieoficjalne tłumaczenie Wytycznych na język angielski dostępne jest pod

jak i w orzecznictwie⁴⁸) i zostało utrwalone w precedensowym orzeczeniu SPI w sprawie *DaimlerChrysler* z 2005 r.⁴⁹

Wytyczne wertykalne w pkt 14 wymieniają trzy typy ryzyka, które powinny zostać wzięte pod uwagę przy analizie braku samodzielności pośrednika, a tym samym kwalifikacji takiego pośrednika jako „prawdziwego” agenta:

- po pierwsze, chodzi o ryzyko „bezpośrednio związane z umowami zawartymi lub negocjowanymi przez agenta na rzecz dającego zlecenie”, czyli np. ryzyko dotyczące finansowania przez agenta zapasów;
- po drugie, ryzyko dotyczące inwestycji związanych z konkretnym rynkiem (ang. *market-specific investments*)⁵⁰, czyli tzw. utopione inwestycje⁵¹. Takimi inwestycjami są np. inwestycje w sprzęt, siedzibę, szkolenia lub inwestycje związane z promowaniem produktów – jedno i drugie muszą być oczywiście związane z produktami, których dotyczy umowa agencji⁵²;

adresem: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/notice_exclusive_contracts_en.pdf, dostęp: 25.08.2015 r. Zob. więcej o Wytycznych z 1962 r.: J. Faull, A. Nikpay (red.), *The EC Law...*, baza elektroniczna Oxford University Press, § 9.169.

⁴⁸ Zob. wyrok ETS z 16.12.1975 r. w sprawie 40/73 *Coöperatieve Vereniging „Suiker Unie” p. Komisji („Suiker Unie”)*, pkt 541–542; wyrok ETS z 24.10.1995 r. w sprawie C-266/93 *Bundeskartellamt v Volkswagen i VAG Leasing*, pkt 19; wyrok ETS z 14.12. 2006 r. w sprawie C-217/05 *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio p. Compañía Española de Petróleos*, pkt 46nn. Wyroki dostępne pod adresem: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r.

⁴⁹ *Daimler Chrysler, op. cit.* W powyższym orzeczeniu SPI uchylił decyzję Komisji Europejskiej w części, w której ta zastosowała art. 101 TFUE do porozumień pomiędzy producentem samochodów marki Mercedes-Benz, firmą Daimler Chrysler a jej niemieckimi dealerami. SPI uznał, że niemieccy dealerzy, w przeciwieństwie do dealerów belgijskich i hiszpańskich (w tym zakresie SPI podtrzymał decyzję Komisji), powinni być zaklasyfikowani jako „prawdziwi” agenci. Bowiem w przeciwieństwie do dealerów belgijskich i hiszpańskich, na niemieckich nie przechodziła własność sprzedanych samochodów. (zob. *DaimlerChrysler, ibidem*, pkt 96 i 117). Komisja przyznała, że niemieccy dealerzy DaimlerChrysler ponoszą pewne rodzaje ryzyka. Takim ryzykiem było m.in. ryzyko związane z transportem sprzedawanych samochodów, ryzyko związane z obowiązkiem zakupu „demonstracyjnych” samochodów po preferowanej cenie oraz ryzyko związane z obowiązkiem świadczenia przez dealerów usług następczych, czyli usług wymiany części zapasowych i serwisowania. SPI zwrócił jednak uwagę, że powyższe ryzyko ponoszone przez niemieckich agentów związane z usługami następczymi, które były świadczone na rynkach produktowych odrębnych od rynków sprzedaży samochodów objętych umową agencji (ang. *markets separate from the relevant market for the sale of new cars*). SPI zasugerował zatem, że takie ryzyko związane z usługami następczymi sjęst mniej relewantne dla kwalifikacji dealera jako „prawdziwego” agenta (*DaimlerChrysler, ibidem*, pkt 110–111). Zob. więcej: J. Faull, A. Nikpay (red.), *The EC Law...*, baza elektroniczna Oxford University Press, §§ 9.177–9.179.

⁵⁰ Zob. R. Whish, D. Bailey, *Competition Law...*, baza elektroniczna Kluwer Law, §16.016.

⁵¹ Wytyczne wertykalne, *op. cit.*, s. 5, pkt 14.

⁵² Zob. Van Bael & Bellis, *Competition Law...*, baza elektroniczna Kluwer Law, § 3.2.1.

- po trzecie, „ryzyko związane działaniami wymaganymi przez pryncypała od agenta”, w których agent nie występuje „w charakterze agenta działającego na rzecz dającego zlecenie, lecz na własne ryzyko” – chodzi o ryzyko dotyczące świadczenia przez agenta tzw. usług następczych (ang. *after sales services*) lub usług związanych z naprawą i serwisowaniem (ang. *repair services*)⁵³ – usługi takie są szczególnie charakterystyczne dla pośredników dystrybuujących samochody⁵⁴ (należy jednak zaznaczyć, że, zgodnie z orzeczeniem w sprawie *DaimlerChrysler*, opisane w tym punkcie ryzyko wydaje się mniej relewantne dla oceny kwalifikacji pośrednika jako agenta⁵⁵).

Poza wymienionymi wyżej typami ryzyka, Wytyczne wertykalne mówią też, w kontekście kryteriów wyodrębnienia „prawdziwej umowy agencji”, o „kosztach” i „odpowiedzialności” ponoszonej przez agenta⁵⁶. Chodzi o koszty i odpowiedzialność, takie jak: koszty związane z dostawą/zakupem/transportu towarów (pkt 16 lit. a), koszty związane z utrzymywaniem zapasów towarów (pkt 16 lit. b), odpowiedzialność za szkody spowodowane przez sprzedany produkt (pkt 16 lit. c), odpowiedzialność za niewykonanie zobowiązania przez klienta (pkt 16 lit. d), obowiązek inwestycji w stymulowanie zbytu, np. poprzez obowiązek wydatków na reklamę (pkt 16 lit. e), koszty inwestycji w lokale, wyposażenie i personel (pkt 16 lit. f), podejmowanie „innych działań wymaganych przez dającego zlecenie” – np. świadczenie usług naprawy lub serwisowania (pkt 16 lit. g). Dodatkowo, „porozumienie będzie zasadniczo uznane za umowę agencyjną, jeżeli agentowi nie jest przyznane prawo własności” (pkt 16).

Przesłanki kwalifikacji pośrednika jako „prawdziwego” agenta według Wytycznych wertykalnych, a tym samym przesłanki zastosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego do relacji agencyjnej są więc nad wyraz nieostre i ocenne. Wytyczne same zauważają, że odrębna ocena powinna być dokonywana „w każdym indywidualnym przypadku i w odniesieniu do rzeczywistego kontekstu ekonomicznego danej sytuacji, a nie pod wzglę-

⁵³ R. Whish, D. Bailey, *Competition Law...*, baza elektroniczna Kluwer Law, § 16.016.

⁵⁴ Zob. np. P. Szot, A. Zięba, *Umowy dystrybucyjne w przemyśle samochodowym w nowym systemie wyłączeń grupowych*, iKAR 2012, 3(1), s. 59–62.

⁵⁵ SPI w orzeczeniu w sprawie *DaimlerChrysler* zwrócił jednak uwagę, że ryzyko związane z usługami następczymi ponoszone przez niemieckich agentów, które były świadczone na rynkach odrębnych od rynków sprzedaży samochodów objętych umową agencji. SPI zasugerował zatem, że takie ryzyko związane z usługami następczymi jest mniej relewantne dla kwalifikacji dealera jako „prawdziwego” agenta.

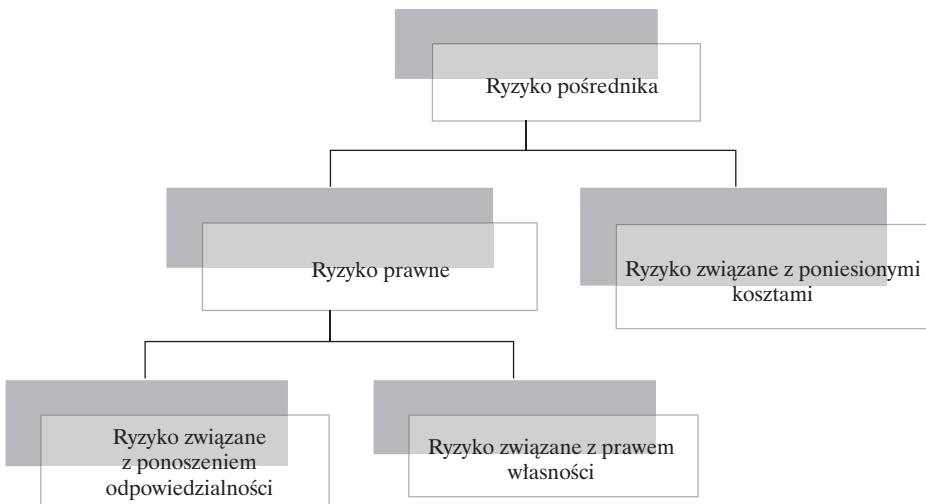
⁵⁶ Wytyczne wertykalne, *op. cit.*, s. 5, pkt 15.

dem formalno-prawnym”⁵⁷. Orzecznictwo również posługuje się nieostrymi kryteriami, wymagając na przykład, że aby pośrednik mógł być uznany za agenta, muszą go obciążać różne ryzyka w „niepomijalnym” (ang. *non-negligible*) zakresie⁵⁸.

Łatwo także zauważyć, że katalog typów „ryzyka” z pkt. 13 Wytycznych wertykalnych często pokrywa się, a nawet dubluje, z katalogiem kosztów (i odpowiedzialności) z pkt. 16 Wytycznych. Ilekroć agent ponosi określone koszty (np. koszty zapasu towarów), wiąże się to z ryzykiem utraty zainwestowanych środków. Wszystkie trzy typy „ryzyka”, wymienione w pkt. 14 Wytycznych, wiążą się tak naprawdę z kosztami. Z drugiej strony, niektóre typy ryzyka nie wiążą się *stricte* z kosztami ponoszonymi przez z agenta, ale bardziej z prawnym rozłożeniem owego ryzyka pomiędzy rzekomego „agenta” a dającego zlecenie. Takie „prawne” ryzyko może polegać na:

- ponoszeniu przez agenta różnego rodzaju odpowiedzialności za utratę produktu, za niewykonanie zobowiązania przez klienta⁵⁹ i za szkody wyrządzone przez sprzedany produkt) lub na;
- przyznaniu agentowi prawa własności towarów (zob. szerzej rysunek 2).

Rysunek 2. Podział typów ryzyka ponoszonych przez pośrednika („agenta”)



⁵⁷ *Ibidem*, s. 6, pkt 17.

⁵⁸ Wyrok ETS z 14.12.2006 r. w sprawie C-217/05 *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio p. Compañía Española de Petróleos („CEPSA”)*, pkt 65. Wyrok dostępny na: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r.

⁵⁹ Chodzi o tzw. odpowiedzialność *del cedere*, którą np. zgodnie z art. 761⁷ kc, można zastrzec w pisemnej umowie agencyjnej.

Warto zauważyć, że wyżej opisane typy ryzyka są różne od ryzyka niejako inherentnie wpisanego w działalność agenta, tj. ryzyka polegającego na tym, że „dochód agenta jest uzależniony od jego sukcesów jako agenta”, a tym samym każdy agent musi ponosić pewne koszty umożliwiające mu odniesienie gospodarczego sukcesu (chodzi o „ogólne inwestycje, na przykład w lokal lub personel”⁶⁰).

Podsumowując, każdy koszt poniesiony przez agenta wiąże się z ryzykiem, nie każde jednak ryzyko wiąże się z poniesionymi przez agenta kosztami.

Wydaje się więc, że poniesione przez rzekomego agenta koszty są lepszym kryterium dla oceny samodzielności tego agenta niż różnego rodzaju „ryzyko” (w tym przede wszystkim, ryzyko „prawne”), jak zresztą uznał sędzia Posner w sprawie *Murray Biscuit*⁶¹. Ryzyko ponoszone przez agenta często wiąże się z dodatkowymi kosztami poniesionymi przez pośrednika (np. wszystkie trzy główne typy ryzyka opisane w pkt. 14 Wytycznych wertykalnych) – ale nie zawsze. Uwzględnienie wyłącznie ryzyka „prawnego” niezwiązanego z kosztami może być czasami mylącym kryterium ze względu na poniższe powody.

Po pierwsze, często ryzyko prawne ponoszone są przez zwykłych pracowników⁶². Przykładowo, zgodnie z zasadą swobody umów, umowa pracownicza może nakładać na pracownika bardzo szeroką odpowiedzialność⁶³. Poza tym, szczególnie w małych opartych na zaufaniu przedsiębiorstwach,

⁶⁰ Wytyczne wertykalne, *op. cit.*, s. 5, pkt 15; Bellamy & Child (red. V. Rose, D. Bailey), *European Union...*, s. 503. Dlatego właśnie krytyka europejskich Wytycznych przeprowadzona przez A. Zhang (*Toward An Economic Approach...*, *op. cit.*) jest nie do końca uzasadniona. Autorka krytykuje europejskie Wytyczne wertykalne za zbytne skupienie na kosztach i ryzyku ponoszonych przez agenta, podczas gdy, według A. Zhang, „nie wszystkie koszty i ryzyko [ponoszone przez agenta] są powiązane z nadwyżkowym ryzykiem lub nadwyżkowym dochodem (ang. *residual income*, *residual costs*)”. Według A. Zhang, „jeżeli agenta koszty są «deterministyczne», nie są one relewantne dla oceny prawdziwej agencji” (*ibidem*, s. 588). To prawda, ale tak samo uważają Wyjaśnienia wertykalne w cytowanym wyżej fragmencie.

⁶¹ Zob. podrozdział V.2.2.2.

⁶² Np., zgodnie z art. 124 § 1 polskiego Kodeksu pracy (ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy, Dz.U. z 1974 r. Nr 24 poz. 141 ze zm.), „pracownik ponosi pełną odpowiedzialność za szkodę w mieniu pracodawcy, jednak pod warunkiem prawidłowego powierzenia tego mienia i zapewnienia warunków umożliwiających jego strzeżenie”.

⁶³ Część ustawodawstw, w tym polskie, ogranicza co prawda odpowiedzialność, jaką może ponieść pracownik za szkody powstałe w związku z realizacją umowy o pracę, zob. np. art. 119 polskiego Kodeksu pracy, który ogranicza odpowiedzialność pracownika za wyrządzone nieumyślnie szkody do „kwoty trzymiesięcznego wynagrodzenia przysługującego pracownikowi w dniu wyrządzenia szkody”. W teorii jednak, tam gdzie takie ograniczenia nie obowiązują, zgodnie z zasadą swobody umów, odpowiedzialność pracownika może być dowolnie regulowana przez strony umowy.

na pracowników, dla potrzeb płynności obrotu wewnątrz przedsiębiorstwa, przenoszona może być czasami własność sprzedawanych produktów.

Po drugie, ryzyko prawne często może nie oddawać ekonomicznej rzeczywistości, a, szczególnie w prawie konkurencji, ocena ekonomicznej rzeczywistości powinna być kluczowa (stąd zresztą w prawie konkurencji istnieje koncepcja jednego organizmu gospodarczego, która każe ignorować prawne formy). Treść umowy pomiędzy sprzedawcą i pośrednikiem (domniemanym agentem) i, przykładowo, umowny rozkład odpowiedzialności może się nijak mieć do ekonomicznej rzeczywistości. Część przedsiębiorców w ogóle nie czyta klauzul umownych mówiących o odpowiedzialności, nie mówiąc już o tym, że przedsiębiorcy często kopiują bezwiednie takie klauzule z przypadkowo znalezionych wzorów.

Zważywszy na powyższe powody, kryterium poniesionych przez „agenta” kosztów (które również wiąże się z ryzykiem) wydaje się lepsze niż kryterium czysto „prawnego” ryzyka, związanego bądź to z umownym rozłożeniem odpowiedzialności pomiędzy „agenta” a pryncypała, bądź to z przejściem na „agenta” własności sprzedawanych produktów. Powyższą tezę można poprzeć orzeczeniem w sprawie *DaimlerChrysler*, w którym SPI skrytykował Komisję właśnie za zwykłe wymienienie obowiązków nałożonych na agenta w umowie agencyjnej (ang. *merely listing the obligations imposed under the agency agreement*) i nieskupienie się na ocenie tego ryzyka w praktyce⁶⁴. Warto jednak zaznaczyć, że w sprawie *Daimler Chrysler* bardzo istotnym kryterium dla kwalifikacji pośrednika jako „agenta” wydawało się to, czy własność sprzedawanego samochodu przechodzi na dealera (o przejściu własności jako o kryterium samodzielności rzekomego agenta mowa jest również w Wytycznych wertykalnych, choć waga tego kryterium w samych Wytycznych jest zdecydowanie przeceniana przez polskich autorów⁶⁵).

⁶⁴ *DaimlerChrysler*, *op. cit.*, pkt 112; zob. też: Bellamy & Child (red. V. Rose, D. Bailey), *European Union...*, s. 503; S. Lawrance, P. Treacy, *An Agent of Change? The Court of First Instance Considers the Competition Law Treatment of Agents*, C.T.L.R. 2006, vol. 12(2), s. 52–54 (autorzy przewidują, że po wyroku w sprawie *DaimlerChrysler* przedsiębiorcy, w szczególności ci działający w branży IT, zaczną reorganizować swoją działalność tak, żeby móc skorzystać z *agency defense*, *ibidem*, s. 54).

⁶⁵ G. Materna uznaje, że dla analizy ryzyka zgodnie z Wytycznymi „szczególne znaczenie ma przyznanie agentowi własności zakupionych lub sprzedanych towarów objętych porozumieniem”. Według autora, „Komisja wskazuje, że ta okoliczność [przejście własności] «zasadniczo» pozwoli na zastosowanie art. 101 ust. 1 TFUE” (zob. G. Materna, *Zastosowanie zakazu porozumień ograniczających konkurencję do umów agencyjnych...*, s. 11, przypis 24). Abstrahując od faktu, że autor cytuje niepoprawny punkt Wytycznych wertykalnych (o przejściu własności mowa jest w punkcie 16, a nie punkcie 15, jak podaje autor), Wytyczne nie stoją wcale na stanowisku, jak sugeruje G. Materna, że przyznanie

2.4. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego a umowa agencyjna w polskim prawie ochrony konkurencji – dwa rebusy

2.4.1. Uwagi ogólne

W prawie polskim zagadnienie stosowania prawa konkurencji do umów agencyjnych spotkało się z dyskusją, która nie dotyczyła bynajmniej kryteriów klasyfikacji porozumienia pomiędzy pośrednikiem i dostawcą jako „prawdziwej” umowy agencyjnej, i tym samym zwolnienia tego porozumienia spod zastosowania art. 6 uokk na podstawie koncepcji *single economic unit* (a więc tego, czego sensowna debata na temat traktowania porozumień agencyjnych przez prawo konkurencji powinna dotyczyć). Dyskusja bardziej przypomina rozwiązywanie słownych rebusów i spowodowana jest terminologicznym chaosem obecnym w polskim prawie konkurencji – nie bez winy w powstaniu tego chaosu są sami przedstawiciele doktryny, posługujący się niespójnymi określeniami. Poza wspomnianymi „rebusami”, które zostaną przeanalizowane w poniższym rozdziale, przedstawiciele polskiej doktryny prawa konkurencji ograniczają się w zasadzie do skrótowego odwołania się do regulacji i orzecznictwa europejskiego⁶⁶.

2.4.2. Rebus pierwszy

Pierwszy „rebus” polega na odpowiedzi na pytanie, czy w prawie polskim można w ogóle mówić o „prawdziwych” umowach agencyjnych, które podlegają wyłączeniu spod przepisów o antykonkurencyjnych porozumieniach. Powyższe

agentowi prawa własności przesądza zasadniczo o samodzielności agenta (tj. wyklucza kwalifikację umowy, jako „prawdziwej” umowy agencyjnej), **chyba że** zaistnieją szczególne okoliczności dodatkowe. Wytyczne stoją jedynie na stanowisku, że „agenta” należy uznać za „samodzielnego”, kiedy zostanie mu przyznane prawo własności **i ponadto** zaistnieje szereg okoliczności dodatkowych (wymienionych w pkt. 16, lit. a–g Wytycznych wertykalnych). Przejście własności jest więc jedną z wielu przesłanek, które łącznie, „zasadniczo”, pozwalają na zastosowanie art. 101 TFUE do umów „agencyjnych”, a nie jedyną taką przesłanką (zob. pkt 16 Wytycznych wertykalnych: „Dla celów stosowania art. 101 ust. 1 porozumienie będzie zasadniczo uznane za umowę agencyjną, jeżeli agentowi nie jest przyznane prawo własności **i**[!] jeżeli agent (...)”).

⁶⁶ Zob. np. A. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Komentarz do uokk*, WoltersKluwer 2011, baza LEX, *Komentarz do art. 6 uokk*, pkt 2.4.4.2. Podobnie, A. Jurkowska [w:] T. Skoczny (red.), *Uokk...*, s. 186, 387 (według autorki „[umowy agencyjne] nie są objęte zakazem porozumień ograniczających konkurencję” – autorce chodzi zapewne o „prawdziwe” umowy agencyjne). Wyjątkiem wśród polskiej doktryny jest ciekawy i kompleksowy artykuł M. Kozak (M. Kozak, *Umowa agencyjna...*), który jednak dotyczy przede wszystkim prawa europejskiego. W związku z powyższym niektóre fragmenty tego artykułu zostały omówione w części tej pracy dotyczącej prawa europejskiego (zob. podrozdział V.2.3).

zagadnienie nie wynika jednak z rozważań nad ewentualną ekonomiczną celowością wyłączenia niektórych porozumień pomiędzy pośrednikiem a dostawcą spod zastosowania art. 6 uokk, co raczej z zamętu terminologicznego.

Pojęcie „umowy agencyjnej” jest w polskiej doktrynie używane zarówno na określenie umowy stypizowanej w art. 758–764 kc, jak i w znaczeniu, które przyjęło się w europejskim (oraz amerykańskim) prawie konkurencji, czyli jako „prawdziwej” umowy agencyjnej, do której nie powinny mieć zastosowania przepisy o antykonkurencyjnych porozumieniach. Jak wspomniano wcześniej, w europejskim prawie konkurencji, nie każda umowa zdefiniowana jako „umowa agencji” według krajowego porządku cywilnoprawnego, jest „prawdziwą umową agencyjną” na potrzeby prawa konkurencji, czyli umową zwolnioną spod przepisów o antykonkurencyjnych porozumieniach. Podobnie powinno się też interpretować polskie prawo konkurencji – byłaby to interpretacja logiczna i spójna. Powyższa interpretacja nie jest jednak oczywista dla części polskiej doktryny prawa konkurencji.

Brak konsekwentnego rozróżniania powyższych dwóch znaczeń „umowy agencyjnej”, szczególnie w powiązaniu z niczym nieuzasadnionym odrzucaniem w prawie polskim koncepcji „jednego organizmu gospodarczego”, prowadzi niekiedy do tworzenia zbędnych koncepcji prawnych w odpowiedzi na wymaginowane problemy. Dlatego też gdy niektórzy polscy autorzy mówią o tym, że „umowa agencyjna” może być uznana za „porozumienie” między przedsiębiorcami w rozumieniu art. 4 pkt 5 lit. a uokk, a w związku z tym może podlegać „ocenie w aspekcie zakazu porozumień ograniczających konkurencję”⁶⁷, autorom tym chodzi tak naprawdę o „umowę agencyjną” w rozumieniu kc. Powyższe twierdzenie nie stoi wcale w sprzeczności z tezą, że „prawdziwe” umowy agencyjne (a więc umowy agencyjne w rozumieniu prawa konkurencji⁶⁸) nie podlegają ocenie pod kątem art. 6 uokk. Nawet G. Materna, sceptyczny wobec obowiązywania w polskim prawie koncepcji jednego organizmu gospodarczego, podkreśla, że „warunki, na jakich umowy agencyjne mogłyby podlegać **wyłączeniu** spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję nie zostały w polskim prawie określone”⁶⁹ i postuluje on, że „najwłaściwsze [w powyższym zakresie] wydaje się odwołanie do prawa

⁶⁷ G. Materna, *Zastosowanie zakazu porozumień...*, s. 10.

⁶⁸ Warto w tym miejscu przypomnieć, że, zgodnie z Wytycznymi wertykalnymi, na potrzeby kwalifikacji umowy jako „prawdziwej” umowy agencyjnej w europejskim prawie konkurencji nieistotna jest kwalifikacja umowy dokonana przez strony lub prawodawstwo krajowe (zob. Wytyczne wertykalne, *op. cit.*, s. 5, pkt 13). Taki sam pogląd można również wyrazić na gruncie polskiego prawa konkurencji.

⁶⁹ G. Materna, *Zastosowanie zakazu porozumień...*, s. 14. Autor odwołuje się do Rozporządzenia wertykalnego z 2011 r.

europiejskiego”⁷⁰. Postulując odwołanie się do prawa europejskiego, zdaje się on zatem rozumieć potrzebę wyłączenia niektórych umów agencyjnych (w rozumieniu kc) spod art. 6 uokk. Owe niektóre „umowy agencyjne” (według kc) podlegające wyłączeniu spod przepisów o antykonkurencyjnych porozumieniach są właśnie „prawdziwymi” umowami agencyjnymi, czyli „umowami agencyjnymi” w rozumieniu prawa konkurencji, a nie prawa cywilnego. Zważywszy na to, że G. Materna postuluje odwołanie się do prawa europejskiego, tym bardziej niezrozumiała jest koncepcja tego autora, zgodnie z którą, ponieważ „uregulowania zawarte w [uokk]” różnią się „od unijnego prawa konkurencji”⁷¹, „problem zastosowania (lub nie) zakazu porozumień ograniczających konkurencję do umowy agencyjnej powinien być rozpatrywany dopiero na etapie stosowania wyłączenia grupowego (czyli na etapie późniejszym niż w prawie UE)”⁷², zawartego w Rozporządzeniu wertykalnym Rady Ministrów z 2011 r. („Rozporządzenie wertykalne PL”)⁷³. Uregulowania z uokk miałyby się według G. Materny różnić od prawa europejskiego, ponieważ „traktatowy zakaz porozumień ograniczających konkurencję odnosi się do przedsiębiorstw (*undertakings*), na które może składać się wiele formalnie odrębnych podmiotów tworzących łącznie jeden organizm gospodarczy (*single economic unit*)”⁷⁴. Ponieważ, według G. Materny, w prawie polskim nie obowiązuje koncepcja *single economic unit*⁷⁵, umowa między dwoma przedsiębiorcami [*przedsiębiorcami z art. 4*

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ *Ibidem*, s. 16.

⁷² Taką tezę autor wyprowadza przede wszystkim z faktu, że „w rozporządzeniu wyłączeniowym [*chodzi o polskie Rozporządzenie wertykalne*] ustawodawca zaliczył już umowy agencyjne do porozumień wertykalnych” (*ibidem*, s. 9). Należy jednak zauważyć, że Rozporządzenie wertykalne PL nie wspomina w ogóle o umowach agencyjnych (co oczywiście nie znaczy, że „umowy agencyjne” w rozumieniu kc, a więc umowy niebędące „prawdziwymi” umowami agencyjnymi w rozumieniu prawa konkurencji, nie mogą podlegać ocenie pod kątem antykonkurencyjności na podstawie merytorycznych przepisów Rozporządzenia wertykalnego). G. Materna zauważa co prawda, że wykładnia językowa przepisów [*Rozporządzenia wertykalnego*] dotyczących ilościowych (§ 8, 9 i 10) i jakościowych (§ 11 i 12) warunków wyłączenia nie daje jednoznacznej odpowiedzi na pytanie o objęcie wyłączeniem umów agencyjnych (*ibidem*, s. 13), niemniej jednak Rozporządzenie „stosuje się” do umów agencyjnych, ponieważ brak odwołania się do takich umów wprost należy tłumaczyć „zwyczajnym nieuwzględnieniem różnorodności sposobów organizacji systemów dystrybucji” (*ibidem*, s. 14).

⁷³ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję („Rozporządzenie wertykalne PL”).

⁷⁴ G. Materna, *Zastosowanie zakazu porozumień...*, s. 16.

⁷⁵ Zob. podrozdział II.4.3.1.

pkt 1 uokk] na gruncie uokk powinna być „traktowana jako porozumienie”, wobec czego „podlega ona ocenie w aspekcie art. 6 uokk”⁷⁶. Trzonem powyższego poglądu jest następujące rozumowanie: skoro zgodnie z art. 758 kc agent jest przedsiębiorcą, a art. 6 stosuje się do porozumień pomiędzy „przedsiębiorcami” (na podstawie art. 4 pkt 5 uokk w zw. z art. 4 pkt 1 uokk), *ergo* porozumienia agencyjne podlegają ocenie pod kątem art. 6 uokk. Powyższe stanowisko G. Materny jest jednak błędne.

Po pierwsze, jak wspomniano we wcześniejszej części tej pracy⁷⁷, takie podejście wynika z fetyszyzacji pojęcia przedsiębiorcy z art. 4 pkt 1 uokk i nic nie stoi na przeszkodzie, żeby koncepcję *single economic unit* stosować do porozumień pomiędzy przedsiębiorcami z art. 4 pkt 1 uokk. Co dziwne, G. Materna akceptuje niekiedy fakt, że umowy agencyjne „powinny być zasadniczo wyłączone spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję”⁷⁸, oraz że „umowa agencyjna jest na pewno porozumieniem, ale niekoniecznie takim, które podlega art. 6 [uokk]”⁷⁹ – autor przyznaje więc, że prawdziwe umowy agencyjne nie powinny podlegać ocenie merytorycznej (na tym właśnie polega sens koncepcji *single economic unit*, że pozwala ona na wyłączenie stosowania przepisów o antykonkurencyjnych porozumieniach jeszcze przed merytoryczną oceną treści tych porozumień). G. Materna cytuje też stosowne orzecznictwo i decyzje UOKiK mówiące o obowiązywaniu w prawie polskim koncepcji *single economic unit*⁸⁰. Wydaje się więc, że autor momentami akceptuje stosowanie koncepcji *single economic unit* w kontekście umów agencyjnych, a wyrażany w innych miejscach swoich prac pogląd o nieobowiązywaniu tej koncepcji w prawie polskim wynika

⁷⁶ G. Materna, *Zastosowanie zakazu porozumień...*, s. 16.

⁷⁷ Zob. podrozdział II.4.3.1.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ Zob. *Sprawozdanie z 5 Warsztatu CARS. Zastosowanie zakazu porozumień ograniczających konkurencję do umów agencyjnych w świetle rozporządzenia Rady Ministrów z 30 marca 2011 r. 20 czerwca 2013 r., Wydział Zarządzania UW, iKAR 2013, 5(2), s. 152.*

⁸⁰ G. Materna twierdzi, że „w polskim orzecznictwie antymonopolowym znaleźć można przykłady traktowania ścisłych powiązań kapitałowych pomiędzy przedsiębiorcami jako okoliczności wyłączającej zastosowanie zakazu z art. 6 uokk” i że „taki sposób rozumowania powinien być również uwzględniony w przypadku umów agencyjnych” (G. Materna, *Zastosowanie zakazu porozumień...*, s. 16). W powyższym fragmencie autor odwołuje się do praktyki UOKiK, a dokładniej do decyzji Prezesa UOKiK wprost opierającej się na koncepcji *single economic unit* (zob. decyzja Prezesa UOKiK, DOK-34/07, *op. cit.*). Poza tym autor z aprobatą odwołuje się do wyroku SA w Warszawie („Mimo zmiany stanu prawnego sposób rozumowania Sądu nie stracił jednak na aktualności”, *ibidem*, s. 15), w którym to SA, cytując europejskie Wytoczne wertykalne, zastosował na gruncie polskiego prawa konkurencji koncepcję *single economic unit*. Zob. Wyrok SA w Warszawie z 13.02.2007 r., IV Aca 819/06, baza LEX.

raczej z przyzwyczajenia do specyficznej interpretacji pojęcia „przedsiębiorcy” z art. 4 pkt 1 uokk⁸¹.

Po drugie, nie wiadomo na czym w praktyce miałyby polegać, postulowana przez G. Maternę, rzekoma różnica pomiędzy prawem polskim i europejskim w etapach „zastosowania (lub nie) zakazu porozumień ograniczających konkurencję do umowy agencyjnej” (w Polsce, według G. Materny, na etapie stosowania wyłączenia grupowego, w Europie na etapie stosowania art. 101 TFUE). Badanie tego, czy pośrednik jest samodzielny, a więc czy jest on lub nie „prawdziwym agentem”, jest identyczne bez względu na „etap stosowania” zakazu porozumień ograniczających konkurencję. Wprowadzenie powyższej dystynkcji pomiędzy prawem europejskim a polskim jest niepotrzebnym mnożeniem bytów ponad potrzebę i narusza postulat teleologicznej interpretacji prawa, zgodnie z którym „argumentacja powinna zmierzać do celu, którym jest znalezienie właściwego rozstrzygnięcia danej kwestii”, a nie do tworzenia interpretacyjnych komplikacji⁸², niemających konsekwencji praktycznych.

Cała powyższa dyskusja na temat zastosowania koncepcji *single economic unit* do umów agencyjnych i sztuczna dystynkcja pomiędzy różnymi „etapami” stosowania zakazu porozumień ograniczających do umów agencyjnych w prawie polskim i europejskim jest więc niepotrzebna. Umowy agencyjne w rozumieniu kc, niebędące „prawdziwymi” umowami agencyjnymi, podlegają oczywiście zwykłym regułom merytorycznej oceny antykonkurencyjności, tak jak inne porozumienia wertykalne.

Za powiew zdrowego rozsądku i prostoty w kontekście oceny umów agencyjnych przez polskie prawo konkurencji należy uznać wyrok SA w Warszawie z 2007 r.⁸³ W wyroku tym SA oddalił apelację Prezesa UOKiK od wyroku SOKiK uchylającego wcześniejszą decyzję Prezesa UOKiK, nakładającą karę na przedsiębiorców uczestniczących w niedozwolonym wertykalnym porozumieniu cenowym. SA uznał, że tzw. umowa magazynowania zbliżona jest „do umowy agencyjnej” w rozumieniu przyjętym przez Wytoczne wertykalne Komisji Europejskiej (czyli do „prawdziwej” umowy agencyjnej), a zatem obie spółki uczestniczące w porozumieniu „można określić – w sensie ekonomicznym – jako jednolity organizm gospodarczy”.

⁸¹ Zob. podrozdział II.4.3.1.

⁸² J. Stelmach, *Argument teleologiczny [w:] Kodeks argumentacyjny dla prawników*, Zakamycze 2003, s. 83.

⁸³ Wyrok SA w Warszawie, VI Aca 819/06, *op. cit.* Zob. też: M. Kolasiński, *The Economic Approach in Polish Courts: Permitted Agency Agreements or Prohibited Price Fixing? Case Comment to the Judgment of the Appeal Court in Warsaw of 13 February 2007 – Roche and Hand-Prod (Ref. No. VI Aca 819/06)*, YARS 2008, 1(1).

Wydaje się, że SA w Warszawie uznał więc po prostu, bez niepotrzebnych deliberacji i tworzenia zbędnych koncepcji, że, po pierwsze, w prawie polskim porozumienia pomiędzy prawdziwymi agentami są wyłączone spod zastosowania art. 6 na mocy koncepcji jednego organizmu gospodarczego, a, po drugie, dla kwalifikacji danej umowy jako „umowy agencyjnej” na potrzeby prawa konkurencji nie jest istotne jak strony nazwą wiążącą je umowę, ani nawet to, jak dana umowa byłaby zaklasyfikowana przez polskie prawo cywilne (SA definicję umowy agencyjnej oparł przecież na Wytycznych wertykalnych Komisji Europejskiej, a nie na kc).

Podsumowując, porozumienia zakwalifikowane jako „prawdziwe” porozumienia agencyjne, na mocy koncepcji jednego organizmu gospodarczego, nie podlegają ocenie na mocy art. 6 uokk⁸⁴, a więc rozpatrywanie ich w kontekście Rozporządzenia wertykalnego nie ma najmniejszego sensu⁸⁵.

2.4.3. Rebus drugi

Drugi „rebus” wiąże się użytym w polskim Rozporządzeniu wertykalnym pojęciu „nabywcy”⁸⁶. Nabywca definiowany jest przez Rozporządzenie jako „przedsiębiorca, który kupuje towary objęte porozumieniem wertykalnym”⁸⁷. O „nabywcy” mówi np. § 11 Rozporządzenia wertykalnego, definiujący tzw. klauzule czarne (np. ustalanie cen odsprzedaży), czyli klauzule, które naruszają art. 6 uokk w każdym wypadku bez względu na udziały przedsiębiorców w rynkach właściwych (a właśnie określona wysokość udziałów w rynku właściwym pozwala przedsiębiorcom skorzystać z wyłączenia zawartego w Rozporządzeniu wertykalnym). Ponieważ, zgodnie z konstrukcją umowy agencyjnej w kc, na „agenta” nie przechodzi własność towarów, w których sprzedaży agent pośredniczy⁸⁸ (co odróżnia umowę agencyjną od, prze-

⁸⁴ Zob. (w kontekście umów agencyjnych dotyczących dystrybucji internetowej): A. Bolecki, *Ograniczenia w sprzedaży przez Internet w umowach dystrybucyjnych*, iKAR 2013, 3(2), s. 41.

⁸⁵ Zob.: E. Sage [w:] T. Skoczny (red.), *Uokk...*, s. 534–535 („Typowe umowy agencyjne, czyli takie umowy, w ramach których agent nie ponosi finansowej odpowiedzialności z tytułu zobowiązań podjętych w imieniu osoby trzeciej, leżą poza zakresem rozporządzenia”).

⁸⁶ Pojęcie „nabywcy” jest również użyte w § 3 pkt 3, 4, 8, 11, 12 i 14; § 6 pkt 1 i 2; § 7 pkt 1; § 8 ust.1 pkt 2, i ust. 2; § 10 ust.1 pkt 1 i 2; § 12 pkt 1 i 3 Rozporządzenia wertykalnego.

⁸⁷ Zob. § 3 pkt 8 Rozporządzenia wertykalnego.

⁸⁸ Zgodnie z kc, agent może być albo tzw. zastępcą bezpośrednim, albo „pośrednikiem”. Zastępca bezpośredni składa oświadczenia woli w imieniu mocodawcy. Skutki prawne dokonanej przez zastępcę bezpośredniego czynności prawnej przechodzą bezpośrednio na mocodawcę. Pośrednik z kolei nie jest umocowany przez dającego zlecenie do składania oświadczeń woli. „Agent” będący „pośrednikiem” zobowiązuje się „jedynie

widzianej w art. 765–773, umowy komisu⁸⁹), część polskiej doktryny oraz praktyki wydaje się stać na stanowisku, że w takim razie żaden agent nie może być „nabywcą”, a tym samym nie stosuje się do niego Rozporządzenie wertykalne PL⁹⁰. Takie stanowisko wynika rzekomo z literalnej interpretacji Rozporządzenia wertykalnego⁹¹, a „inna interpretacja jest niedozwolona⁹²”. Powyższe stanowisko zdają się wyrażać praktycy, którym zależy na wyłączeniu „prawnych” agentów (czyli kategorii szerszej od agentów „prawdziwych”) spod zastosowania Rozporządzenia wertykalnego. Cały paradoks powyższego stanowiska polega na tym, że Rozporządzenie wertykalne PL ma z założenia, zgodnie ze swoim tytułem, „wyłączać niektóre rodzaje porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję”, praktykom powinno więc zależeć na objęciu Rozporządzeniem tak dużej liczby porozumień pomiędzy przedsiębiorcami, jak to tylko możliwe. W prawie polskim funkcja Rozporządzenia wertykalnego w praktyce stała się jednak zaprzeczeniem jego funkcji tytułowej. Opisane w § 11 Rozporządzenia tzw. klauzule czarne w istocie wyznaczają rodzaje klauzul, które traktuje się jako klauzule zakazane *per se*, a Prezes UOKiK do niedawna praktycznie zawsze uznawał je za naruszające art. 6 uokk. Zatem w świadomości praktyków Rozporządzenie wertykalne PL przede wszystkim nie tyle wyłącza pewne

do pośredniczenia przy zawieraniu umów na rzecz dającego zlecenie”. Agent będący pośrednikiem „dokonuje tylko czynności faktycznych, które mają na celu stworzenie warunków (nastręczenie sposobności) osobom trzecim do zawarcia umowy z dającym zlecenie”. Zob. I. Mycko-Katner, *Umowa agencyjna*, Oficyna 2012, baza LEX, rozdział 1, pkt 1 i 2; zob. też wyrok SN z 28.10.2010 r., I GSK 720/09. Więcej o umowie agencyjnej, zob. też: D. Bucior, *Wypowiedzenie umowy agencyjnej*, 2012, rozdział 1.1. Praca dostępna na: www.umowa-agencyjna.pl.

⁸⁹ Zob. E. Rott-Pierzyk, *Umowa agencyjna po nowelizacji. Komentarz do art. 758–764(9) kc*, pkt 4.3, baza LEX („Działanie w imieniu własnym, charakterystyczne dla umowy komisu, jest podstawową cechą odróżniającą tę umowę od umowy agencyjnej. Komisant działa (...) jako zastępca pośredni, w odróżnieniu od agenta określanego mianem zastępcy bezpośredniego. Komisant nie doprowadza też do powstania bezpośredniej więzi między dającym zlecenie a osobą trzecią. To on jest stroną umów zawieranych z osobami trzecimi”).

⁹⁰ Zob. np. *Sprawozdanie z 5 Warsztatu CARS...*, s. 153 („Dr Antoni Bolecki wyraził pogląd, że przejście prawa własności na agenta jest jednym z tych rodzajów ryzyka, które pozabawiają umowy charakteru agencyjnego”).

⁹¹ „Zgodnie z zasadą *clara non sunt interpretanda*, jeśli wynik wykładni językowej jest jasny, to nie ma potrzeby poszukiwania innych sposobów wykładni, zwłaszcza biorąc pod uwagę fakt, że mamy do czynienia z prawem konkurencji, tj. prawem publicznym, stanowiącym podstawę władczej ingerencji organu” (stanowisko Łukasz Grzejdziaka wyrażone podczas 5. Warsztatu CARS, *ibidem*, s. 152).

⁹² *Ibidem*.

porozumienia wertykalne spod zastosowania art. 6 uokk, co czyni pewne typy porozumień wertykalnych zakazanymi *per se*.

Choć rzeczywiście interpretacja wyrażana przez praktyków, zgodnie z którą żaden agent w rozumieniu kc nie jest „nabywcą” (a tym samym do umów agencyjnych nie stosuje się katalogu klauzul czarnych z Rozporządzenia wertykalnego) wydaje się wynikać z literalnej treści Rozporządzenia wertykalnego, powyższą interpretację należy uznać za błędną. Należy w tym miejscu, w imię zachowania powagi polskiego porządku antymonopolowego, przyznać rację G. Maternie i uznać, że odwołanie się przez ustawodawcę w Rozporządzeniu wertykalnym do pojęcia „nabywcy” jest przeoczeniem i „zwyczajnym nieuwzględnieniem różnorodności sposobów organizacji systemów dystrybucji”⁹³ przez ustawodawcę. Literalna interpretacja pojęcia „nabywcy” spowodowałaby, że do takich samych w gruncie rzeczy (jeżeli chodzi o ich ekonomiczny opis) wertykalnych porozumień, stosowałyby się inne standardy antykonkurencyjności (jak już bowiem wspomniano wyżej, przejście własności na pośrednika jest tylko jednym, wcale nie decydującym kryterium, świadczącym o samodzielności pośrednika). Taka interpretacja znowuż plasowałaby polskie prawo konkurencji w krainie karykaturalnych systemów prawnych, gdzie jedno słowo przypadkowo użyte przez ustawodawcę podważa powszechnie uzgodnione pryncypia regulacji antymonopolowych.

2.4.4. Kryteria „prawdziwej” agencji w polskim prawie ochrony konkurencji

Skupienie się przez doktrynę polskiego prawa konkurencji na słownych rebusach odwróciło uwagę od kluczowego zagadnienia, tj. od tego, jakie kryteria powinny towarzyszyć zakwalifikowaniu danej umowy jako „prawdziwej umowy agencyjnej” i w konsekwencji zwolnieniu tej umowy spod zastosowania art. 6 uokk na mocy koncepcji jednego organizmu gospodarczego. Kwalifikacja danej umowy jako „prawdziwej” agencji powinna być możliwa bez względu na to, jak strony nazwą umowę, oraz jak ta umowa jest klasyfikowana przez prawo cywilne (np. umowa dystrybucyjna, umowa komisji, umowa franczyzy⁹⁴, umowa agencyjna).

⁹³ G. Materna, *Zastosowanie zakazu porozumień...*, s. 14.

⁹⁴ Więcej o umowie franczyzy, zob. podrozdział V.2.2.4. Kc nie definiuje umowy franczyzy. W doktrynie polskiego prawa konkurencji M. Bolecki uważa, że „franczyzę można umieścić jako formę pośrednią między agencją i zwykłą dystrybucją” (zob. M. Bolecki, *Cechy szczególne...*, s. 63). Powyższy pogląd jest w zasadzie poprawny, jeżeli chodzi o ekonomiczny opis większości umów franczyzowych. Niektóre umowy franczyzy mogą być zatem potraktowane na gruncie polskiego prawa konkurencji jako „prawdziwa” agencja.

Nic nie stoi jednak na przeszkodzie, żeby również w prawie polskim kryteriami wyodrębnienia „prawdziwej” agencji były kryteria analizowane wyżej dotyczące prawa europejskiego⁹⁵ lub amerykańskiego⁹⁶. Ponieważ jednak polskie prawo konkurencji nie podlega obowiązowi pronijniej wykładni⁹⁷, można postulować, żeby analiza „samodzielności” domniemanego agenta była oparta bardziej na kryterium poniesionych przez agenta kosztów (jak miało to np. miejsce w amerykańskim orzeczeniu w sprawie *Murray Biscuit*), niż na analizie „ryzyka”, w szczególności ryzyka czysto prawnego (jak sugeruje to prawo europejskie). Analiza oparta na „kosztach”, a nie na „ryzyku” jest bowiem, jak wspomniano w powyższych rozdziałach, bardziej miarodajna dla wyodrębnienia „prawdziwych” umów agencyjnych od innych umów pośrednictwa w sprzedaży towarów.

3. Zastosowanie koncepcji jednego organizmu gospodarczego do relacji pomiędzy pracownikiem a pracodawcą

3.1. Pracownik a absolutny wymiar koncepcji jednego organizmu gospodarczego

Jeżeli koncepcja jednego organizmu gospodarczego ma zastosowanie do „prawdziwych” agentów, tym bardziej można ją zastosować w kontekście „porozumień” pomiędzy pracownikiem i pracodawcą; oczywiście jedynie takich porozumień, które nakładają na pracownika ograniczenia w związku z wykonaniem obowiązków pracowniczych. Jedyna różnica pomiędzy „prawdziwym” agentem a pracownikiem polega na tym, że koncepcja *single economic unit* w wypadku relacji pracownik – pracodawca ma zawsze wymiar względny a nigdy absolutny. Pracownik w każdym bowiem przypadku jest osobą fizyczną i jako taka osoba nigdy nie stanowi wraz z pracodawcą jednego organizmu gospodarczego w wymiarze „absolutnym”⁹⁸ – mówiąc potocznie, pracownika nie można kupić (albo dokładniej: można go kupić jedynie w ramach pracy, którą wykonuje na podstawie umowy). Co innego agent – może być on osobą prawną i tym samym stanowić wraz z dającym zlecenie „jeden organizm gospodarczy” w wymiarze absolutnym, np. jeżeli agent jest spółką-córką spółki dającego zlecenie.

⁹⁵ Zob. podrozdział V.2.3.

⁹⁶ Zob. podrozdział V.2.2.

⁹⁷ Zob. wyrok SN z 9.08.2006 r., III SK 6/06, baza LEX.

⁹⁸ Zob. więcej: podrozdział II.3.2.3.

3.2. „Prawdziwy” pracownik

TSUE w sprawie *Suiker Unie* potwierdził, że pracownicy tworzą „ekonomiczną jednostkę” (ang. *economic unit*) z przedsiębiorstwem, które je zatrudnia (ang. *employing undertaking*)⁹⁹. Najobszerniejszą analizę zagadnienia relacji pracownik – pracodawca można z kolei odnaleźć w opinii Rzecznika Generalnego Jacobsa w sprawie *Albany*¹⁰⁰ z 1999 r.¹⁰¹ Rzecznik Jacobs określił, że pracownicy normalnie nie ponoszą „bezpośredniego ryzyka danej transakcji”. Nie tyle oferują oni swoje usługi klientom, co bardziej wykonują pracę dla pracodawcy, a „zależna” praca ze swojej istoty jest przeciwieństwem niezależnego wykonywania ekonomicznej lub handlowej aktywności (ang. *independent exercise of an economic or commercial activity*)¹⁰². Rzecznik Jacobs zauważył jednak, że mogą istnieć graniczne sprawy (ang. *borderline cases*), w których powyżej poczyniona obserwacja nie jest już taka oczywista, jak np. profesjonalny sport¹⁰³.

Analiza dokonana przez Rzecznika Jacobsa jest w zasadzie prawidłowa. Należy jednak zwrócić uwagę, że dokonana jest ona częściowo przez pryzmat dogmatycznego prawnika, któremu pojęcie „pracownika” kojarzy się jedynie z umową o pracę. Tymczasem w ekonomicznym sensie synonimiczność pojęć „pracownik” i „osoba wykonująca obowiązki w oparciu umowy o pracę” nie jest wcale tak oczywista. Ekonomicznie rzecz biorąc, funkcje pracownika może w niektórych przypadkach spełniać również indywidualny przedsiębiorca (w prawie polskim: osoba fizyczna prowadząca jednoosobową działalność gospodarczą¹⁰⁴). Kryterium tego, kto jest „prawdziwym”

⁹⁹ *Suiker Unie*, op. cit., pkt 539.

¹⁰⁰ Wyrok ETS z 28.01.1999 r. w sprawie C-67/96 *Albany International p. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie* („*Albany*”). Wyrok dostępny na: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r. W powyższej sprawie spółka *Albany International* odmówiła zapłaty rocznej kontrybucji specjalnemu funduszowi pracowniczemu (*Textile Industry Trade Fund*), argumentując, że przymusowa przynależność do tego funduszu narusza prawo konkurencji UE. TSUE uznał, że porozumienia zawarte „w kontekście kolektywnych negocjacji pomiędzy zarządem” (ang. *management*) i pracownikami (ang. *labour*), w celu osiągnięcia celów polityki socjalnej, takich jak poprawa warunków pracy i zatrudnienia „ze względu na ich naturę i funkcję” (ang. *nature and purpose*), nie wchodzą w zakres zastosowania reguł Traktatu (*ibidem*, pkt 59–60).

¹⁰¹ Opinia Rzecznika Generalnego Jacobsa przedstawiona 29.02.1999 r. w sprawie C-67/96 (sprawa *Albany*), połączonych sprawach C-115/97 i C-116/97, oraz sprawie C-117/97 i C-219/97. Opinia dostępna na: www.curia.europa.eu.

¹⁰² *Ibidem*, pkt 215.

¹⁰³ *Ibidem*, pkt 217.

¹⁰⁴ Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. z 2013 r. poz. 672 ze zm.).

pracownikiem na potrzeby koncepcji *single economic unit* powinien być nie tyle prawny status pracownika (a więc, jak sugeruje Rzecznik Jacobs, fakt, że pracownicy „nie oferują swoich usług klientom, ale pracodawcy”), lecz to, czy osoba fizyczna świadczy przedsiębiorstwu wyłącznie osobiste usługi i, poza tymi osobistymi usługami, nie ponosi w zasadzie żadnych kosztów (nie licząc oczywiście „kosztów pracy”, tak jak to pojęcie rozumiane jest w ekonomii). Teoretycznie osoba fizyczna może być bowiem uznana za „prawdziwego” pracownika, nawet jeżeli prowadzi działalność gospodarczą i nie jest stroną umowy o pracę, co potwierdził ostatnio TSUE¹⁰⁵. Sztuczność rozróżnienia pomiędzy osobami fizycznymi świadczącymi usługi w oparciu o umowy cywilnoprawne (np. w prawie polskim umowę o pracę i umowę zlecenia) a jednoosobowymi przedsiębiorcami widać chociażby na przykładzie dużych firm prawniczych, gdzie osoby wykonujące dla firmy tę samą „pracę” mogą, w zależności od ich wyboru (dyktowanego np. względami podatkowymi) posiadać status jednoosobowego przedsiębiorcy lub osoby fizycznej zatrudnionej na podstawie umowy o pracę.

Zapewne można powiedzieć, że niektórzy jednoosobowi przedsiębiorcy mogą być traktowani jak „prawdziwi” pracownicy na potrzeby prawa konkurencji. Co więcej, nie da się wykluczyć, że w zupełnie wyjątkowych przypadkach osoby fizyczne posiadające status pracowników w rozumieniu prawa pracy nie są „prawdziwymi” pracownikami – chodzi o wypadki, kiedy rzekomy pracodawca zatrudnia te osoby nie z racji osobistych usług, co raczej ze względu na, powstałą w wyniku poczynionych przez rzekomego „pracownika” inwestycji, wnoszoną do firmy przez niego infrastrukturę ekonomiczną¹⁰⁶.

3.3. Inne konteksty pracownicze w prawie ochrony konkurencji – organizacje pracowników i wolne zawody

Należy jeszcze raz podkreślić, że koncepcja *single economic unit* w zastosowaniu do „prawdziwego” pracownika posiada względy wymiar i dotyczy takich porozumień, które nakładają na pracownika ograniczenia w związku

¹⁰⁵ W wyroku z 4.12.2014 r. w sprawie C-413, *FNV Kunsten Informatie en Media p. Staat der Nederlanden*, Trybunał podkreślił, że art. 101 TFUE nie ma zastosowania do układów pracy pomiędzy pracodawcą, a osobami wykonującymi na jego rzecz usługi na podstawie umów cywilnych, jeżeli są oni de facto pracownikami. Zob. też G. Materna, *Zastosowanie zakazu porozumień ograniczających konkurencję do układów zbiorowych pracy*, EPS nr 4/2015, s. 24–30.

¹⁰⁶ Inna sprawa, na ile „działalność” takiego „udawanego pracownika” będzie naruszać przepisy ustawy o swobodzie działalności gospodarczej.

z wykonaniem obowiązków pracowniczych. Tylko takie porozumienia mogą być zwolnione spod oceny na podstawie przepisów o antykonkurencyjnych porozumieniach (art. 6 uokk, art. 101 TFUE).

W związku z powyższym, relację pracownik – pracodawca, w której ewentualne postanowienia umowne ograniczające konkurencję nałożone są na pracownika w ramach wykonywania umowy o pracę (lub innej umowy, na podstawie której „prawdziwy” pracownik świadczy osobiste usługi), należy odróżnić od:

- relacji pomiędzy pracownikiem a pracodawcą niezwiązanej z wykonaniem umowy o pracę (czyli np. kwestię negocjacji samej umowy o pracę i wynagrodzenia)¹⁰⁷;
- relacji pomiędzy pracownikiem a organizacją (związkiem) pracowników: w tym kontekście organizacje pracowników mogą być traktowane albo jako porozumienie pomiędzy pracownikami, albo jako samodzielne, odrębne od pracowników, organizmy gospodarcze (z tych samych przyczyn, dla których spółki posiadające wielu akcjonariuszy mogą mieć odrębny interes ekonomiczny od tych akcjonariuszy – powyższa analiza powinna być dokonana w oparciu o tzw. ekskluzywny kontekst koncepcji jednego organizmu gospodarczego¹⁰⁸);
- relacji pomiędzy organizacją pracowników a pracodawcą.

Dwie ostatnie relacje często się ze sobą wiążą. W szczególności pracodawcy często starają się wyrzucić presję na organizacjach pracowników, wykorzystując prawo konkurencji do kwestionowania legalności relacji pomiędzy pracownikami a ich organizacjami (np. pracodawcy mogą kwestionować w świetle reguł antymonopolowych obowiązek przynależności do związku zawodowego, wysokość składek związkowych itp.¹⁰⁹). W odpowiedzi na taki zarzut organizacje pracowników często podnoszą, że relacje umowne pomiędzy nimi a pracownikami oraz zbiorowe układy pracy (czyli relacje pomiędzy organizacjami pracowników a pracodawcą) są zwolnione

¹⁰⁷ W kontekście zagadnienia prawdziwej umowy agencyjnej, powyższe rozróżnienie czynione jest wprost w europejskich Wytycznych wertykalnych, które podkreślają względny aspekt ewentualnej utraty samodzielności „agenta” („agent jest przedsiębiorstwem odrębnym w stosunku do dającego zlecenie”, zob. Wytyczne wertykalne, *op. cit.*, s. 6, pkt. 19).

¹⁰⁸ Zob. podrozdział I.2.3.

¹⁰⁹ Podobny stan faktyczny miał również miejsce w sprawie *Albany* (*op. cit.*). Uwagi o naturze relacji pracownik – pracodawca w świetle koncepcji jednego organizmu gospodarczego Rzecznik Generalny Jacobs poczynił niejako „przy okazji”.

z zastosowania prawa konkurencji – taką linię orzeczniczą prezentuje też w gruncie rzeczy TSUE¹¹⁰.

Należy jednak podkreślić, że ewentualne wyłączenie działalności organizacji pracowników spod zastosowania prawa konkurencji wynika nie tyle z koncepcji jednego organizmu gospodarczego (a więc z braku samodzielności organizacji pracowników w stosunku do pracowników lub pracodawcy), co bardziej z uznania, że określony typ działalności nie powinien być w ogóle uznany za działalność gospodarczą poddaną ocenie pod kątem reguł konkurencji (chodzi więc o zagadnienie definicji działalności gospodarczej, a nie o zagadnienie granic przedsiębiorstwa¹¹¹). Prawodawstwa poszczególnych krajów mogą wyłączać działalność organizacji pracowników i porozumień pomiędzy pracownikami spod reżimu antymonopolowego z różnych powodów, np. w celu ochrony praw pracowniczych¹¹² lub w innych społecznie istotnych celach¹¹³. Jest to jednak inny etap analizy zastosowania reguł konkurencji niż etap, na którym ma zastosowanie koncepcja jednego organizmu gospodarczego.

Na koniec trzeba zaznaczyć, że relację pracownik – pracodawca w kontekście zastosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego należy też odróżnić od kontekstu tzw. wolnych zawodów (ang. *learned professions*). Reżimy antymonopolowe zasadniczo traktują przedstawicieli takich wolnych zawodów jak przedsiębiorców¹¹⁴. Spór dotyczy jednak tego, czy meryto-

¹¹⁰ *Albany*, *op. cit.*, pkt 111.

¹¹¹ Zob. podrozdział I.1.

¹¹² Taki cel przyświecał również prawu holenderskiemu w sprawie *Albany* (*op. cit.*, pkt 59–60). W sprawie *Albany* ETS doszedł do wniosku, że działalność funduszu pracowniczego stanowi „wykonywanie zadań w ogólnym interesie gospodarczym” (ang. *tasks of general economic interest*). Zob. *ibidem*, pkt 111.

¹¹³ Zob. np. wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Superior Court Trial Lawyers*. W powyższej sprawie Sąd Najwyższy (większością sześciu głosów „za” w stosunku do trzech głosów „przeciw”) zdecydował, że strajk (zaklasyfikowany jako horyzontalne porozumienie polegające na „bojkocie”) prawników z Dystryktu Columbii świadczących z urzędu pomoc prawną ubogim podsądnym stanowi *per se* naruszenie amerykańskiej ustawy Shermana. Prawnicy domagali się wyższych honorariów za świadczone usługi. Trzech z dziewięciu sędziów uznało jednak, że sporne porozumienie powinno być zwolnione spod zastosowania ustawy Shermana, ponieważ prawnikom przyświecały szczytne społeczne cele – liche wynagrodzenie otrzymywane przez prawników świadczących pomoc prawną z urzędu powodowało bowiem, że ubodzy podsądni otrzymywali fikcyjną pomoc. Zob. *Superior Trial Lawyers Association v. Federal Trade Commission*, 391 U.S 367, 1990. Więcej o powyższej sprawie: D.I. Baker, *The Superior Court Trial Lawyers Case – A Battle on the Frontier Between Politics and Antitrust*, [w:] *Antitrust Stories...*, s. 257–286.

¹¹⁴ Np. art. 4 pkt 1 lit. b uokł wprost stanowi, że przez przedsiębiorcę rozumie się też „osobę fizyczną wykonującą zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzącą działalność w ramach wykonywania takiego zawodu”.

ryczne reguły konkurencji mogą podlegać modyfikacji, a ocena ewentualnej antykonkurencyjności danej praktyki nie powinna być przypadkiem bardziej wstrzemięźliwa, ze względu na specyfikę niektórych wolnych zawodów¹¹⁵. Przykładowo, można twierdzić, że z racji na specyfikę usługi świadczonej przez lekarza, prawnika lub architekta oraz brak informacji pozwalającej konsumentom ocenić jakość tych usług, członkom wolnych zawodów i zrzeszającym ich organizacjom powinno się pozwolić na stosowanie ograniczeń konkurencji, niedopuszczalnych w wypadkach innych przedsiębiorców¹¹⁶. Powyższa analiza związana ze specyfiką wolnych zawodów powinna mieć jednak miejsce na jeszcze innym etapie stosowania prawa konkurencji, niż analiza zagadnienia definicji działalności gospodarczej lub analiza zagadnienia granic przedsiębiorstwa – chodzi bowiem o analizę merytoryczną.

4. Wnioski

Rozważania dokonane w niniejszym rozdziale pozwalają na sformułowanie tezy, zgodnie z którą kryteria zastosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego w jej względnym wymiarze powinny opierać się przede wszystkim na ekonomicznej analizie relacji, w odniesieniu do której zastosowanie tej koncepcji jest rozważane. Powyższa ekonomiczna analiza powinna polegać przede wszystkim na zbadaniu ryzyka i kosztów ponoszonych przez strony badanej relacji. Ocena ponoszonych przez „agenta” (lub „pracownika”) i „pryncypała” (lub „pracodawcy”) kosztów jest kryterium o wiele bardziej wiarygodnym niż ocena ryzyka (przede wszystkim ryzyka czysto prawnego), i powinna być kryterium stosowanym priorytetowo.

Jednocześnie o zastosowaniu koncepcji jednego organizmu gospodarczego do danej relacji nie powinna przesądzać „formalna” etykieta nadana tej relacji przez prawodawstwo danego kraju. Przykładowo, w prawie polskim, dla uznania, że dane porozumienie ma miejsce „w ramach” jednego

¹¹⁵ Standardowymi sprawami dotyczącymi podejścia reżimów antymonopolowych do specyfiki wolnych zawodów są: w Europie – sprawa *Wouters* (wyrok ETS z 19.02.2002 r. w sprawie C-309/99 *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh i Price Waterhouse Belastingadviseurs p. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, wyrok dostępny na: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r.), a w USA – sprawa *Society of National Professional Engineers v. United States* (U.S. 435 U.S. 679, 1978).

¹¹⁶ Dla kompleksowego przedstawienia argumentów za i przeciw bardziej liberalnemu podejściu reżimów antymonopolowych do działalności wolnych zawodów, zob. R. Posner, *The Professional Versus the Business Model in Law and Medicine*, BeckerPosnerBlog, 12.10.2012, artykuł dostępny pod adresem: <http://www.becker-posner-blog.com/2012/12/the-professional-versus-the-business-model-in-law-and-medicine.html>, dostęp: 25.08.2015 r.

organizmu gospodarczego nie ma znaczenia, czy porozumienie to posiada status „umowy agencyjnej” w rozumieniu kc. W zależności od ekonomicznej analizy danej relacji, spod reguł o antykonkurencyjnych porozumieniach powinny być wyłączone niektóre relacje pomiędzy „pracodawcą” a „pracownikiem” oraz niektóre relacje pomiędzy „agentem” a „pryncypałem”.

Rozdział VI

Formalny aspekt koncepcji jednego organizmu gospodarczego – przypisanie odpowiedzialności za naruszenie prawa ochrony konkurencji

1. Uwagi ogólne

Przedmiotem analizy niniejszego rozdziału będzie tzw. „formalny” aspekt koncepcji jednego organizmu gospodarczego.

Jak wspomniano wcześniej w tej pracy¹, formalny aspekt koncepcji jednego organizmu gospodarczego polega na objęciu odpowiedzialnością za naruszenie reguł konkurencji wszystkich podmiotów należących do „jednego organizmu gospodarczego”, a tym samym możliwością nałożenia sankcji na każdy z tych podmiotów. W kontekście formalnego aspektu koncepcji jednego organizmu gospodarczego mówi się często o przypisaniu odpowiedzialności (ang. *attribution of liability*) za naruszenie prawa konkurencji². Odpowiedzialność „przypisywana” jest określone podmiotowi (najczęściej

¹ Zob. podrozdział I.2.5.

² W doktrynie prawa ochrony konkurencji UE zagadnienie przypisania odpowiedzialności w ramach jednego organizmu gospodarczego omawia się często wraz z zagadnieniem przypisania odpowiedzialności podmiotom, które nie stanowiły, co prawda, jednego organizmu gospodarczego wraz z podmiotem naruszającym reguły konkurencji w momencie tego naruszenia, ale stanowią taki organizm w momencie wszczęcia postępowania, nakładania kary administracyjnej lub egzekwowania tej kary. W takim wypadku mówi się o zagadnieniu odpowiedzialności w ramach sukcesji (ang. *succession liability*). Powyższe zagadnienie dotyczy jednak nie tyle wprost koncepcji jednego organizmu gospodarczego, co bardziej kwestii prywatnoprawnych, np. tych związanych z umową sprzedaży udziałów w spółce. Dla omówienia zagadnienia odpowiedzialności w ramach sukcesji w europejskim prawie konkurencji, zob. np. A. Brown, M. Schonberg, *Widening the Net: the General Court Extends the Principle of Successor Liability in EU Competition Law*, E.C.L.R. 2013, vol. 34(1); K. Dyekjaer-Hansen, K. Hoegh, *Succession of Liability for Competition Law*

spółce-matce) wchodzącemu w skład jednego organizmu gospodarczego, pomimo że naruszenia reguł antymonopolowych dopuścił się inny podmiot (najczęściej spółka-córka)³. Formalny aspekt koncepcji jednego organizmu gospodarczego odgrywa rolę na późniejszym etapie stosowania norm prawa ochrony konkurencji niż aspekt materialny. O ile aspekt materialny jest istotny jeszcze przed merytoryczną oceną danej praktyki (wyłączenie porozumienia spod reguł konkurencji czyni taką ocenę bezcelową), aspekt formalny ma znaczenie już po merytorycznej ocenie (żeby przypisać odpowiedzialność za naruszenie prawa konkurencji, naruszenie to musi być najpierw stwierdzone poprzez poddanie danej praktyki merytorycznej ocenie).

Hipoteza badawcza przyjęta w niniejszym rozdziale zakłada, że specyficzny cel formalnego aspektu koncepcji jednego organizmu gospodarczego wpływa na zakres pojęciowy tej koncepcji i możliwość jej stosowania. W szczególności hipoteza ta zakłada, że, ponieważ formalny aspekt koncepcji jednego organizmu gospodarczego polega na „przypisaniu” odpowiedzialności podmiotowi, który nie był bezpośrednio stroną naruszenia prawa antymonopolowego, wydaje się, że ocena prawnej możliwości zastosowania tej koncepcji w aspekcie formalnym powinna mieć związek z zasadą osobistej odpowiedzialności, zasadą winy, a być może również ze standardami dotyczącymi ochrony praw człowieka.

Celem niniejszego rozdziału będzie zatem próba określenia, na czym polega specyfika stosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego w aspekcie formalnym. W szczególności zaś autor postara się zbadać, czy stosowanie koncepcji jednego organizmu gospodarczego w aspekcie formalnym powinno uwzględniać specyficzne okoliczności (np. dodatkowe okoliczności „behawioralne”).

Infringements with Special Reference to Due Diligence and Warranty Claims, E.C.L.R. 2003, vol. 24(5).

³ W doktrynie prawa konkurencji UE panuje czasami pewna terminologiczna niespójność. W doktrynie tej mówi się bowiem o przypisaniu odpowiedzialności jednemu „przedsiębiorstwu” (ang. *undertaking*) za działania drugiego „przedsiębiorstwa”. Jest to o tyle nieprawidłowa terminologia, że w prawie europejskim termin „przedsiębiorstwo” rozumiany jest w sposób funkcjonalny, a więc oba powyższe „przedsiębiorstwa” stanowią w istocie jedno „przedsiębiorstwo”. Powodem chaosu terminologicznego jest fakt (s. 995, przypis 357), że, o ile prawo konkurencji UE mówi o przedsiębiorstwach, o tyle decyzje Komisji Europejskiej, ze względów proceduralnych, są adresowane do odrębnych prawnie podmiotów (tak: J. Faull, A. Nikpay (red.), *The EC Law of Competition*, 2nd Ed., Oxford University Press 2007, s. 995, przypis 357). W poniższej pracy autor stosować będzie terminologię, zgodnie z którą, jeżeli dwa podmioty lub więcej należą do jednego organizmu gospodarczego, to, po pierwsze, można wykluczyć porozumienie pomiędzy takimi podmiotami spod przepisów o antykonkurencyjnych porozumieniach, a po drugie – podmioty takie odpowiadają solidarnie za naruszenie prawa konkurencji.

W niniejszym rozdziale zostaną omówione rodzaje uzasadnień, jakie, w opinii autora, posiada formalny aspekt koncepcji jednego organizmu gospodarczego (podrozdział VI.2). W dalszej części zostaną przedstawione podstawowe uregulowania dotyczące przypisania odpowiedzialności w prawie UE (podrozdział VI.3) oraz w prawie polskim (podrozdział VI.4). Swoistym „łącznikiem” pomiędzy częścią dotyczącą prawa UE a częścią analizującą prawo polskie będzie podrozdział VI.3 zawierający rozważania związane ograniczeniami, jakie w zakresie zastosowania formalnego aspektu koncepcji jednego organizmu gospodarczego wynikają z zasady osobistej odpowiedzialności, standardów ochrony praw człowieka oraz zasady winy.

2. Uzasadnienie formalnego aspektu koncepcji jednego organizmu gospodarczego

Formalnemu aspektowi koncepcji jednego organizmu gospodarczego przyświecają odmienne cele niż aspektowi materialnemu. Potrzeba stosowania koncepcji *single economic unit* w aspekcie materialnym wynika z ekonomicznego uzasadnienia istnienia norm antymonopolowych⁴. Z kolei cele aspektu formalnego nie wydają się być szczególnie mocno powiązane z ekonomią. W doktrynie wymienia się najczęściej następujące cele formalnego aspektu koncepcji jednego organizmu gospodarczego:

- „odstraszenie” (ang. *deterrence*)⁵ i zapobieganie kolejnym naruszeniom prawa konkurencji, a tym samym zapewnienie skuteczności tego prawa⁶ – skoro bowiem odpowiedzialność można przypisać większej liczbie podmiotów, sankcja za naruszenie prawa konkurencji jest dotkliwsza, a kara

⁴ Zob. podrozdział II.2.

⁵ W doktrynie europejskiego prawa konkurencji podkreśla się na przykład., że odstraszenie jest istotnym czynnikiem brany pod uwagę przy obliczaniu wymiaru kary (zob. R. Whish, D. Bailey, *Competition Law*, 7th Ed., Oxford University Press 2012, s. 276). Powyższy cel kar nakładanych przez Komisję został również potwierdzony w orzecznictwie TSUE, zob. np. wyrok ETS z 29.06.2006 r. w sprawie C-289/04 *Showa Denko p. Komisji*, pkt 16. Wyrok dostępny na: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r.

⁶ Taki cel formalnego aspektu koncepcji *single economic unit* (możliwość nałożenia wyższej kary, a tym samym skuteczniejsze stosowanie europejskiego prawa konkurencji) wymieniają np. autorzy komentarza pod redakcją J. Faull’a i A. Nikpay’a (J. Faull, A. Nikpay (red.), *The EC Law...*, s. 994–995) oraz I. Van Bael i J.F. Bellis (Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International 2010, s. 1151).

obciąża więcej podmiotów w sposób solidarny (ang. *joint and several liability*⁷):

- z powyższym (ogólnym) celem wiążą się też cele czysto proceduralne związane z wysokością kary administracyjnej, którą (zarówno w Polsce, jak i w UE) można nałożyć za naruszenie TFUE lub uokk: większa liczba podmiotów objętych odpowiedzialnością to większy całkowity obrót (lub przychód⁸), na podstawie którego obliczana jest łączna kara⁹ oraz możliwość łatwiejszego wykazania po stronie ukaranego

⁷ Tak np. (jeżeli chodzi o możliwość nałożenia odpowiedzialności solidarnej), Bellamy & Child (red. P. Roth, V. Rose), *European Community Law of Competition*, 6th Ed., Oxford University Press 2008, s. 1329. Jedną z pierwszych spraw, w których TSUE dopuścił możliwość obciążenia odpowiedzialnością solidarną podmioty należące do jednego organizmu gospodarczego, była sprawa *Commercial Solvents* (wyrok ETS z 6.03.1974 r. w połączonych sprawach 6 i 7/73 *Istituto Chemioterapico Italiano i Commercial Solvents Corporation p. Komisji*, pkt 41, „*Commercial Solvents*”). Wyrok dostępny na: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r.

⁸ W Polsce uokk posługuje się pojęciem przychodu, w przeciwieństwie do prawa europejskiego, które mówi o „obrocie”. Zgodnie z art. 106 uokk, kara pieniężna nie może być wyższa „niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary”. Z kolei, na podstawie art. 23 unijnego Rozporządzenia 1/2003, kara nie może przekroczyć „10% całkowitego obrotu uzyskanego w poprzedzającym roku obrotowym”.

⁹ Ciekawa jest też praktyka Komisji Europejskiej, jeżeli chodzi o „solidarne” nakładanie kar w ramach jednego organizmu gospodarczego składającego się z powiązanych kapitałowo spółek. Komisja ustala bowiem najczęściej jedną tzw. kwotę bazową na podstawie łącznego obrotu wszystkich spółek należących do jednego organizmu gospodarczego (a więc np. spółki-matki i dwóch siostrzanych spółek-córek). Taka kwota bazowa stanowi następnie podstawę do wyliczenia zasadniczego wymiaru kary dla poszczególnych spółek-córek na podstawie różnych okoliczności łagodzących i obciążających, takich jak np. długość uczestniczenia w kartelu, zgodnie ze specjalnymi wewnętrznymi wytycznymi Komisji w sprawie obliczania kar (zob. przypis poniżej). W praktyce końcowa kara dla spółki stojącej na „szczycie” grupy jest najwyższa spośród wszystkich spółek: spółce tej w praktyce przypisuje się wszystkie okoliczności obciążające dotyczące spółek-córek (np. sumuje się w stosunku do spółki-matki łączną długość naruszenia, którego dopuściły się wszystkie spółki córki) – powyższa kara równa się też łącznej karze nakładanej na całą grupę. Spółka stojąca na szczycie grupy spółek odpowiada za całą kwotę kary solidarnie ze spółkami-córkami, natomiast solidarna odpowiedzialność spółek-córek jest ograniczona do ich własnych „kar”. Ponieważ kwota bazowa służąca do obliczania kar dla każdej ze spółek należących do grupy ustalana jest na podstawie łącznego obrotu całej grupy, suma poszczególnych kar dla spółek-córek znacząco przewyższa całkowitą karę dla grupy (równą kwocie, za którą odpowiada spółka stojąca na szczycie grupy). Przykładowo w sprawie *Dow I* (decyzja Komisji Europejskiej z 29.11.2006 r. w sprawie COMP/F/38.638 *Butadiene Rubber and Emulsion Styrene Butadiene Rubber*, „*Dow I*”, decyzja dostępna na: <http://ec.europa.eu/competition/>, dostęp: 25.08.2015 r.) końcowa kara dla spółki stojącej „na szczycie” grupy „Dow Chemical Company” wyniosła ok.

podmiotu recydywy będącej czynnikiem pozwalającym na zwiększenie wymiaru kary¹⁰;

- możliwość łatwiejszego „ekstraterytorialnego” (czyli poza granicami danej jurysdykcji) zastosowania prawa konkurencji¹¹; w UE pozwala to na uniknięcie, tradycyjnie używanej w kontekście ekstraterytorialnego stosowania europejskich reguł konkurencji, ale wysoce problematycznej, tzw. doktryny skutków (ang. *effects doctrine*¹²);
- nie można również zapominać o tradycyjnej „moralnej” intuicji kryjącej się za formalnym aspektem koncepcji jednego organizmu gospodarczego: skoro naruszenia dopuściła się „część” tego samego gospodarczego organizmu, to cały organizm **powinien** za takie naruszenie ponieść odpowiedzialność.

Zastosowanie koncepcji jednego organizmu gospodarczego w aspekcie formalnym jest zatem, w przeciwieństwie do aspektu materialnego polegającego na zwolnieniu porozumień spod zastosowania reguł konkurencji, niekorzystne dla przedsiębiorców. Naturalnie przedsiębiorcy nie pałają sympatią do konstrukcji prawnych pozwalających na poszerzenie kręgu podmiotów odpowiedzialnych za naruszanie reguł antymonopolowych.

64 mln euro. Z powyższego 64 mln euro, trzy spółki-córki były solidarnie z Dow Chemical Company odpowiedzialne za zapłatę kwot w wysokości odpowiednio: 60 mln euro, 47 mln euro i 47 mln euro (zob. *ibidem*, pkt 518).

¹⁰ Okoliczności pozwalające zwiększyć lub zmniejszyć wymiar kary opisane są zarówno w Polsce, jak i w UE w specjalnych Wytycznych. Zob. Wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a) rozporządzenia 1/2003 (Dz.Urz.UE 2006 Nr C 210/2); Wyjaśnienia Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 29.12.2008 r. w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję (Dz.Urz.UOKiK.Nr 4 z 22.12.2008 r., dokument dostępny na: www.uokik.gov.pl). Niektóre z okoliczności łagodzących zostały też wprost wpisane do art. 111 ust. 3 i 4 uokk.

¹¹ Między innymi w takim celu powyższa koncepcja została użyta w sprawie *ICI* z 1972 r. (wyrok ETS z 14.07.1972 r. w sprawie C-48/69 *Imperial Chemical Industries p. Komisji*, „*ICI*”; wyrok dostępny na: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r.), pozwalając Komisji Europejskiej na nałożenie kary na angielską spółkę-matkę. Sprawa *ICI* zapoczątkowała formalną „karierę” koncepcji jednego organizmu gospodarczego.

¹² Zob. A. Jones, B. Sufirin, *EU Competition Law, Text, Cases and Materials*, 4th Ed., Oxford University Press 2011, s. 139. Co do zasady europejskie prawo konkurencji stosuje się jedynie wtedy, kiedy antykonkurencyjne skutki danej praktyki miały miejsce na terytorium UE. Więcej na temat doktryny skutków: P. Semeniuk, *Responsibility of States and International Organizations Under the European and the US Competition Law. OPEC – the Exemplary Case*. [w:] S. Zaręba (red.) *Responsibility in International Law*, University of Warsaw 2011.

3. Wywieranie rzeczywistego decydującego wpływu w orzecznictwie TSUE

W orzecznictwie TSUE w formalnym aspekcie koncepcji jednego organizmu gospodarczego kluczowe jest pojęcie decydującego wpływu (ang. *decisive influence*). Już w orzeczeniu w sprawie *ICI* z 1972 r.¹³ TSUE stwierdził, że jeżeli podmiot „jest w stanie wywierać decydujący wpływ na politykę innych podmiotów”, to ponosi on odpowiedzialność za naruszenie europejskich reguł konkurencji¹⁴. Przesłanka „decydującego wpływu” została też potwierdzona w późniejszych orzeczeniach TSUE¹⁵.

W orzecznictwie sądów europejskich rozróżnia się też **potencjalny** decydujący wpływ (*potential exercise of decisive influence*) lub możliwość (*possibility*) wywierania decydującego wpływu od **rzeczywistego** wywierania decydującego wpływu (*actual exercise of decisive influence*)¹⁶. Powyższe rozróżnienie jest krytykowane przez niektórych autorów (próbujących nawet powoływać się na nieliczne wyroki TSUE sugerujące, że wystarczający dla przypisania odpowiedzialności jest wpływ potencjalny¹⁷). W orzecznictwie jednak wymóg rzeczywistego decydującego wpływu (w odróżnieniu od wpływu „potencjal-

¹³ *ICI*, *op. cit.*

¹⁴ *ICI*, *op. cit.*, pkt 137.

¹⁵ Zob. np. wyrok ETS z 28.10.1983 r. w sprawie 107/82 *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken p. Komisji* („*AEG*”), pkt 80; wyrok ETS z 16.11.2000 r. w sprawie C-286/98 *P Mo och Domsjö p. Komisji* („*Stora*”), pkt 27, 28, 29, 80, 84; wyrok ETS z 10.09.2009 r. w sprawie C-97/08 *P, Akzo Nobel i inni p. Komisji* („*Akzo*”), pkt 60. Wyroki dostępne na: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r.

¹⁶ Zob. Van Bael & Bellis, *Competition Law...*, s. 1151; J. Faull, A. Nikpay (red.), *The EC Law...*, s. 996–997.

¹⁷ Zob. W. Wils powołujący się na wyrok w sprawie *Shell* (wyrok SPI z 10.03.1992 r. w sprawie T-11/89 *Shell International Chemical Company p. Komisji*, „*Shell*”, wyrok dostępny na: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r.), w którym SPI, w kontekście przypisania odpowiedzialności podmiotom należącym do *single economic unit*, wyjątkowo nie posłużył się zwrotem „wywieranie decydującego wpływu”, ale wydawał się opierać konkluzję o możliwości przypisania odpowiedzialności na fakcie, że spółka-matka odgrywała jedynie rolę „stymulującą” i „koordynującą” w odniesieniu do zachowań spółek-córek, które dopuściły się naruszenia (ang. *plays a stimulating and coordinating role*). Zob. *Shell*, pkt. 311; W. Wils, *The Undertaking as Subject of E.C. Competition Law and the Imputation of Infringements to Natural or Legal Persons*, E.L.R. 2000, vol. 25(2), s. 101–102

nego”) wydaje się być silnie ugruntowany¹⁸, co nie oznacza oczywiście, że nie może on podlegać krytyce¹⁹.

3.1. Decydujący wpływ a udział w naruszeniu prawa ochrony konkurencji UE

W doktrynie europejskiego prawa konkurencji słusznie podkreśla się różnicę pomiędzy przypisaniem odpowiedzialności na mocy koncepcji *single economic unit* a zwykłym uczestniczeniem w naruszeniu (ang. *direct involvement*)²⁰. Jeżeli bowiem uznać, że np. osobnymi stronami porozumienia naruszającego art. 101 TFUE jest zarówno spółka-matka, jak i spółka-córka, to ani spółce-matce, ani spółce-córce nie trzeba przypisywać odpowiedzialności – spółki te są po prostu **wspólnie** stronami naruszenia.

Bezpośrednie naruszenie (ang. *direct involvement*) może zostać, według autorów europejskich, udowodnione w dwojaki sposób²¹:

- po pierwsze, przez wykazanie, że personel danego podmiotu (najczęściej spółki-matki) bezpośrednio uczestniczył w podejmowaniu decyzji o dopuszczeniu się przez inny podmiot (najczęściej spółkę-córkę) zachowań naruszających przepisy antymonopolowe;
- po drugie, na mocy orzeczenia SPI w sprawie *Koninklijke*²², przez wykazanie, że personel danego podmiotu (najczęściej spółki-matki) wiedział o zachowaniach spółki-córki i „wyraził na nie zgodę”²³.

¹⁸ Np. *AEG*, *op. cit.*, pkt 50. Zob. też: inne sprawy, w których TSUE dokonał rozróżnienia na „decydujący” i „potencjalny” wpływ: wyrok ETS z 12.07.1979 r. w połączonych sprawach 32 i 36-82/78 *BMW Belgium p. Komisji* („BMW”), pkt 24; wyrok ETS z 6.04.1995 r. w sprawie C-310/93 P *BPB Industries i British Gypsum p. Komisji*, pkt 11; *AKZO* (*op. cit.*), pkt 44–45. Wyroki dostępne na: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r.

¹⁹ W. Wils krytykuje wymóg aktualnego wpływu ze względu na, po pierwsze, niespójność takiego wymogu z europejskimi przepisami o kontroli koncentracji (na gruncie tych art. 3 ust. 2 Rozporządzenia 139/2004 kontrola oznacza „możliwość wywierania decydującego wpływu”, a nie wywieranie tego wpływu) i, po drugie, ze względu na fakt, że rzeczywiste wywieranie decydującego wpływu może być z łatwością ukryte przez podmioty mające potencjalną możliwość wywierania takiego wpływu. Zob. W. Wils, *The Undertaking as Subject of E.C. Competition Law...*, s. 106–107.

²⁰ Zob. Bellamy & Child (red. V. Rose, D. Bailey), *European Union...*, s. 1328.

²¹ J. Faull, A. Nikpay (red.), *The EC Law...*, s. 995.

²² Zob. wyrok SPI z 14.05.1998 r. w sprawie T-309/94 *NV Koninklijke p. Komisji*. W powyższej sprawie Komisja wykazała, że członek zarządu spółki-matki (NV Koninklijke KNP BT) uczestniczył w zebraniach kartelu producentów papieru, którego stroną była spółka-córka (Badische Kartonfabrik). Zob. wyrok SPI z 14.05.1998 r. w sprawie T-309/94 *NV Koninklijke p. Komisji* („Koninklijke”), pkt 46–48. Wyrok dostępny na: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r.

²³ *Koninklijke*, *op. cit.*, pkt 48.

Pierwsza z powyższych postaci „bezpośredniego naruszenia” wydaje się oczywista. Warto jednak zauważyć, że skoro bezpośredni udział spółki-matki w naruszeniu nie wymaga „przypisania” odpowiedzialności i biorąc pod uwagę, że do „przypisania” wymagane jest wykazanie wywierania rzeczywistego decydującego wpływu, należy zauważyć, że taki „rzeczywisty” wpływ nie musi (a wręcz nie może) dotyczyć zachowań spółki-córki polegających na naruszeniu prawa konkurencji (w takiej sytuacji dojdzie po prostu do bezpośredniego naruszenia). Dla skutecznego wykazania wywierania przez spółkę-matkę rzeczywistego wpływu na zachowania spółki-córki wystarczy, zgodnie z europejskim orzecnictwem, wykazanie tego wpływu na „ogólne” postępowanie spółki-córki, niezwiązane z samym naruszeniem zarzucanym tej spółce²⁴.

Druga z powyższych postaci „bezpośredniego naruszenia”, polegająca na wiedzy o naruszeniu i „wyrażaniu zgody” na to naruszenie, jest nieco problematyczna. Łatwo bowiem zauważyć, że powyższe dwa przypadki *direct involvement* (bezpośrednie uczestnictwo i „godzenie się”) wydają się odnosić do dwóch postaci umyślności (winy umyślnej): zamiaru bezpośredniego (tzw. *dolus directus*), czyli do sytuacji, w których „sprawca chce popełnić czyn zabroniony”, oraz zamiaru ewentualnego lub wynikowego (tzw. *dolus eventualis*), czyli przypadków, w których sprawca niekoniecznie chce popełnić czyn zabroniony, ale przewiduje wysokie prawdopodobieństwo możliwości popełnienia takiego czynu i się na to godzi²⁵.

Istnieje jednak istotna różnica między orzeczeniem SPI w sprawie *Koninklijke* (zgodnie z którym wiedza spółki-matki o naruszeniu spółki-córki równa jest bezpośredniemu uczestniczeniu przez spółkę-matkę w tym naruszeniu) a konstrukcją zamiaru ewentualnego. W wypadku zamiaru ewentualnego sprawca, niekoniecznie chcąc popełnić dane przestępstwo, ma wiedzę, że jego własne zachowanie najpewniej doprowadzi do przestępstwa. W stanie faktycznym sprawy *Koninklijke* wiedza po stronie spółki-matki nie tyle dotyczyła faktu, że jej własne zachowanie narusza europejskie reguły konkurencji, co działań spółki-córki. Istota sprawy *Koninklijke* sprowadza się

²⁴ Jak słusznie podkreślają autorzy komentarza pod red. J. Faull’a i A. Nikpay’a. Zob. J. Faull, A. Nikpay (red.), *The EC Law...*, s. 1000.

²⁵ A. Zoll, *Komentarz do art. 9 kk* [w:] A. Zoll (red.) *Kk. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 109. Podobne stanowisko, zgodnie z którym z umyślnością mamy do czynienia w wypadku zamiaru bezpośredniego albo ewentualnego, wyrażane jest też w doktrynie polskiego prawa cywilnego. Zob. np. A. Olejniczak [w:] A. Kidyba (red.), *Kc., Komentarz*, Tom III, Warszawa 2010, s. 361; K. Pietrzykowski (red.), *Kc. Komentarz. Tom 1*, C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 1555–1556. W wypadku zamiaru wynikowego sprawca niejako posiada wiedzę, że jego zachowanie najpewniej doprowadzi do naruszenia prawa.

zatem do uznania, że występująca po stronie spółki-matki wiedza o naruszeniu przez spółkę-córkę prawa konkurencji prowadzi do bezpośredniego naruszenia po stronie spółki-matki jedynie w połączeniu z brakiem zapobieżenia takiemu naruszeniu. Jak jednak dowieść fakt, że spółka-matka mogła zapobiec naruszeniu po stronie spółki-córki? Paradoksalnie, w tym celu należy właśnie wykazać fakt wywierania przez spółkę-matkę wpływu na zachowania spółki-córki. W takim jednak wypadku (wiedzy o naruszeniu) wydaje się, że wystarczający jest nie tyle rzeczywisty wpływ, co jedynie potencjalny. Wymaganie rzeczywistego (a nie potencjalnego) wpływu dla *direct involvement*, polegającego na wiedzy po stronie spółki-matki o naruszeniu po stronie spółki-córki, nie miałoby większego sensu, skoro wykazanie wywierania rzeczywistego decydującego wpływu wystarcza w orzecznictwie TSUE do „zwykłego” przypisania odpowiedzialności.

3.2. Czynniki pozwalające wykazać wywieranie rzeczywistego decydującego wpływu

Jak jednak dowieść, że dany podmiot wywiera rzeczywisty decydujący wpływ na działalność drugiego podmiotu, tak że oba te podmioty stanowią jeden organizm gospodarczy, odpowiadający w sposób solidarny za naruszenie europejskiego prawa konkurencji? W doktrynie tegoż prawa wymieniane są liczne czynniki, których obecność w poszczególnych sprawach pozwoliła TSUE na dopatrzenie się „rzeczywistego wywierania decydującego wpływu”²⁶. Do powyższych czynników należą:

- posiadanie przez jeden podmiot określonego udziału kapitałowego w drugim podmiocie;
- określona treść umowy spółki/statutu, dająca jednemu podmiotowi prawo do wywierania wpływu na działalność drugiego podmiotu²⁷;
- zasiadanie tych samych osób w ciałach zarządzających obu podmiotów²⁸ (w takiej sytuacji Komisja Europejska uznaje też często, że spółka-matka wiedziała po prostu o naruszeniu)²⁹;

²⁶ Zob. J. Faull, A. Nikpay (red.), *The EC Law...*, s. 997–1002; zob. też: Van Bael & Bellis, *Competition Law...*, s. 1153–1155.

²⁷ Zob. wyrok SPI z 27.09.2006 r. w sprawie T-314/01, *Coöperatieve Verkoopen Productievereniging van Aardappelmeel en Derivaten Avebe p. Komisji („Avebe”)*, pkt 137, wyrok dostępny na: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r.

²⁸ Zob. np. *Stora*, *op. cit.*, pkt 80.

²⁹ Tak: decyzja Komisji Europejskiej z 27.11.1981 r. w sprawie IV/30.188 *Moet et Chandon*, pkt 20. Decyzja dostępna na: <http://ec.europa.eu/competition/>, dostęp: 25.08.2015 r. W sprawie tej Komisja uznała, że skoro członkowie zarządu spółki-matki (Moet-Hennessy) zasiadali jednocześnie w zarządzie spółki-córki (Moet et Chandon), obie spółki

- aktywność danego podmiotu (co do zasady spółki-matki) na tych samych lub pokrewnych rynkach co inny podmiot (co do zasady spółka-córka)³⁰;
- obecność instrukcji ze strony jednego pracowników podmiotu w stosunku do personelu drugiego podmiotu³¹ (warto zauważyć, że chodzi o instrukcje świadczące o braku autonomii „jako takiej” podmiotu, do którego kierowane są takie instrukcje, a nie o instrukcje dotyczące bezpośrednio zachowania naruszającego prawo konkurencji – w tej drugiej sytuacji dojdzie do bezpośredniego naruszenia prawa konkurencji³²);
- fakt, że w postępowaniu przed Komisją podmiot, któremu „przypisywana” jest odpowiedzialność (najczęściej spółka-matka), występował jako „wyłączny interlokutor” (ang. *sole interlocutor*)³³.

Warto zauważyć, że niektóre z powyższych czynników są czynnikami strukturalnymi, niewiele (albo w ogóle nie) różniącymi się od czynników pozwalających *ex ante* dowieść istnienia relacji „kontroli” na podstawie polskich i europejskich przepisów o kontroli koncentracji³⁴. Takimi strukturalnymi czynnikami są w szczególności: posiadanie określonego udziału kapitałowego oraz treść umowy spółki. Z drugiej strony, niektóre z powyższych czynników wydają się typowo behawioralne, a więc z definicji niemożliwe do wykazania podczas antymonopolowej oceny *ex ante*. Takimi behawioralnymi czynnikami są np. obecność instrukcji oraz test „wyłącznego interlokutora”.

Część czynników można wreszcie określić jako czynniki mieszane, strukturalno-behawioralne. Udowodnienie istnienia takich mieszanych czynników jest możliwe wskutek obserwacji zachowania danych podmiotów *ex post*, ale również często na podstawie samej tylko analizy stosunków kapitałowo-umownych, panujących pomiędzy dwoma podmiotami. Takimi mieszanymi czynnikami są przykładowo aktywność podmiotów na tych samych rynkach oraz tożsamość osób zasiadających w organach zarządzających obu spółek.

umyślnie (ang. *intentionally*) naruszyły europejskie przepisy o ochronie konkurencji. Decyzja dostępna na: <http://ec.europa.eu/competition/>, dostęp: 25.08.2015 r.

³⁰ Okoliczność istnienia pomiędzy spółką-matką a spółką-córką relacji dostawca – odbiorca była przytaczana przez Rzecznika Generalnego Mischó jako czynnik świadczący o wywieraniu decydującego wpływu w sprawie *Stora*. Zob. opinia Rzecznika Generalnego Mischó przedstawiona 18.05.2000 r. w sprawie *Stora*. Opinia dostępna na: www.curia.europa.eu.

³¹ Na powyższy czynnik zwrócił np. uwagę SPI w sprawie *Shell* (*op. cit.*, pkt 312).

³² Zob. podrozdział V.3.1.

³³ J. Faull, A. Nikpay (red.), *The EC Law...*, s. 1000–1001. Zob. też: Van Bael & Bellis, *Competition Law...*, s. 1154; *AEG*, *op. cit.*, pkt 49; *Stora*, *op. cit.*, pkt 29; wyrok ETS z 18.10.1989 r. w sprawie 374/87 *Orkem p. Komisji*, pkt 6, wyrok dostępny na: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r.

³⁴ Zob. rozdział III.

3.3. Domniemanie wywierania rzeczywistego wpływu w orzecznictwie TSUE

3.3.1. Uwagi ogólne

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem TSUE, posiadanie udziału kapitałowego w wysokości 100% (lub „prawie 100%”³⁵) jest nie tylko jednym z czynników pozwalających udowodnić rzeczywiste wywieranie decydującego wpływu, ale również wprowadza domniemanie tego wpływu³⁶. Chociaż domniemanie takie pojawiało się w praktyce decyzyjnej Komisji od dawna i dało się wyczytać pomiędzy wierszami orzeczenia TSUE w sprawie *AEG* w roku 1983 (jeszcze bez użycia przez TSUE słowa „domniemanie”)³⁷, domniemanie to zostało jednak po raz pierwszy jednoznacznie potwierdzone w wyroku TSUE w sprawie *Stora*³⁸ z 2000 r. Od tego czasu owe domniemanie było regularnie cytowane w późniejszych orzeczeniach TSUE³⁹, w tym przede wszystkim w głośnej sprawie *Akzo Nobel* z 2009 r., dotyczącej spółki-matki stojącej na czele chemicznej grupy Akzo Nobel, której członkowie uczestniczyli w kartelu na rynku produkcji chlorku choliny (ang. *choline chloride*)⁴⁰.

W decyzjach Komisji Europejskiej, w których Komisja powołuje się na domniemanie wywierania rzeczywistego wpływu w celu „przypisania” odpowiedzialności spółce-matce, Komisji zdarza się również przytaczać inne czynniki świadczące o „rzeczywistym wywieraniu decydującego wpływu”⁴¹. W świetle orzecznictwa takie przytaczanie dodatkowych czynników nie jest

³⁵ W oryginale „nearly 100% ownership” (zob. J. Faull, A. Nikpay (red.), *The EC Law...*, s. 998, przypisy 368 i 369).

³⁶ J. Faull, A. Nikpay (red.), *The EC Law...*, s. 997; Van Bael & Bellis, *Competition Law...*, s. 1154.

³⁷ *AEG*, *op. cit.*, pkt 50.

³⁸ *Stora*, *op. cit.*, pkt 29. Zob. też: J. Joshua, Y. Botteman, L. Atlee, „*You Can't Beat the Percentage*” – *The Parental Liability Presumption in EU Cartel Enforcement*, GCR, *The European Antitrust Review* 2012, s. 3.

³⁹ Zob. np. wyrok SPI z 15.10.2005 r. w sprawie T-325/01 *DaimlerChrysler p. Komisji*, pkt 184, wyrok dostępny na: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r.; Shell, *op. cit.*, pkt 67; *Avebe*, *op. cit.*, pkt 136.

⁴⁰ Zob. *AKZO*, *op. cit.* Więcej o sprawie *Akzo*, zob. np. A. Jones, B. Sufrin, *EU Competition Law...*, s. 137–138. Prawie do identycznych konkluzji, jak w orzeczeniu w sprawie *Akzo*, TSUE doszedł w orzeczeniu w sprawie *Química* (wyrok TSUE z 20.01.2011 r. w sprawie C-90/09 P *General Química i inni p. Komisji*, wyrok dostępny na: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r.). Więcej o sprawie *Química* w kontekście przypisania odpowiedzialności – zob. M. Olaerts, C. Cauffman, *Química: Further Developing the Rules on Parent Company Liability*, E.C.L.R. 2011, vol. 32(9).

⁴¹ Np. w sprawie *Stora* Komisja podkreślała dodatkowo przed TSUE okoliczność, że spółka-matka występowała jako „wyłączny interlokutor” (*Stora*, *op. cit.*, pkt 85).

jednak konieczne, jako że samo domniemanie wywierania rzeczywistego wpływu wystarcza do przypisania odpowiedzialności⁴².

Domniemanie wywierania rzeczywistego wpływu jest w teorii możliwe do obalenia przez podmioty, którym Komisja usiłuje przypisać odpowiedzialność, jednak w praktyce obalenie takie jest niezmiernie trudne⁴³. Przykładowo, w różnych sprawach dla obalenia powyższego domniemania nie wystarczyło wykazanie przez ukarane podmioty następujących okoliczności:

- spółka-córka sama określa swoją politykę cenową i politykę dystrybucji⁴⁴;
- spółka-matka nie posiada informacji o dokumentach określających strategię rozwoju spółki córki⁴⁵;
- spółka-córka odrzucała sugestie ze strony spółki-matki o osiągnięciu bliższej gospodarczej koordynacji w ramach grupy kapitałowej⁴⁶;
- spółka-matka jest holdingiem finansowym nieprowadzącym żadnej handlowej lub przemysłowej działalności⁴⁷.

W związku z praktycznymi trudnościami w obaleniu domniemania wywierania rzeczywistego wpływu większość autorów posuwa się do twierdzenia, że domniemanie to jest „automatyczne”⁴⁸, możliwe do obalenia jedynie „rzekomo” (ang. *apparently*), i tak naprawdę wprowadza do europejskiego prawa konkurencji „ukrytą odpowiedzialność obiektywną” (ang. *strict lia-*

⁴² Tak: J. Faull, A. Nikpay (red.), *The EC Law...*, s. 998; Van Bael & Bellis, *Competition Law...*, s. 1155; opinia Rzecznika Generalnego Mischo w sprawie *Stora*, *op. cit.*, pkt 49.

⁴³ Zob. np. Bellamy & Child (red. V. Rose, D. Bailey), *European Union...*, s. 1328–1329; A. Riesenkampff, U. Krauthausen, *Liability of Parent Companies for Antitrust Violations of Their Subsidiaries*, *European Competition Law Review* 2010, vol. 31(1), s. 41.

⁴⁴ Zob. np. wyrok Sądu z 16.06.2011 r. w sprawie T-197/06, *FMC Corp p. Komisji* („*FMC Corp*”), pkt 105. Wyrok dostępny na: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r.

⁴⁵ Zob. wyrok TSUE z 8.05.2013 r. w sprawie C-508/11 P *Eni p. Komisji*, pkt 66. Wyrok dostępny na: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r.

⁴⁶ Np. w sprawie *Parker* (T-146/09). W sprawie tej spółka-matka (Parker-Hannifin) podnosiła, że prezes zarządu spółki-córki (pan P.) „systematycznie odmawiał stosowania się z instrukcjami dotyczącymi polityki handlowej ze strony spółki Parker-Hannifin” (pkt 185). Sąd zauważył, że argumentacja spółki Parker-Hannifin była sprzeczna: z jednej strony spółka ta podnosiła, że nie wywierała wpływu na swoją spółkę-córkę, a z drugiej strony nie przestawała się „wtrącać” w sprawy zarządzania spółką-córką, i jedynie „machinacje” pana P. w tym jej zapobiegły (pkt 187, w oryginale: „Only on account of Mr. P’s machinations that it did not succeed in doing so”). Zob. też. B. Leupold, *Effective Enforcement of EU Competition Law Gone Too Far? Recent Case Law on the Presumption of Parental Liability*, *E.C.L.R.* 2013, vol. 34(11), s. 571–572.

⁴⁷ Zob. Van Bael & Bellis, *Competition Law...*, s. 1155, przypis 981; zob. wyrok SPI z 8.10.2008 r. w sprawie T-69/04 *Schunk i Schunk Kohlenstoff-Technik p. Komisji*, pkt 59–71, wyrok dostępny na: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r.

⁴⁸ J. Joshua, Y. Botteman, L. Atlee, *You Can’t Beat the Percentage...*, s. 3.

bility)⁴⁹. Autorzy ci wskazują na cytaty z orzeczeń TSUE, które rzeczywiście trudno interpretować jako zostawiające jakiegokolwiek pole manewru na obalenie omawianego domniemania⁵⁰. Przykładowo, w wyroku w sprawie *Legris* TSUE uznał, że fakt, iż „spółka-matka jest notowana na giełdzie, czyni wysoce nieprawdopodobnym to, że nie jest ona zainteresowana w działalności podmiotów, których jest w 100% właścicielem”⁵¹, a zatem wszelkie argumenty skarżących usiłujące obalić domniemanie wywierania rzeczywistego wpływu nie są wystarczające. Abstrahując od odwołania się przez TSUE w powyższym orzeczeniu do specyfiki sytuacji giełdowej, pogląd wyrażony przez TSUE sprowadza się właściwie do następującego tautologicznego sylogizmu:

- jeżeli podmiot A jest w 100% właścicielem podmiotu B, to podmiot A (a nie Komisja) musi wykazać, że nie wywiera „rzeczywistego decydującego wpływu” na działalność podmiotu B (domniemanie);
- rzeczywistego wpływu nie da się zanegować, jeżeli podmiot A posiada w podmiocie B 100% udziałów;
- a zatem podmiot A wywiera „rzeczywisty decydujący wpływ na działalność podmiotu B”.

Podsumowując, wydaje się, że domniemanie wywierania rzeczywistego wpływu jest, przynajmniej na razie, praktycznie niemożliwe do obalenia w praktyce decyzyjnej Komisji⁵², w związku z czym część autorów, w tym

⁴⁹ Zob. L. La Rocca, *The Controversial Issue of the Parent Company Liability for the Violation of EC Competition Rules by the Subsidiary*, *European Competition Law Review* 2011, vol. 32(2), s. 73; zob. też: J. Joshua, Y. Botteman, L. Atlee, *You Can't Beat the Percentage...*, s. 7 (autorzy mówią o wprowadzeniu obiektywnej odpowiedzialności „tylnymi drzwiami”).

⁵⁰ Podobne zdanie wśród autorów polskich zdaje się wyrażać B. Turno. Zob. B. Turno, *Leniency. Program łagodzenia kar...*, *op. cit.*, rozdział 2, pkt 3.1.2 („Wystarczy zatem generalnie, że Komisja udowodni, że spółka jest w pełni zależna «przez posiadanie przez spółkę-matkę 100% udziałów lub akcji», aby znalazło zastosowanie wyżej wymienione domniemanie, że – w czasie naruszenia – spółka-matka była zdolna do wywierania decydującego wpływu na spółkę-córkę oraz że w rzeczywistości to czyniła”).

⁵¹ Zob. wyrok Sądu z 24.03.2011 r. w sprawie T-376/06 *Legris Industries p. Komisji*, pkt 54. Wyrok dostępny na www.curia.europa.eu (wyrok dostępny jedynie w języku francuskim, na dzień 28.01.2014 r.). Zob. też: B. Leupold, *Effective Enforcement...*, s. 577–578.

⁵² W dorobku orzecznictwa TSUE istnieje jeden wyrok, który może ewentualnie stanowić wyjątek od dyskutowanego domniemania wywierania rzeczywistego wpływu. Chodzi o orzeczenie TSUE w sprawie *BMW* z 1979 r. (*op. cit.*, połączone sprawy 32 i 36-82/78). W powyższym orzeczeniu TSUE uznał, że spółka-matka (BMW Munich) nie odpowiada za określoną praktykę spółki-córki (BMW Belgium, będącej w 100% własnością BMW Munich), jeżeli spółka-matka wyraźnie instruowała spółkę-córkę, żeby ta nie dopuszczała się tej konkretnej praktyki.

M. Król-Bogomilska, wydaje się postulować porzucenie w orzecznictwie analizowanego domniemania⁵³.

3.3.2. Obowiązek podania przyczyn

Ostatnimi czasy opisywane wyżej domniemanie wywierania rzeczywistego wpływu⁵⁴, uległo pewnemu proceduralnemu osłabieniu. W kilku głośnych sprawach dotyczących tzw. obowiązku podania przyczyn (ang. *duty to state reasons*) TSUE i Sąd opowiedziały się po stronie skarżących, na których Komisja nałożyła karę na podstawie domniemania wywierania rzeczywistego wpływu. Przykładowo w sprawie *Elf Aquitaine* TSUE uchylił w 2011 r. decyzję Komisji Europejskiej stwierdzając, że Komisja nie wyjaśniła skarżącym, w sposób dostateczny dlaczego ich argumenty nie wystarczyły, w oczach Komisji, do obalenia wywierania rzeczywistego wpływu⁵⁵. Do podobnych wniosków doszedł Sąd w orzeczeniach w sprawach *L’Air Liquide*⁵⁶ i *Edison*⁵⁷ z tego samego roku.

W powyższej sprawie chodziło o instrukcję wysłaną przez BMW Munich do BMW Belgium, która wyraźnie zabraniała spółce-córce „podejmowania jakichkolwiek kroków wobec belgijskich dealerów BMW tylko dlatego, że reeksportują oni samochody” (w oryginale instrukcja brzmiała następująco: „No steps may be taken against the Belgian dealers simply because they have re-exported cars”). BMW Belgium (spółka-córka) zlekceważyła jednak instrukcję i wypowiedziała umowy dealerskie, co, jak stwierdził TSUE, naruszało europejskie reguły konkurencji (zob. *BMW*, pkt 23–25). Za tą konkretną praktykę spółka-matka nie poniosła odpowiedzialności. Być może zatem, jeżeli spółka-matka jest w stanie wykazać, że spółka-córka zignorowała jej instrukcję zakazującą wyraźnie zidentyfikowanej przez spółkę-matkę praktyki, powyższa okoliczność, ma mocy orzeczenia *BMW*, wystarczyłaby do obalenia domniemania wywierania rzeczywistego wpływu.

⁵³ Zob. M. Król-Bogomilska, *Zwalczanie karteli w prawie antymonopolowym i karnym*, SCHOLAR, Warszawa 2013, s. 136–137. Autorka cytuje prace z piśmiennictwa europejskiego (m.in. cytowany wyżej artykuł L. La Rocci) i podziela zawartą tam krytykę domniemania wywierania rzeczywistego wpływu. Autorka uważa jednak, że krytycy tego domniemania „zatrzymują się w pół drogi” (bo skoro „dostrzegają trudności w obaleniu domniemania” to „dlaczego w ogóle [akceptują] stosowanie takiego domniemania [?]”). Autorka dalej uważa, że „opieranie odpowiedzialności podmiotu dominującego za działania podmiotu zależnego na ogólnym stwierdzeniu kontroli (...) jest niewystarczające”, a „uwaga powinna być skupiona przede wszystkim na ustaleniu, na czym polegał udział podmiotu dominującego w naruszeniu”.

⁵⁴ Zob. podrozdział VI.3.3.

⁵⁵ Wyrok TSUE z 29.09.2011 r. w sprawie C-521/09 P, *Elf Aquitaine p. Komisji* („*Elf*”), pkt 153. Wyrok dostępny na: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r.

⁵⁶ Wyrok Sądu z 16.06.2011 r. w sprawie T-185/06 *L’Air liquide, société anonyme pour l’étude et l’exploitation des procédés Georges Claude p. Komisji* („*L’Air liquid*”).

⁵⁷ Wyrok Sądu z 16.06.2011 r. w sprawie T-196/06 *Edison p. Komisji* („*Edison*”). Wyrok dostępny na: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r.

W doktrynie podkreśla się jednak, że wnioski o osłabieniu materialno-prawnej siły domniemania wywierania rzeczywistego wpływu są „przedwczesne” (ang. *premature*)⁵⁸. Znamienny jest fakt, że tego samego dnia, kiedy Sąd wydał wyroki w sprawach *L’Air Liquide* i *Edison*, ogłoszony został wyrok w sprawie *FMC Corp*⁵⁹, również dotyczący domniemania wywierania rzeczywistego wpływu. W powyższym wyroku, pomimo tego, że skarżący podali osiem różnych argumentów uzasadniających obalenie domniemania wywierania rzeczywistego wpływu, Komisja odniosła się do sześciu z tych argumentów w ogólny sposób, a dwa argumenty całkowicie pominęła. Sąd uznał jednak, że w tej akurat sprawie Komisja wypełniła swój obowiązek „podania przyczyn” – skarżący ponieśli zatem porażkę. W opinii autorów europejskich orzeczenia TSUE w sprawie *Elf Aquitaine* oraz Sądu w sprawach *L’Air Liquide* i *Edison* nie wpływają w żaden sposób na materialno-prawną treść domniemania wywierania rzeczywistego wpływu, a jedynie temperują nieco arogancję Komisji i nakładają na nią techniczny obowiązek odniesienia się w jakikolwiek sposób do argumentów skarżących – co nie znaczy, że odniesienie to musi być szczególnie rzeczowe, a przytaczane przez skarżących argumenty mają jakąkolwiek szansę powodzenia⁶⁰.

3.4. Rzeczywiste wywieranie decydującego wpływu poza kontekstami domniemania wywierania rzeczywistego wpływu: wspólny przedsiębiorca

3.4.1. Uwagi ogólne

O wiele bardziej problematyczne wydaje się przypisanie odpowiedzialności, gdy podmiot rzekomo wywierający „rzeczywisty decydujący wpływ” nie jest w stu, lub blisko stu procentach właścicielem podmiotu, na który ten wpływ jest wywierany. Takie sytuacje są określane co do zasady jako sprawy z zakresu wspólnego przedsiębiorcy (*joint venture*).

Dobrym przykładem różnicy pomiędzy sprawami odpowiedzialności „rodziców” wspólnego przedsiębiorcy a sprawami z zakresu domniemania wywierania rzeczywistego wpływu, jest niedawny wyrok Sądu w sprawie *FLS Plast* z 2012 r.⁶¹ W powyższej sprawie duńska spółka *FLS Plast* posiadała 60% udziałów w spółce *Trioplast Wittenheim*, której Komisja zarzuciła

⁵⁸ B. Leupold, *Effective Enforcement...*, s. 580.

⁵⁹ *FMC Corp.*, *op. cit.*

⁶⁰ B. Leupold, *Effective Enforcement...*, s. 581–582.

⁶¹ Wyrok Sądu z 6.03.2012 r. w sprawie T-64/06 *FLS Plast p. Komisji* („*FLS Plast*”). Podtrzymany wyrokiem TSUE z 19.06.2014 r. w sprawie C-243/12 P. Oba wyroki dostępne na: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r.

udział w kartelu na rynku plastikowych toreb przemysłowych. *FLS Plast* delegowała do Trioplast Wittenheim pana H. jako członka zarządu – pan H. zasiadał jednocześnie w zarządzie *FLS Plast*. Komisja nałożyła karę na *FLS Plast*. Sąd uchylił jednak decyzję Komisji, w zakresie w jakim ta przypisała spółce *FLS Plast* odpowiedzialność za działania Trioplast Wittenheim w latach 1990–1991⁶², i uznał, że nie wykazała ona, iż pan H. „wiedział lub powinien wiedzieć”⁶³ o tym, że Trioplast Wittenheim była stroną antykonkurencyjnego porozumienia oraz, że pan H. był władny do narzucenia swojej woli zarządowi Trioplast Wittenheim⁶⁴ (Sąd przyznał jednocześnie, że „codzienne zarządzanie” spółką Trioplast Wittenheim należało do obowiązków pana H⁶⁵).

Na gruncie orzeczenia Sądu w sprawie *FLS Plast* widać dość wyraźnie, że samo posiadanie udziałów lub akcji (nawet jeżeli jest to większościowy pakiet, ale nie pakiet równy stu lub prawie stu procentom) nie wystarcza do przypisania odpowiedzialności za naruszenie europejskiego prawa antymonopolowego. Powyższe nie oznacza oczywiście, że w praktyce decyzyjnej Komisji Europejskiej oraz w praktyce orzeczniczej Sądu i TSUE nie można spotkać się ze sprawami, w których odpowiedzialność została „przypisana” podmiotowi nieposiadającemu większościowego udziału. Jest zgoła odmiennie. Duża część autorów podnosi, że TSUE zbyt ekspansywnie przypisuje odpowiedzialność w kontekstach *joint ventures*⁶⁶, a w niektórych sprawach TSUE w sposób niejasny wydaje się nawet powoływać na domniemanie wywierania rzeczywistego wpływu dla przypisania odpowiedzialności „rodzicom” *joint ventures* (np. takich *joint ventures*, w których każdy z „rodziców” posiada 50% udziałów)⁶⁷.

⁶² W latach 1992–1998 *FLS Plast* był właścicielem 100 procent udziałów w Trioplast Wittenheim i za ten okres Sąd (a potem TSUE) potrzymali decyzję Komisji przypisującej spółce-matce odpowiedzialność za działania spółki-córki.

⁶³ *Ibidem*, pkt 44.

⁶⁴ *Ibidem*, pkt 43.

⁶⁵ *Ibidem*, pkt 45.

⁶⁶ R. Polley, *Parental Liability in Joint Venture Cases*, 19th St.Gallen International Competition Law Forum ICF, June 7th and 8th 2012, praca dostępna pod adresem <http://ssrn.com/abstract=2214847>, dostęp: 25.08.2015 r.; zob. też: J.K. de Pree, S.C.H. Molin, *Shareholder Liability for Joint Venture Infringements in the European Union*, Fordham Int'l L. J. 2011, vol. 34(3).

⁶⁷ R. Polley, *Parental Liability...*, s. 6. Autorka odwołuje się do sprawy *Avebe*, należy jednak zauważyć, że w tej sprawie Sąd dość jasno wydaje się mówić, że domniemanie wywierania rzeczywistego wpływu nie stosowało się właśnie do okoliczności danej sprawy, a przypisanie odpowiedzialności „rodzicom” *joint venture*, z których każdy posiadał 50%, nastąpiło dzięki wykazaniu przez Komisję dodatkowych „okoliczności faktycznych” (ang. *factual evidence*), zob. *Avebe*, *op. cit.*, pkt 135–139.

3.4.2. Analiza spraw dotyczących wspólnych przedsiębiorców

Abstrahując od zarzutu zbytnej ekspansywności TSUE, należy zauważyć, że w większości spraw dotyczących odpowiedzialności „rodziców” *joint venture* sądy UE zdają się wymagać od Komisji, poza zwykłym wykazaniem określonej struktury kapitałowej, dodatkowych okoliczności, najczęściej okoliczności behawioralnych⁶⁸. Sprawami przytaczanymi w doktrynie europejskiego prawa konkurencji, mającymi wykazać ekspansywne przypisywanie odpowiedzialności przez Komisję i sądy UE w kontekście *joint ventures*⁶⁹, są przede wszystkim sprawy: *Alliance*⁷⁰ (dotycząca kartelu na hiszpańskim rynku tytoniu), *Avebe* (kartel w sektorze chemicznym)⁷¹, *Fuji* (kartel w sektorze oprogramowania)⁷² oraz *Dow II*⁷³ (kartel na rynku kauczuku syntetycznego).

W sprawie *Avebe*, w której posiadającymi po 50% udziałów „rodzicami” spółki Glucona (uczestniczącej w kartelu na rynku produkcji glikonianu sodu) były spółki Akzo i Avebe, zebrany materiał dowodowy wykazał, że Akzo, poprzez swojego członka zarządu (będącego jednocześnie dyrektorem zarządzającym spółki Glucona), aktywnie uczestniczyła w kartelu⁷⁴, a Avebe była „w pełni świadoma kartelu”, regularnie prosząc Akzo o briefingi dotyczące jego [kartelu] działalności⁷⁵.

Podobna sytuacja miała miejsce w sprawie *Fuji* – udział kartelu na rynku komputerowych systemów informacji geograficznej (tzw. GIS, ang. *Geographic Information System*) został zarzucony japońskiej spółce JAEPS (*Japan AE Power Systems Corporation*), w której spółka Hitachi była właścicielem 50% udziałów, a spółka Fuji 30% udziałów. Komisja Europejska nałożyła kary zarówno na Hitachi, jak i na Fuji⁷⁶. Kary te zostały następnie pod-

⁶⁸ Zob. sprawa *FLS Plast* opisana w podrozdziale VI.3.4.

⁶⁹ R. Polley, *Parental Liability...*, s. 22; zob. też: J.K. de Pree, S.C.H. Molin, *Shareholder Liability...*

⁷⁰ Wyrok Sądu z 27.10.2010 r. w sprawie T-24/05 *Alliance One International i inni p. Komisji* („*Alliance*”), apelacja oddalona wyrokiem TSUE z 19.07.2012 r. w sprawie C-628/10. Wyroki dostępne na: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r.

⁷¹ *Avebe*, T-314/01, *op. cit.*

⁷² Wyrok Sądu z 12.07.2011 r. w sprawie T-132/07 *Fuji Electric p. Komisji* („*Fuji*”). Wyrok dostępny na: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r.

⁷³ Wyrok Sądu z 02.02.2012 r. w sprawie T-77/08 *Dow Chemicals p. Komisji* („*Dow II*”), apelacja oddalona wyrokiem TSUE z 23.09.2013 r., w sprawie C-179/12 P. Wyroki dostępne na: www.curia.europa.eu

⁷⁴ *Avebe*, *op. cit.*, pkt 33.

⁷⁵ *Ibidem*, pkt 37.

⁷⁶ Warto więc zauważyć, że na gruncie sprawy *Fuji* odpowiedzialność może być przypisana „rodzicowi” *joint venture*, który posiada jedynie 30% udziałów we wspólnym przedsiębiorcy. Tak też: A. Jones, A. Jones, *The Boundaries of an Undertaking in EU Competition Law*, ECJ 2012, vol. 8(2), s. 312.

trzymane przez Sąd rozpatrujący sprawę ze skargi Fuji. Dokładna analiza materiału dowodowego powyższej sprawy pokazuje jednak, że w spotkaniach kartelu w imieniu spółki JAEPS uczestniczyły osoby piastujące wysokie (ang. *senior*) stanowiska w spółkach Hitachi oraz Fuji, a wiele osób zajmujących kierownicze stanowiska w spółce JAEPS piastowało wysokie stanowiska w spółkach Hitachi i Fuji⁷⁷.

W sprawie *Alliance* strona kartelu (spółka WWTE) była w 70% kontrolowana przez spółkę TCLT, która z kolei była w 100% własnością spółki SCTC, a ta była w 100% własnością spółki SCC. Wszystkie trzy spółki stojące w „drabinie kapitałowej” wyżej niż spółka WWTE Komisja określiła jako „grupę Standard”. Komisja uznała, że spółka WWTE (uczestnik kartelu) była wspólnie kontrolowana przez dwa podmioty: spółkę SCC (stojącą na szczycie grupy Standard) oraz prezesa WWTE i dwóch członków jego rodziny⁷⁸. Komisja nałożyła solidarną karę na WWTE, SCC, SCTC oraz TCLT⁷⁹. Materiał dowodowy zebrany przez Komisję pokazuje, że przedstawiciele spółek grupy Standard, poza zasiadaniem w zarządzie spółki WWTE (uczestnika kartelu), wiedzieli również o istnieniu niedozwolonego porozumienia, którego stroną była WWTE⁸⁰. Szczególnie informacje o kartelu posiadał niewątpliwie pan V., jeden z czterech członków zarządu spółki WWTE⁸¹, który pełnił jednocześnie wysoką funkcję w grupie Standard (był on „wiceprezydentem” i regionalnym menedżerem na Europę spółki SCC, stojącej na szczycie grupy Standard⁸²).

W sprawie *Dow* spółki Dow i Du Pont posiadały po 50% udziałów w spółce DDE (*DuPont Dow Elastomers*), będącej uczestnikiem kartelu na rynku kauczuku syntetycznego. Komisja nałożyła na Dow i Du Pont solidarną karę pieniężną⁸³ uznając, że obie spółki wywierały decydujący wpływ na działalność DDE. Na taką decyzję spółka Dow wniosła skargę do TSUE. W odróżnieniu jednak od spraw *Avebe*, *Fuji* i *Alliance*, w stanie faktycznym sprawy *Dow* rzeczywiście trudno doszukiwać się mocnych dowodów na uczestnictwo spółek Du Pont i Dow w kartelu, a nawet na wiedzę tych spółek (ich personelu) o kartelu. Wręcz przeciwnie, Sąd jednoznacznie podkreślił, że odpowiedzialność spółki Dow wynika z faktu, że spółka ta wywierała rzeczywisty decydujący wpływ (ang. *in fact exercise decisive*

⁷⁷ *Fuji*, *op. cit.*, pkt 177.

⁷⁸ R. Polley, *Parental Liability...*, s. 10.

⁷⁹ *Alliance*, *op. cit.*, pkt 22.

⁸⁰ *Ibidem*, pkt 190.

⁸¹ *Ibidem*, pkt 180.

⁸² *Ibidem*, pkt 178.

⁸³ *Dow II*, *op. cit.*, pkt 19.

influence) na spółkę DDE, a nie z ewentualnej świadomości o kartelu po stronie spółki Dow⁸⁴. Co jednak stanowiło dla Komisji dowód na wywieranie decydującego wpływu? Komisja zwróciła uwagę przede wszystkim na treść umowy o zarządzanie wspólnym przedsiębiorcą (LLC Agreement), zawartej pomiędzy spółkami Dow i Du Pont. Na podstawie tej umowy spółki Dow i Du Pont, dzięki specjalnemu komitetowi przedstawicieli, miały m.in. prawo do odwołania w każdym momencie i bez podania przyczyn członków zarządu DDE, obowiązek zatwierdzania strategicznych biznesowych planów spółki DDE oraz musiały wyrazić zgodę na wydatki ponoszone przez spółkę DDE powyżej określonych kwot⁸⁵. Poza tym zebrany materiał dowodowy wykazał, że wspomniana umowa pomiędzy „rodzicami” *joint venture* była wykonywana w praktyce⁸⁶. Dow i Du Pont – zakładając nawet, że nie wiedziały o kartelu, w którym uczestniczyła spółka DDE – miały wpływ na decyzje biznesowe spółki DDE powiązane z operacjami kartelu. Dobrym przykładem takiej decyzji, wskazanym zresztą przez Sąd, była decyzja o zamknięciu, znajdującej się w Wielkiej Brytanii, fabryki należącej do spółki DDE. Decyzja motywowana była ustaleniami dokonanymi w obrębie kartelu, w którym uczestniczyła spółka DDE (kartele polegają na podnoszeniu cen, to z kolei wiąże się z ograniczaniem podaży i zamykaniem fabryk). Z kolei na podstawie umowy pomiędzy spółkami Dow i Du Pont – „rodzicami” *joint venture* – na decyzję tę musiał wyrazić zgodę komitet składający się z przedstawicieli tych dwóch spółek.

Po dokładnej analizie spraw z zakresu przypisania odpowiedzialności „rodzicom” *joint ventures* okazuje się zatem, że „rodzice” ci tak naprawdę nie tyle wywierali (rzeczywisty) wpływ na działalność wspólnego przedsiębiorcy, co sami bezpośrednio uczestniczyli w naruszeniu (ang. *direct involvement*). Takie wnioski można wyciągnąć po analizie stanów faktycznych spraw *Alliance*, *Avebe* oraz *Fuji*. Jedynie w sprawie *Dow* trudno mówić o bezpośrednim naruszeniu – jednak w tej sprawie Komisja wykazała dodatkowe okoliczności behawioralne, świadczące o wywieraniu rzeczywistego decydującego wpływu.

3.4.3. Wywieranie wpływu na działalność wspólnego przedsiębiorcy a wspólny przedsiębiorca o pełnym zakresie funkcji

Niektórzy autorzy europejscy krytykują też orzecznictwo TSUE z zakresu przypisania odpowiedzialności za naruszenie prawa konkurencji w sprawach dotyczących wspólnych przedsiębiorców, odwołując się do pojęcia

⁸⁴ *Ibidem*, pkt 151.

⁸⁵ *Ibidem*, pkt 81.

⁸⁶ *Ibidem*, pkt 87.

joint venture o pełnym zakresie funkcji⁸⁷. Autorzy ci twierdzą, że „obecna praktyka przypisywania odpowiedzialności kilku podmiotom odgrywającym rolę «rodziców» wobec wspólnego przedsiębiorcy o pełnym zakresie funkcji zagraża spójności europejskiego prawa konkurencji”⁸⁸. Wspomniani autorzy mają na uwadze sytuacje, w których sądy UE dopuściły możliwość obciążenia odpowiedzialnością „rodziców” *joint venture*, nawet jeżeli wspólni przedsiębiorcy charakteryzowali się pełnym zakresem funkcji (w wielu sprawach z zakresu przypisania odpowiedzialności utworzenie samego *joint venture* było wcześniej poddane kontroli koncentracji, a więc Komisja przyznała, że taki wspólny przedsiębiorca posiada pełny zakres funkcji)⁸⁹.

Wysuwana krytyka polega na następującym rozumowaniu: koncepcja, zgodnie z którą *joint ventures* o pełnym zakresie funkcji tworzą z podmiotami założycielskimi jeden organizm gospodarczy na potrzeby przypisania odpowiedzialności, jest sprzeczna z europejskimi przepisami o kontroli koncentracji, wprowadzającymi pojęcie *joint venture* o pełnym zakresie funkcji wykonującego „wszystkie funkcje autonomicznego ekonomicznego podmiotu”⁹⁰. Pomijając dyskusję, na ile pojęcie jednego organizmu gospodarczego przyjęte na potrzeby antymonopolowej oceny *ex ante* jest i powinno być spójne z tym samym pojęciem przyjętym na potrzeby oceny *ex post*, autorzy powyższego argumentu wydają się nie do końca zdawać sobie sprawę z tego, po co w europejskim prawie antymonopolowym (i w innych porządkach prawnych) bada się pełny zakres funkcji. Jak bowiem było to już wspomniane wcześniej w tej pracy⁹¹, istnienie samodzielnego organizmu gospodarczego mogą niweczyć dwa czynniki: kontrola i bagatelny poziom integracji gospodarczej. Ten pierwszy czynnik ma znaczenie w inkluzywnym kontekście zagadnienia jednego organizmu gospodarczego, ten drugi – w kontekście ekskluzywnym. Analiza pełnego zakresu funkcji wspólnego przedsiębiorcy dotyczy kontekstu ekskluzywnego zagadnienia jednego organizmu gospodarczego. Nic nie stoi na przeszkodzie, żeby można było mówić o wspólnym przedsiębiorcy o pełnym zakresie funkcji, który podlega jednak kontroli innego podmiotu i razem z tym podmiotem tworzy jeden organizm gospodarczy⁹². Słusznie

⁸⁷ J.K. de Pree, S.C.H. Molin, *Shareholder Liability...*, s. 434–440; R. Poley, *Parental Liability...*, s. 24.

⁸⁸ R. Poley, *Parental Liability...*, s. 29.

⁸⁹ Taka sytuacja miała miejsce np. w sprawie *Dow II*, zob. *Dow II*, *op. cit.*, pkt 83–85.

⁹⁰ R. Poley, *Parental Liability...*, s. 30. Tak samo: J. K. de Pree, S. C. H. Molin, *Shareholder Liability...*, s. 439.

⁹¹ Zob. podrozdział II.3.

⁹² Zob. Tabela 5 w rozdziale IV.

zatem w sprawie *Candle Waxes* z 2008 r.⁹³ Komisja Europejska uznała, że „to, czy *joint venture* miałyby być postrzegane jako *joint venture* o pełnym zakresie funkcji w rozumieniu Rozporządzenia 139/2004, czy też nie jest bez znaczenia (ang. *irrelevant*) w kontekście poniższej sprawy, gdyż w sprawie tej materiał dowodowy wskazuje na wywieranie decydującego wpływu”⁹⁴.

3.5. Podsumowanie

Analiza wyroków sądów UE i poglądów doktryny związanych z przypisaniem odpowiedzialności za naruszenie europejskiego prawa konkurencji i „formalnym” aspektem koncepcji jednego organizmu gospodarczego pozwala na sformułowanie następujących wniosków.

Po pierwsze, należy odróżnić bezpośredni udział w naruszeniu (ang. *direct involvement*) od przypisania odpowiedzialności innemu podmiotowi wchodzącemu w skład jednego organizmu gospodarczego. W tym drugim wypadku dla przypisania odpowiedzialności konieczne jest „**rzeczywiste** wywieranie decydującego wpływu” przez podmiot, któremu ma być przypisana odpowiedzialność. Wpływ taki powinien być rozumiany nie tyle jako wpływ na zachowanie będące naruszeniem, ale jako **ogólny** wpływ na działalność gospodarczą tego podmiotu, na który decydujący wpływ jest wywierany. Bezpośrednie naruszenie może mieć postać albo uczestniczenia przez personel danego podmiotu w praktykach naruszających prawo konkurencji (wtedy nieistotne jest, czy decydujący wpływ jest wywierany), albo wiedzy personelu pierwszego podmiotu o naruszeniach prawa konkurencji po stronie drugiego podmiotu w połączeniu z wywieraniem przez ten pierwszy podmiot potencjalnego (a nie – rzeczywistego) wpływu na drugi podmiot.

Dla wykazania bezpośredniego uczestniczenia w naruszeniu konieczne jest zbadanie okoliczności behawioralnych, a dla wykazania *direct involvement* w postaci „wiedzy” – zarówno okoliczności behawioralnych (samej „wiedzy”), jak i strukturalnych („potencjalnego wpływu”).

W orzecznictwie TSUE mocno akcentowany jest fakt, że w celu przypisania naruszenia (czyli nie w wypadku *direct involvement*) konieczne jest wykazanie rzeczywistego decydującego wpływu, a nie wpływu potencjalnego. W związku z powyższym wydaje się, że dla wykazania wywierania rzeczywistego wpływu konieczne jest zbadanie okoliczności behawioralnych. Pojęcie rzeczywistego decydującego wpływu może być nieco mylące na gruncie

⁹³ Decyzja Komisji Europejskiej z 1.10.2008 r. w sprawie COMP/39.181 *Candle Waxes*. Decyzja dostępna na: <http://ec.europa.eu/competition/>, dostęp: 25.08.2015 r.

⁹⁴ *Candle Waxes*, pkt 481.

orzecznictwa TSUE w sytuacji, w której jeden podmiot posiada w drugim podmiocie 100 lub blisko 100% akcji lub udziałów. W powyższym wypadku obowiązuje bardzo silne domniemanie wywierania rzeczywistego wpływu, i w praktyce do wykazania takiego wpływu nie jest konieczne zbadanie okoliczności behawioralnych – to raczej podmiot, który chce obalić takie domniemanie, musi owe okoliczności wykazać (choć nie wiadomo za bardzo, jakie miałyby to być okoliczności, a samo obalenie domniemania wydaje się bardzo trudne, a wręcz niemożliwe⁹⁵). Jednak w wypadku wykazania rzeczywistego decydującego wpływu w sytuacji, gdy jeden podmiot nie posiada 100 lub prawie 100% akcji lub udziałów w drugim podmiocie (sprawy z zakresu *joint venture*), wykazanie „rzeczywistego decydującego wpływu” wymaga już udowodnienia okoliczności behawioralnych. Analiza spraw Komisji Europejskiej, jeżeli chodzi o przypisanie odpowiedzialności w sprawach z zakresu *joint venture* pokazuje, że Komisja stara się w tych sprawach wykazać okoliczności behawioralne (świadczące zresztą często nie tyle o rzeczywistym decydującym wpływie, co raczej o *direct involment*), co oczywiście nie znaczy, że, dla poparcia okoliczności behawioralnych, Komisja nie przytacza też okoliczności strukturalnych (np. dla wykazania faktu, że personel podmiotu A uczestniczył w zebraniach zarządu podmiotu B, przydatne jest wykazanie, że na przykład na podstawie umowy o zarządzaniu wspólnym przedsiębiorcą personel podmiotu A miał takie prawo lub obowiązek).

Dla przypisania odpowiedzialności za naruszenie prawa konkurencji wymagane jest więcej, niż dla wykazania relacji kontroli na potrzeby oceny *ex ante*⁹⁶. W celu wykazania rzeczywistego decydującego wpływu (formalny

⁹⁵ Zob. podrozdział VI.3.3.

⁹⁶ Tak A. Jones, *The Boundaries...*, s. 315: „W przeciwieństwie do Rozporządzenia 139/2004 (EUMR), gdzie konieczna jest ocena tego, czy prawa, które zamierza nabyć rodzic (ang. *parent company*) dadzą mu prawo do możliwości wywierania decydującego wpływu, sprawy [z zakresu *przypisania odpowiedzialności*] niezmiennie podkreślają (ang. *consistently stress*), że sama możliwość nie jest wystarczająca – należy też rozważyć, czy ten wpływ jest rzeczywiście wybierany”. W. Wils opowiada się z kolei za odrzuceniem przez orzecznictwo testu „wywierania rzeczywistego wpływu” w sprawach z zakresu przypisania odpowiedzialności i stosowania jednakowego zarówno w ramach kontroli *ex ante*, jak i *ex post* pojęcia kontroli, a tym samym odrzuceniem analizy behawioralnej w sprawach z zakresu przypisania odpowiedzialności. Abstrahując od ewentualnych różnic pomiędzy koncepcją jednego organizmu gospodarczego w ramach kontroli *ex ante* i kontroli *ex post* (podczas kontroli *ex ante* okoliczności behawioralne są z definicji niemożliwe do zbadania, podczas gdy w czasie kontroli *ex post* mogą być one niekiedy pomocne w przypadkach nietypowych lub granicznych – zob. rozdział VII), specyfika aspektu formalnego koncepcji *single economic unit* związana z zasadą osobistej odpowiedzialności, prawami człowieka i zasadą winy czyni koniecznym bardziej restrykcyjną interpretację pojęcia jednego organizmu gospodarczego (zob. podrozdział VI.4.).

aspekt koncepcji *single economic unit*) konieczne jest co do zasady wykazanie okoliczności behawioralnych, choć niekiedy wymóg takiej analizy behawioralnej jest raczej ornamentalny (w sytuacji domniemania wywierania rzeczywistego wpływu). Słusznie zatem w orzeczeniu *Dow II* Sąd podkreślił, że pojęcie kontroli i wspólnej kontroli w rozumieniu Rozporządzenia 139/2004 powinno być rozumiane jako „możliwość wywierania decydującego wpływu” przez „rodziców” *joint venture* (ang. *possibility of exercising decisive influence*)⁹⁷, natomiast w celu przypisania odpowiedzialności, konieczne jest, żeby ci „rodzice” w rzeczywistości taki wpływ wywierali (ang. *actually exercised decisive influence*)⁹⁸.

4. Przypisanie odpowiedzialności a zasada osobistej odpowiedzialności, prawa człowieka i zasada winy

4.1. Uwagi ogólne

W poniższym części tej pracy⁹⁹ zostanie zbadana hipoteza, zgodnie z którą koncepcja jednego organizmu gospodarczego w aspekcie formalnym (przypisanie odpowiedzialności) powinna być też rozumiana w sposób bardziej restrykcyjny i behawioralny, niż w innym typie wykorzystania tej koncepcji podczas stosowania *ex post* norm antymonopolowych, czyli w jej materialnym aspekcie (polegającym przede wszystkim na zwolnieniu „porozumienia” spod zastosowania art. 101 TFUE i art. 6 uokk). Wydaje się, że na powyższe pytanie należy dać odpowiedź pozytywną ze względu na inne cele, jakie przyświecają formalnemu i materialnemu aspektowi koncepcji *single economic unit* oraz ze względu na pewne ograniczenia formalnego aspektu tej koncepcji, wynikające z zasady osobistej odpowiedzialności, praw człowieka i przede wszystkim zasady winy.

4.2. Zasada osobistej odpowiedzialności

Trudno o jednoznaczną definicję zasady osobistej odpowiedzialności (ang. *principle of personal liability; responsibility*), choć wielu autorów podkreśla jej związek z zagadnieniem przypisania odpowiedzialności za naruszenie

⁹⁷ *Dow II, op. cit.*, pkt 84.

⁹⁸ *Ibidem*, pkt 85.

⁹⁹ Zob. podrozdział VI.4.

europejskiego prawa konkurencji¹⁰⁰. We współczesnych systemach prawnych odpowiedzialność (cywilnoprawna, karnoprawna lub administracyjnoprawna) co do zasady powinna obciążać osobę (fizyczną lub prawną), która dopuściła się naruszenia. W zakresie, w którym zasada osobistej odpowiedzialności dotyczy osób prawnych, ma ona również związek z zasadą ograniczonej odpowiedzialności osób prawnych¹⁰¹.

Prawo konkurencji UE posługuje się pojęciem „przedsiębiorstw”, które nie jest tożsame z odrębną osobowością prawną¹⁰², a na gruncie unijnego (oraz innych, w tym polskiego) porządku antymonopolowego ma zastosowanie koncepcja jednego organizmu gospodarczego. Nie oznacza to jednak, że powyższe porządki prawne (porządek UE, a w nawet większym stopniu – krajowe porządki antymonopolowe) mogą całkowicie ignorować zasadę osobistej odpowiedzialności. W prawie krajowym rola zasady osobistej odpowiedzialności jest oczywista i podyktowana potrzebą spójności różnych dziedzin prawa. Prawo ochrony konkurencji (bez względu na to, czy jest częścią porządku administracyjnoprawnego, cywilnoprawnego czy karnoprawnego) powinno z szacunkiem podchodzić do odrębnej osobowości prawnej osób fizycznych i osób prawnych. Jednak również prawo UE niejako „pasożytuje” na formach prawnych przyjętych przez Państwa Członkowskie (i inne państwa, w których zarejestrowane są podmioty podlegające europejskiemu prawu antymonopolowemu) i nie powinno całkowicie ignorować odrębnych form prawnych¹⁰³. Komisja Europejska adresuje przeciw swoje decyzje do osób prawnych i osób fizycznych, których siedziba i forma prawna

¹⁰⁰ Zob. J. Joshua, Y. Botteman, L. Atlee, *You Can't Beat the Percentage...*, s. 4; A. Jones, *The Boundaries...*, s. 308, s. 319; L. La Rocca, *The Controversial Issue of the Parent Company Liability...*, s. 73; M. Bronckers, A. Vallery, *No Longer Presumed Guilty? The Impact of Fundamental Rights on Certain Dogmas of EU Competition Law*, World Comp. 2011, vol. 34(4), s. 549–552.

¹⁰¹ Tak: M. Bronckers, A. Vallery, *No Longer Presumed Guilty...*, s. 551.

¹⁰² Jak podkreślono wcześniej w tej pracy, szczególnie w doktrynie polskiego prawa konkurencji, wysnuwa się niekiedy zbyt daleko idące wnioski, wynikające z różnicy pomiędzy pojęciem „przedsiębiorstwa” na gruncie prawa UE i „przedsiębiorcy” na gruncie prawa polskiego – zob. podrozdział II.4.3.1.

¹⁰³ W sprawie *Elf* (*op. cit.*) skarżący, spółka Elf Aquitaine, posunął się nawet do twierdzenia, że ignorując zasadę osobistej odpowiedzialności i ograniczonej odpowiedzialności osób prawnych, Komisja Europejska w znaczący sposób ingeruje w jeden z prawnych fundamentów prawa korporacyjnego (ang. *company law*) Państw Członkowskich, a tym samym postępowanie Komisji narusza zasadę subsydiarności prawa UE (*Elf*, pkt 73). Zgodnie z zasadą subsydiarności, skodyfikowaną w art. 5 ust. 3 TUE, „w dziedzinach, które nie należą do jej wyłącznej kompetencji, Unia podejmuje działania tylko wówczas i tylko w takim zakresie, w jakim cele zamierzonego działania nie mogą zostać osiągnięte w sposób wystarczający przez Państwa Członkowskie, zarówno na poziomie

(w wypadku osób prawnych) zależy od krajowego porządku prawnego. Nawet w wypadku uznania kilku spółek za jeden organizm gospodarczy na potrzeby przypisania odpowiedzialności, Komisja adresuje swoją decyzję do każdej spółki z osobna (inaczej niemożliwa byłaby egzekucja kary), nie mówiąc już o komplementarnych aspektach stosowania prawa konkurencji UE, gdzie kwestia odrębnej odpowiedzialności prawnej również odgrywa dużą rolę¹⁰⁴.

W doktrynie prawa konkurencji UE podnosi się (słusznie), że zasada osobistej odpowiedzialności nie tyle zakazuje stosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego w kontekście „przypisania” odpowiedzialności, co powinna bardziej przypominać Komisji Europejskiej i sądom UE, że odstępianie od tej zasady jest raczej wyjątkiem, który powinien być starannie uargumentowany¹⁰⁵. Podobna przestroga odnosi się też do krajowych porządków antymonopolowych Państw Członkowskich UE, w tym Polski.

4.3. Prawa człowieka

W doktrynie polskiego¹⁰⁶ i unijnego¹⁰⁷ prawa konkurencji nie ustaje dyskusja o zastosowaniu w postępowaniach antymonopolowych standardów

centralnym, jak i regionalnym oraz lokalnym, i jeśli ze względu na rozmiary lub skutki proponowanego działania możliwe jest lepsze ich osiągnięcie na poziomie Unii”.

¹⁰⁴ Chodzi np. o kwestię inspekcji w siedzibach przedsiębiorców, przy których Komisja współpracuje z policją krajową, czy też o prywatnoprawne wdrażanie europejskiego prawa konkurencji (oparte przeciw na krajowych porządkach cywilnoprawnych, a tym samym na formach prawnych obowiązujących w tych porządkach).

¹⁰⁵ Tak: M. Bronckers, A. Vallery, *No Longer Presumed Guilty...*, s. 552–553. Wydaje się jednak, że autorzy ci idą w swojej krytyce spraw z zakresu przypisania odpowiedzialności za daleko, porównując te sprawy do obowiązującej w prawie prywatnym (prawie spółek) doktryny odpowiedzialności „przebijającej” (ang. *piercing of corporate veil*). Więcej o relacji pomiędzy instytucją *piercing of corporate veil* a koncepcją *single economic unit* – zob. podrozdział VIII.3.3.

¹⁰⁶ Zob. K. Kowalik-Bańczyk, *Problematyka ochrony praw podstawowych w unijnych postępowaniach w sprawach z zakresu ochrony konkurencji*, Zeszyty Natolińskie (Zeszyt 39), Centrum Europejskie Natolin, Warszawa 2010; K. Kowalik-Bańczyk, *Prawo do obrony w unijnych postępowaniach antymonopolowych w kierunku unifikacji standardów proceduralnych w Unii Europejskiej*, WoltersKluwer, Warszawa 2012, baza LEX; M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2011 (w kontekście przestrzegania w postępowaniach antymonopolowych tzw. zasad sprawiedliwości proceduralnej); M. Król-Bogomilska, *Zwalczanie karteli...*, s. 225–256.

¹⁰⁷ W Europie dyskusja rozgorzała szczególnie na łamach czasopisma *World Competition*. Zob. cytowany wyżej artykuł M. Bronckers’a i A. Vallery: *No Longer Presumed Guilty...* (*World Comp.* 2011, vol. 34(4)); zob. też: W. Wils, *EU Antitrust Enforcement Powers*

wynikających z Europejskiej Konwencji Praw Człowieka („EKPCz”)¹⁰⁸, konstytucji Państw Członkowskich (w tym Konstytucji RP¹⁰⁹) oraz Karty Praw Podstawowych („KPP”)¹¹⁰. W powyższym temacie można też odnaleźć całkiem bogate orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka („ETPCz”).

Najczęściej przywoływanym przepisem w kontekście ewentualnej oceny stosowania prawa konkurencji pod kątem standardów prawnocząłowieczych jest art. 6 EKPCz, statuujący prawo do rzetelnego procesu sądowego (przede wszystkim w sprawach karnych) i analogiczne przepisy KPP¹¹¹ oraz krajowych konstytucji¹¹². ETPCz i – jego poprzedniczka – Europejska Komisja Praw Człowieka mają bogatą historię spraw¹¹³, w których organy te uznawały, że przepisy EKPCz stosują się do **krajowych** postępowań przed organami antymonopolowymi, nie tylko zresztą jeżeli chodzi o art. 6 EKPCz, ale również o art. 8 EKPCz (statuujący prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego¹¹⁴). Większość spraw z zakresu art. 6 EKPCz dotyczyła pewnych uchybień w możliwości odwołania się do sądu od decyzji organów konkurencji¹¹⁵.

and Procedural Rights and Guarantees: The Interplay between EU Law, National Law, the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention on Human Rights, World Comp. 2011, vol. 34(2).

¹⁰⁸ Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 4.11.1950 r. (Dz.U. z 1993 r. Nr 61 poz. 284 ze zm.; „Europejska Konwencja Praw Człowieka”, „EKPCz”).

¹⁰⁹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

¹¹⁰ Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz.Ur.UE 2007 Nr C 303/1, „KPP”).

¹¹¹ Chodzi o art. KPP 47, mówiący o prawie do skutecznego środka prawnego i dostępu do bezstronnego sądu, oraz art. 48 KPP, statuujący zasadę domniemania niewinności i prawa do obrony.

¹¹² Chodzi o art. 42 polskiej Konstytucji.

¹¹³ Pierwszą taką sprawą była sprawa *Stenuit*, w której Europejska Komisja Praw Człowieka uznała, że Francja niesłusznie odmówiła objęcia amnestią kar antymonopolowych nałożonych na skarżącą spółkę. Zob. decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 11.07.1989 r. w sprawie *Sténuit p. Francji*, nr skargi 11598/85, decyzja dostępna na: <http://hudoc.echr.coe.int/>, dostęp: 25.08.2015 r.

¹¹⁴ Zob. np. wyrok ETPCz z 16.04.2002 r. w sprawie *Societe Colas i inni p. Francji*, nr skargi 37971/97, wyrok dostępny na: <http://hudoc.echr.coe.int/>, dostęp: 25.08.2015 r. W powyższej sprawie ETPCz uznał, że francuski organ konkurencji naruszył art. 8 EKPCz nie uzyskując nakazu sądowego przed niezapowiedzianą inspekcją w siedzibie spółki podejrzanej o uczestnictwo w antykonkurencyjnym porozumieniu.

¹¹⁵ Np. w sprawie *Lilly France* Komisja Praw Człowieka uznała, że spółka odwołująca się od decyzji francuskiego organu konkurencji nie miała możliwości przedstawienia swojego stanowiska przed sądem. Zob. decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 3.12.2002 r. w sprawie *Lilly France p. Francji*, nr skargi 53892/00, decyzja dostępna na: <http://hudoc.echr.coe.int/>, dostęp: 25.08.2015 r. Podobnej tematyki (kognicji sądu włoskiego nad decyzjami włoskiego organu konkurencji) dotyczyła sprawa *Menarini*.

Ponadto w sprawie *Dubus*¹¹⁶ TSUE uznał, że w pewnych wypadkach połączenie w jednym organie administracyjnym (chodziło o francuską Komisję Bankową nakładającą administracyjne kary pieniężne) funkcji kontrolnych (dochodzeniowych) i sądowych może powodować naruszenie art. 6 ust. 1 EKPCz¹¹⁷. W doktrynie podnosi się, że powyższy wyrok ma też najpewniej zastosowanie *per analogiam* do postępowań przed organami konkurencji¹¹⁸.

Jeżeli chodzi o obowiązywanie standardów praw człowieka w stosowaniu prawa konkurencji UE przez Komisję Europejską i późniejszą sądową kontrolę decyzji Komisji, należy podkreślić, że w obecnym stanie prawnym problematyczne jest zastosowanie EKPCz do postępowań z zakresu prawa konkurencji UE¹¹⁹. Sytuacja zmieni się jednak diametralnie, kiedy Unia Europejska „przystąpi” do EKPCz, co wprost przewiduje art. 6 ust. 2 Traktatu o Unii Europejskiej („TUE”)¹²⁰. Komisja Europejska już dziś jest jednak związana Kartą Praw Podstawowych¹²¹.

Jak już wspomniano, gwarancje zawarte w art. 6 EKPCz mają zastosowanie przede wszystkim do spraw karnych. Takich spraw dotyczą art. 6 ust. 2

W tej akurat sprawie ETPCz uznał, że Włochy nie naruszyły EKPCz (choć włoski sędzia ETPCz złożył zdanie odrębne do wyroku). Zob. wyrok ETPCz z 11.09.2011 r. w sprawie *Menarini Diagnostics p. Wlochom* („*Menarini*”), nr skargi 43509/08, wyrok dostępny na: <http://hudoc.echr.coe.int/>, dostęp: 25.08.2015 r.

¹¹⁶ Wyrok ETPCz z 11.06.2009 r. w sprawie *Dubus p. Francji* („*Dubus*”), nr skargi 5242/04, wyrok dostępny na: <http://hudoc.echr.coe.int/>, dostęp: 25.08.2015 r.

¹¹⁷ Należy jednak zaznaczyć, że w powyższej sprawie skupienie w rękach Komisji Bankowej funkcji dochodzeniowych i orzeczniczych nie było samo w sobie naganne. Francja naruszyła EKPCz, ponieważ „Komisja Bankowa była od początku «uprzedzona» wobec podmiotu, którego dotyczyło postępowanie” (zob. K. Kowalik-Bańczyk, *Prawo do obrony...*, pkt 4.3.2). Komisja Europejska nie jest bowiem sądem, zatem pewne gwarancje procesowe przysługujące na podstawie art. 6 EKPCz w postępowaniach sądowych nie dotyczą postępowania przed Komisją. Tak: P.K. Rosiak, *Postępowanie w sprawach antymonopolowych* [w:] Z. Brodecki (red.), *Konkurencja*, Warszawa 2004, s. 276.

¹¹⁸ K. Kowalik-Bańczyk, *ibidem*.

¹¹⁹ *Ibidem*, pkt 4.3.3.1. Autorka wspomina o „kilku (nieudanych) próbach poddania kontroli EKPCz unijnego postępowania antymonopolowego”.

¹²⁰ Zgodnie z art. 6 ust. 2 Traktatu o Unii Europejskiej (Traktat o Unii Europejskiej, wersja skonsolidowana, Dz.Urz.UE 2012 Nr C 326/13, „TUE”), „Unia przystępuje do europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności” Negocjacje dotyczące przystąpienia UE do EKPCz cały czas się toczą (stan na 2.02.2014 r.). Proces negocjacji można monitorować pod adresem: <http://hub.coe.int/what-we-do/human-rights/eu-accession-to-the-convention>, dostęp: 25.08.2015 r.

¹²¹ W 2010 r. Komisja wydała specjalny Komunikat, określający strategię implementacji KPP w swojej działalności. Zob. więcej: *Communication from the Commission: Strategy for the effective implementation of the Charter of Fundamental Rights by the European Union*, 19.10.2010, COM (2010) 573/4, dokument dostępny pod adresem: http://ec.europa.eu/justice/news/intro/doc/com_2010_573_4_en.pdf, dostęp: 25.08.2015 r.

EKPCz, wprowadzający zasadę domniemania niewinności, oraz art. 6 ust. 3 EKPCz, dotyczący pewnych gwarancji procesowych oskarżonych w sprawach karnych (np. prawa do odpowiedniego czasu na przygotowanie obrony)¹²². W związku z powyższym istotnym zagadnieniem na gruncie art. 6 EKPCz jest to, czy sprawy, w których stosowane są reguły konkurencji, należą do spraw karnych w rozumieniu EKPCz. W precedensowym wyroku w sprawie *Engel*¹²³ ETPCz uznał, że art. 6 EKPCz przyjmuje autonomiczną definicję sprawy karnej, szerszą od definicji sprawy karnej w prawie krajowym. Zgodnie zaś z wyrokiem ETPCz w sprawie *Menarini*¹²⁴ z 2011 r., sprawę rozpatrywaną przez włoski organ konkurencji należało rozumieć właśnie jako sprawę „karną” w rozumieniu EKPCz. Należy jednak zwrócić uwagę, że w niedawnym orzeczeniu ETPCz w sprawie *Jussila* z 2006 r. TSUE podkreślił, że prawnokarne gwarancje wynikające z art. 6 EKPCz, w przeciwieństwie do typowych spraw karnych (ang. *hard core criminal law cases*), nie muszą być stosowane z „całą surowością” (ang. *with full stringency*) do spraw karnych na podstawie szerokiego, autonomicznego rozumienia sprawy karnej w świetle art. 6 EKPCz¹²⁵. Orzeczenie *Jussila* zapadło w związku ze stanem faktycznym dotyczącym administracyjnych sankcji podatkowych. W doktrynie podnosi się jednak, że powyższe orzeczenie można również stosować *per analogiam* do spraw z zakresu ochrony konkurencji¹²⁶. Na gruncie orzecznictwa ETPCz można powiedzieć, że sprawy antymonopolowe są więc sprawami karnymi w rozumieniu EKPCz, jednak gwarancje procesowe stosują się do tych spraw w sposób „luźniejszy” niż do typowych spraw karnych. Podobną argumentację, zgodnie z którą europejskie

¹²² P. Hofmański, A. Wróbel, *Komentarz do art. 6 EKPC* [w:] L. Gardocki (red.), *Komentarz do EKPCz*, Warszawa 2010, baza LEX; zob. też: M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do EKPCz*, baza LEX, *Komentarz do art. 6 EKPCz*, pkt 6.2 i 6.3.

¹²³ Wyrok ETPCz z 23.11.1976 r. w sprawie *Engel i inni. p. Holandii* („*Engel*”), nr skarg 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, pkt 82, wyrok dostępny na: <http://hudoc.echr.coe.int/>, dostęp: 25.08.2015 r. W powyższym orzeczeniu ETPCz sformułował kryteria, na podstawie których dana sprawa powinna być rozumiana jako „sprawa karna” w rozumieniu EKPCz. Najważniejszymi z tych kryteriów są: charakter sankcji nakładanej przez przepis stosowany w danej sprawie (sankcja powinna być represyjna i prewencyjna, a nie odszkodowawcza) oraz surowość tej sankcji (im bardziej surowa sankcja, tym bardziej prawdopodobne, że sprawa jest sprawą „karną” w rozumieniu EKPCz).

¹²⁴ *Menarini*, *op. cit.*

¹²⁵ Wyrok ETPCz z 23.11.2006 r. w sprawie *Jussila p. Finlandii*, nr skargi 73053/01, pkt 43, wyrok dostępny na: <http://hudoc.echr.coe.int/>, dostęp: 25.08.2015 r. Więcej o wyroku – zob. np.: M. Król-Bogomilska, *Zwalczanie karteli...*, s. 233–235.

¹²⁶ W. Wils, *The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review, and the European Convention on Human Rights*, *World Comp.* 2010, vol. 33(5), s. 14–15.

sprawy antymonopolowe znajdują się gdzieś na peryferiach spraw „karnych” w rozumieniu EKPCz¹²⁷, zaprezentował też Sąd w orzeczeniu *Schindler*¹²⁸ z 2011 r. W powyższym orzeczeniu powołał się on zresztą na wyrok ETPCz w sprawie *Jussila*¹²⁹.

Jeżeli chodzi o polskie prawo konkurencji, specyficzne stanowisko zajął polski SN (posługując się jednak nieco inną terminologią) na gruncie administracyjnych sankcji pieniężnych nakładanych przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej („UKE”), a więc sankcji bardzo pokrewnych do tych nakładanych przez Prezesa UOKiK¹³⁰. Według SN (powołującego się na orzecznictwo EKPCz), „kary pieniężne nakładane przez organy regulacji rynku” co prawda „nie mają charakteru sankcji karnych”, lecz „w zakresie, w jakim dochodzi do wymierzenia przedsiębiorcy kary pieniężnej, zasady sądowej weryfikacji prawidłowości orzeczenia organu regulacji w tym zakresie powinny odpowiadać wymogom analogicznym do tych, jakie obowiązują sąd orzekający w sprawie karnej”. Powyższe stanowisko SN (*per analogiam*) zdaje się również sytuować sprawy antymonopolowe i sankcje nakładane przez organy konkurencji gdzieś „na obrzeżach” spraw i sankcji karnych. Podobne stanowisko wyrażane jest też w doktrynie polskiego prawa konkurencji¹³¹. Należy również zwrócić uwagę, że Polska jest stroną EKPCz, a zatem stosowanie polskiego prawa konkurencji powinno być zgodne

¹²⁷ M. Bronckers, A. Vallery, *No Longer Presumed Guilty...*, s. 544.

¹²⁸ Wyrok Sądu z 13.07.2011 r. w sprawie T-138/07 *Schindler i inni p. Komisji* („*Schindler*”), pkt 49–56 (w powyższej sprawie Sąd uznał, że postępowanie przez Komisją spełnia wymogi art. 6 EKPCz). Wyrok dostępny na: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r.

¹²⁹ *Ibidem*, pkt 52.

¹³⁰ Wyrok SN z 14.04. 2010 r., III SK 1/10, baza LEX.

¹³¹ A. Stawicki, powołując się na orzecznictwo TSUE oraz ETPCz, zgodnie z którym europejskie „postępowania w sprawach z zakresu prawa konkurencji” mają „karny bądź quasi-karny charakter” oraz akcentując kompetencję Prezesa UOKiK do stosowania prawa konkurencji UE, twierdzi, że „zarówno na organie antymonopolowym, jak i na sądach rozpatrujących odwołania od jego decyzji spoczywa obowiązek zapewnienia bardzo wysokiego standardu ochrony praw przedsiębiorców”. Zob. A. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Komentarz...*, *Komentarz do art. 106 uokk*, pkt 1.1. M. Król-Bogomilska twierdzi z kolei, że można mówić o „bliskim pokrewieństwie” grzywień stosowanych w prawie konkurencji z karami „kryminalnymi”, a w związku z powyższym, „konieczne staje się przyjęcie w obrębie prawa konkurencji standardów analogicznych do tych, jakie znajdują zastosowanie w systemach prawa karnego”. Zob. M. Król-Bogomilska, *Kary pieniężne w prawie antymonopolowym*, Warszawa 2001, s. 203. A. Piszcz uważa zaś, że „część spraw antymonopolowych [«*co do zasady*» sprawy, w których nakładana jest kara pieniężna na podstawie art. 106 ust. 1–3 uokk], w których nakładana jest kara pieniężna, stanowi sprawy karne w autonomicznym rozumieniu tego pojęcia przewidzianym w art. 6 EKPC”. Zob. A. Piszcz, *Sankcje w polskim prawie antymonopolowym*, Temida2, Białystok 2013, s. 262.

z orzecznictwem ETPCz, a w zakresie, w jakim Prezes UOKiK stosuje prawo konkurencji UE, obowiązują go też KPP¹³².

Między EKPCz, Sądem a polskim SN może panować jednak tylko pozorna zgoda; problem tkwi w tym, na ile wspomniane wyżej gwarancje procesowe z art. 6 EKPCz (i analogicznych przepisów KPP i konstytucji krajowych) powinny mieć „luźniejsze” zastosowanie do spraw antymonopolowych.

Jaka jest jednak relacja pomiędzy opisanymi wyżej standardami praw człowieka a przypisaniem odpowiedzialności i formalnym aspektem koncepcji jednego organizmu gospodarczego? Według niektórych autorów część dotychczasowego orzecznictwa TSUE dotyczącego przypisania odpowiedzialności może naruszać zasadę domniemania niewinności zawartą w art. 6 ust. 2 EKPCz¹³³ (zasada ta jest również wyrażona w art. 42 ust. 3 polskiej Konstytucji oraz art. 48 ust. 1 KPP). Wątpliwe, w świetle standardów prawocząłowieczych, może być w szczególności restrykcyjnie rozumiane domniemanie wywierania rzeczywistego wpływu¹³⁴, tym bardziej biorąc pod uwagę znaczące trudności w obaleniu tego domniemania, z którymi spotykają się spółki-matki (ang. *parent companies*)¹³⁵.

4.4. Zasada winy

4.4.1. Obowiązki zasady winy w polskim prawie ochrony konkurencji i prawie ochrony konkurencji UE

W polskim prawie winę rozumie się najczęściej jako pewien wartościujący sąd o zachowaniu danego podmiotu (sprawcy przestępstwa, sprawcy deliktu). W tym sensie wina jest pojęciem z tzw. sfery podmiotowej odpowiedzialności prawnej, w przeciwieństwie do tzw. strony przedmiotowej. Do poniesienia odpowiedzialności, która uzależniona jest od winy, nie wystarczy wykazanie, że zachowanie danego podmiotu spełniało obiektywne znamiona sprzecznego z prawem czynu. Należy jeszcze wykazać, że zachowanie, którego

¹³² Należy zaznaczyć, że KPP nie ma zastosowania do całego porządku prawnego Państw Członkowskich, lecz jedynie do działań i prawa Państw Członkowskich leżących w zakresie prawa UE, a ściślej – prawa implementującego/wykonującego prawo UE. Powyższe wynika wprost z art. 51 ust. 1 KPP. Więcej o roli prawnej KPP w porządkach prawnych Państw Członkowskich – zob. np. R. Wieruszewski, *Rola i znaczenie Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej dla ochrony praw człowieka*, PS 2008, nr 2; M. Muszyński, *Polska Karta Praw Podstawowych po Traktacie Lizbońskim, charakter prawny i granice związania*, PS 2009, nr 1.

¹³³ M. Bronckers, A. Vallery, *No Longer Presumed Guilty...*, s. 568.

¹³⁴ Zob. podrozdział VI.3.3.

¹³⁵ *Ibidem*.

dopuszczył się ten podmiot, da się zaklasyfikować jako naganne. Żeby ocenić powyższą naganność, trzeba jednak poddać wartościującej analizie zachowanie tego konkretnego podmiotu, a więc ocenić okoliczności podmiotowe¹³⁶. To właśnie w kontekście strony podmiotowej mówi się o winie umyślnej (umyślności) oraz winie nieumyślnej (nieumyślności)¹³⁷. Odpowiedzialność na zasadzie winy (dla której konieczne jest wykazanie przesłanek strony podmiotowej) jest więc przeciwieństwem tzw. odpowiedzialności obiektywnej, w ramach której dany podmiot ponosi odpowiedzialność za sam tylko fakt zrealizowania swoim zachowaniem przesłanek strony przedmiotowej.

Winę rozumianą jako podmiotową przesłankę odpowiedzialności dzieli się na umyślność (winę umyślną) i nieumyślność (winę nieumyślną). Umyślność może polegać na zamiarze bezpośrednim lub ewentualnym¹³⁸. Z kolei nieumyślność może przybrać dwie postacie: lekkomyślności (w prawie cywilnym¹³⁹) albo tzw. świadomej nieumyślności (w prawie karnym¹⁴⁰), oraz

¹³⁶ Więcej o zasadzie winy oraz stronie podmiotowej w polskim prawie karnym, cywilnym i administracyjnym – zob. P. Semeniuk, *Wina i strona podmiotowa w prawie konkurencji*, WoltersKluwer, WPIA UJ (dostępny na: http://www.ipwi.uj.edu.pl/index.php?sort=Date&search=&search_by=&tresc=zeszyty&co=prace_magisterskie&by=desc&Submit=Sortuj, dostęp: 25.08.2015 r.), s. 10–18.

¹³⁷ Co prawda część doktryny polskiego prawa karnego (szczególnie tzw. krakowska szkoła prawa karnego) opowiada się za terminologią, zgodnie z którą pojęcie winy rozumiane jest bardziej jako zarzut stawiany sprawcy przestępstwa już po ocenie przesłanek strony podmiotowej i przedmiotowej. Zgodnie z krakowską szkołą prawa karnego możliwa jest sytuacja, w której sprawca realizuje swoim zachowaniem znamiona strony podmiotowej (popelnia określony czyn umyślnie lub nieumyślnie), niemniej jednak nie dochodzi do popełnienia przestępstwa (z powodu braku winy). Wspomniana różnica pomiędzy winą a umyślnością i nieumyślnością postulowana przez krakowską szkołę prawa karnego jest jednakże jedynie konstrukcyjna i opiera się na obecności w Kodeksie karnym (ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. z 1997 r. Nr 16, poz. 93 ze zm., „kk”) tzw. okoliczności wyłączających winę (takich jak np. wiek, niepoczytalność lub usprawiedliwiony błąd co do bezprawności). Mówiąc o okolicznościach strony podmiotowej, członkowie krakowskiej szkoły posługują się po prostu, zamiast określeniami „wina umyślna” i „wina nieumyślna”, terminami „umyślność” i „nieumyślność” (umyślność i nieumyślność są w takim wypadku dwiema postaciami strony podmiotowej). Zob. przede wszystkim A. Zoll [w:] A. Zoll (red.) *Kk...*, s. 31–34.

¹³⁸ Zob. podrozdział VI.3.1.

¹³⁹ Lekkomyślność definiuje się w prawie cywilnym jako sytuację, w której „sprawca nie chce postępować bezprawnie i chociaż przewiduje taką możliwość, nie godzi się na skutek [w postaci bezprawnego zachowania], bezpodstawnie sądząc, że go uniknie (lekkomyślność, rażące niedbalstwo)”, zob. A. Olejniczak [w:] A. Kidyba (red.), *Kc...*, s. 361.

¹⁴⁰ Świadoma nieumyślność w prawie karnym to sytuacja, w której sprawca nie posiada zamiaru popełnienia czynu zabronionego, ale przewiduje możliwość popełnienia tego czynu. Zob. A. Zoll, *Komentarz do art. 9 kk* [w:] A. Zoll (red.) *Kk...*, s. 111.

niedbalstwa (w prawie cywilnym¹⁴¹) albo tzw. nieświadomej nieumyślności (w prawie karnym¹⁴²). Pomimo odmiennej terminologii na określenie dwóch postaci nieumyślności w polskim prawie karnym i cywilnym, określenia te są w zasadzie synonimiczne¹⁴³.

Czy jednak zasada winy, zgodnie z powyższym rozumieniem obowiązującej w polskim i unijnym prawie konkurencji? Na początku należy zauważyć, że zasadę taką niekoniecznie da się wyprowadzić z art. 6 ust. 2 EKPCz, statuującego zasadę domniemania niewinności. Zgodnie bowiem z orzecznictwem ETPCz, samo tylko wprowadzenie przez państwa strony-Konwencji w prawie karnym (sic!) obiektywnej odpowiedzialności (a więc odpowiedzialności niezwiązanej z „winą” i przesłankami strony podmiotowej) za niektóre rodzaje przestępstw, nie narusza art. 6 ust. 2 EKPCz¹⁴⁴. Jeżeli więc artykułu 6 ust. 2 EKPCz nie narusza sam fakt wprowadzenia obiektywnej odpowiedzialności karnej, tym bardziej nie narusza go możliwość obiektywnej odpowiedzialności za naruszenie prawa konkurencji (ten drugi rodzaj odpowiedzialności jest bowiem, zgodnie z orzecznictwem, jedynie odpowiedzialnością *quasi*-karną¹⁴⁵).

¹⁴¹ Z niedbalstwem mamy w prawie cywilnym do czynienia wtedy, gdy „sprawca jest nieświadomy tego, że jego zachowanie może być bezprawne, chociaż miał możliwość i powinność dokonania właściwej oceny sytuacji, gdyby działał z dostateczną starannością”. Zob. A. Olejniczak [w:] A. Kidyba (red.), *Kc...*, s. 361.

¹⁴² Nieświadoma nieumyślność w prawie karnym zachodzi w sytuacji, kiedy sprawca nie posiada zamiaru popełnienia czynu zabronionego, nie przewiduje możliwości popełnienia tego czynu, ale powinien ją przewidzieć. Zob. A. Zoll, *Komentarz do art. 9 kk* [w:] A. Zoll (red.) *Kk...*, s. 111.

¹⁴³ Zob. P. Semeniuk, *Wina i strona podmiotowa w prawie konkurencji...*, s. 16–17. Zob. też np. P. Machnikowski [w:] A. Olejniczak (red.), *System prawa prywatnego*, Tom 6, C.H. Beck, Warszawa 2009. P. Machnikowski wprost utożsamia świadomą nieumyślność z lekkomyślnością, a nieświadomą nieumyślność z niedbalstwem.

¹⁴⁴ W orzeczeniu w sprawie *Salabiaku* ETPCz uznał, że przepis francuskiego prawa karnego wprowadzający obiektywną, niezależną od umyślności lub nieumyślności (ang. *without its being necessary to establish fraudulent intent or negligence*), odpowiedzialność za posiadanie pewnych ilości narkotyków jest zgodny z art. 6 ust. 2 EKPCz i proporcjonalny w zakresie realizacji celów francuskiej polityki penalnej. Zob. wyrok ETPCz z 7.10.1988 r. w sprawie *Salabiaku p. Francji*, nr skargi 10519/83, pkt 26-30, wyrok dostępny na: <http://hudoc.echr.coe.int/>, dostęp: 25.08.2015 r. Zob. więcej na temat orzeczenia w sprawie *Salabiaku* i zasady winy w świetle orzecznictwa ETPCz: R. Buxton, *The Human Rights Act and the Substantive Criminal Law*, 2000 (May) *Crim. L. Rev.* 331. Domniemanie niewinności na gruncie art. 6 ust. 2 EKPCz należy więc rozumieć w sposób bardziej proceduralny, jako obowiązek udowodnienia „oskarżonemu” okoliczności warunkujących odpowiedzialność (mogą to jednak być jedynie okoliczności strony przedmiotowej, a nie podmiotowej).

¹⁴⁵ Zob. podrozdział VI.4.2.

Obowiązywanie zasady winy w unijnym i polskim prawie konkurencji da się jednak wyprowadzić w inny sposób. Normy antymonopolowe stosowane w Polsce przez Prezesa UOKiK, a w UE przez Komisję Europejską, są normami prawa administracyjnego, a odpowiedzialność grożąca za naruszenie tych norm jest odpowiedzialnością administracyjną. W polskim prawie administracyjnym zachowanie polegające na naruszeniu norm prawa administracyjnego określa się pojęciem „deliktu administracyjnego”¹⁴⁶. W doktrynie polskiego prawa administracyjnego podkreśla się też, że konieczność udowodnienia sprawy deliktu administracyjnego winy w celu nałożenia sankcji administracyjnej można wywnioskować z konstrukcji oraz treści poszczególnej normy administracyjnej¹⁴⁷.

W doktrynie polskiego prawa administracyjnego i prawa konkurencji większość autorów przyjmuje, że administracyjna odpowiedzialność za praktyki zakazane na gruncie uokk ma miejsce na zasadzie winy właśnie ze względu na treść norm antymonopolowych. Jako najbardziej oczywisty i literalny argument przemawiający na rzecz powyższej tezy przywołuje się najczęściej treść art. 106 ust. 1 uokk., zgodnie z którym Prezes UOKiK może nałożyć na przedsiębiorcę karę pieniężną, jeżeli przedsiębiorca ten, „choćby nieumyślnie”, naruszył określone przepisy uokk. Droga rozumowania na podstawie powyższego argumentu jest następująca. Jeżeli karę można nałożyć na przedsiębiorcę, który dopuścił się naruszenia prawa konkurencji „choćby nieumyślnie”, to ustawodawca chciał zapewne powiedzieć, że podobną karę można nałożyć na przedsiębiorcę, który ustawę naruszył umyślnie – *a contrario*, kary nie można nakładać na przedsiębiorcę, w którego zachowaniu brak chociażby nieumyślności¹⁴⁸. Mając na uwadze, że umyślność i nieumyślność są postaciami winy, to obowiązywanie w prawie konkurencji zasady winy daje się wydedukować właśnie z treści art. 106 ust. 2 uokk¹⁴⁹.

¹⁴⁶ M. Wincenciak, *Sankcje w prawie administracyjnym i procedura ich wymierzania*, Oficyna 2008, baza LEX, pkt. 4.13.1.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ M. Modzelewska de Raad trafnie podkreśla, „że przesłanka „winy” na gruncie uokk warunkuje nałożenie sankcji” podczas gdy UOKiK zdarza się czasami „błędnie zaliczać ją jedynie do okoliczności wpływających na wymiar kary”. Zob. M. Modzelewska de Raad, *System kar pieniężnych w polskiej ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów – potrzeba i kierunek dalszych zmian*, iKAR 2015 2(4).

¹⁴⁹ Tak: J. Krueger [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Komentarz do uokk*, WoltersKluwer 2011, baza LEX, *Komentarz do art. 111 uokk*, pkt 2.3 („Ustawa wprawdzie nie operuje wprost pojęciem winy, niemniej jednak nie ma wątpliwości, iż odwołuje się do subiektywnych podstaw odpowiedzialności sprawcy. Stanowi bowiem w art. 106 i 108, iż warunkiem nałożenia kary jest «choćby nieumyślne» naruszenie przepisów Ustawy”);

Praktycznie identyczne brzmienie jak art. 106 ust. 2 uokk ma na gruncie europejskim art. 23 ust. 2 Rozporządzenia nr 1/2003¹⁵⁰, który stanowi, że „Komisja może, w drodze decyzji, nałożyć grzywny na przedsiębiorstwa (...), jeżeli umyślnie lub w wyniku zaniedbania” (ang. *intentionally or negligently*) przedsiębiorstwa te naruszają unijne reguły konkurencji. W doktrynie europejskiego prawa konkurencji podkreśla się, że powyższy przepis również wprowadza przesłankę winy do administracyjnej odpowiedzialności za naruszenie europejskich reguł konkurencji¹⁵¹, choć część doktryny zauważa, że ekspansywna praktyka Komisji Europejskiej w przypisywaniu odpowiedzialności podmiotom należącym do jednego organizmu gospodarczego może w praktyce tej zasadzie zaprzeczać (w szczególności w zakresie domniemania wywierania rzeczywistego wpływu¹⁵²).

C. Banasiński, E. Piątek (red.), *Uokk. Komentarz*, Wydanie 1, LexisNexis, 2009, s. 952; M. Król-Bogomilska [w:] T. Skoczny (red.), *Uokk. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 1628; M. Wincenciak, *op. cit.*; M. Sachajko, *Istota i charakterystyka antymonopolowych kar pieniężnych*, RPEiS 2002/1, s. 64 („Karę (...) można nałożyć wyłącznie za zachowanie zawinione, przyjmujące postać zarówno winy umyślnej, jak i nieumyślnej w postaci niedbalstwa” – stanowisko autora wyrażone jest na gruncie poprzedniej uokk z 2000 r., która jednak, podobnie jak obecna ustawa, posługiwała się zwrotem „choćby nieumyślnie”); M. Król-Bogomilska, *Zwalczanie karteli...*, s. 183–184 (autorka zauważa co prawda, że „operowanie pojęciem umyślności lub niedbalstwa w charakterze nakładania kar pieniężnych na podmioty mające osobowość prawną wydaje się już anachroniczne”, jednakże powyższego nadania „łatki” anachroniczności „w najmniejszym stopniu nie należy odbierać jako sugestii rezygnacji z operowania przesłanką winy podmiotów zbiorowych”); A. Jurkowska-Gomułka, *Publiczne i prywatne egzekwowanie zakazów praktyk ograniczających konkurencję*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2013, s. 338–339; inaczej, błędnie: K. Kowalik-Bańczyk, *Prawo do obrony...*, pkt 2.2.5: („Trzeba podkreślić, że przy ustalaniu odpowiedzialności antymonopolowej można mówić o zasadzie odpowiedzialności obiektywnej, której podmiotami są z reguły podmioty zbiorowe. Trudno zatem często identyfikować jakąkolwiek postać «winy» po stronie podmiotu odpowiedzialnego”). Wyczerpujące przedstawienie poglądów doktryny na temat obowiązywania w polskim prawie konkurencji zasady winy – zob. *Uwagi Stowarzyszenia Prawa Konkurencji do Projektu założeń projektu uokk* (wersja z 15.05.2012 r. w zakresie punktu G, Kary pieniężne), 6.06.2012 r., s. 2–3, dokument dostępny pod adresem: <http://www.spk.com.pl/uploads/pdf/2012-06-06/Stanowisko%20grupy%20roboczej%20przes%C5%82ane%20do%20Urz%C4%99du.pdf>, dostęp: 25.08.2015 r.

¹⁵⁰ Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16.12.2002 r., *op. cit.*

¹⁵¹ Tak: P. V. van Vormizeele, *The Fault Requirement in European Private Antitrust Litigation and Compliance Programmes as Exculpating or Mitigating Factor*, G.C.L.R. 2010, vol. 3(1), 1–10, s. 4. Choć sama niezajomość europejskich przepisów antymonopolowych nie zwalnia przedsiębiorstwa z odpowiedzialności. Tak (słusznie): Bellamy & Child (red. V. Rose, D. Bailey), *European Union...*, s. 1281–1282.

¹⁵² M. Bronckers, A. Vallery, *No Longer Presumed Guilty...*, s. 567–569, 554–555.

4.5. Zagadnienie winy podmiotów kolektywnych

4.5.1. Uwagi ogólne

Należy zwrócić uwagę, że na gruncie polskiego i unijnego prawa konkurencji odpowiedzialność za naruszenie tego prawa rzadko ponoszą osoby fizyczne¹⁵³. Zakładając, że w polskim (i również w unijnym) prawie konkurencji obowiązuje zasada winy, należy zwrócić uwagę, że w wypadku odpowiedzialności za naruszenie prawa antymonopolowego w większości przypadków wina musi zostać wykazana nie tyle po stronie osób fizycznych¹⁵⁴, co po stronie podmiotów „tworzonych” niejako przez te osoby fizyczne. Zagadnienie przypisania winy takim podmiotom określa się w doktrynie prawa karnego, cywilnego i prawa konkurencji zagadnieniem przypisania odpowiedzialności tzw. podmiotom kolektywnym lub podmiotom zbiorowym¹⁵⁵. Wydaje się, że w celu omówienia zasady winy (w tym winy podmiotów kolektywnych) w europejskim – a przede wszystkim polskim – prawie antymonopolowym sięgnąć można zatem do konstrukcji wypracowanych na gruncie prawa cywilnego i karnego¹⁵⁶.

¹⁵³ Zgodnie z art. 106a ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, administracyjną karę pieniężną można też nałożyć na osobę fizyczną „zarządzającą przedsiębiorstwem”, przez którą ustawa rozumie „kierującego przedsiębiorstwem, w szczególności osobę pełniącą funkcję kierowniczą lub wchodzącą w skład organu zarządzającego przedsiębiorcy”. Warto zwrócić uwagę na fakt, że uokk mówi o osobie zarządzającej „przedsiębiorstwem” (a nie „przedsiębiorcą”), która jednak powinna wchodzić w skład organu zarządzającego „przedsiębiorcy” lub pełnić funkcję kierowniczą u tego „przedsiębiorcy”. Powyższa treść uokk wydaje się świadczyć o tym, że osoba fizyczna może ponosić odpowiedzialność również za zachowania „przedsiębiorców” (osób prawnych), w których nie pełni żadnych funkcji kierowniczych lub nie zasiada w organach zarządzających takich osób prawnych (oczywiście jeżeli, zgodnie z art. 106a ust. 1 uokk, taka osoba fizyczna ponosi winę umyślną). Wyczerpująco na ten temat: A. Piszcz, *Nowe elementy regulacji prawnej kar pieniężnych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów*, iKAR 2(2).

¹⁵⁴ W rzadkich sytuacjach na gruncie prawa polskiego (oraz europejskiego) samodzielnym przedsiębiorcą, na którym ciąży odpowiedzialność za naruszenie prawa konkurencji, może być oczywiście osoba fizyczna: może to być osoba fizyczna prowadząca jednoosobową działalność gospodarczą na mocy ustawy o swobodzie działalności gospodarczej albo, jeszcze rzadziej, osoba fizyczna, którą da się utożsamić z osobą prawną (na gruncie polskiego prawa sytuacja taka jest możliwa przede wszystkim w wypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółki akcyjnej, w której jedynym udziałowcem lub akcjonariuszem jest osoba fizyczna).

¹⁵⁵ P. Semeniuk, *Wina i strona podmiotowa w prawie konkurencji...*, s. 93–123. W pracy tej preferowane będzie pojęcie „podmiotów kolektywnych”.

¹⁵⁶ Tak: A. Piszcz, *Sankcje...*, s. 278.

4.5.2. Wina podmiotów kolektywnych w polskim prawie karnym i cywilnym

W polskim prawie karnym zagadnienie winy podmiotów kolektywnych jest unormowane przez uchwaloną w 2002 r. ustawę o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary („uopz”)¹⁵⁷. Co do zasady, na podstawie powyższej ustawy, podmiot kolektywny (podmiot „zbiorowy”¹⁵⁸) odpowiada (a więc ponosi winę) przede wszystkim za dwa typy zachowań osób fizycznych wchodzących „w skład” tego podmiotu:

- po pierwsze, zgodnie z art. 3 pkt 1 uopz, podmiot zbiorowy odpowiada za działanie osoby fizycznej „w imieniu lub w interesie podmiotu zbiorowego w ramach uprawnienia lub obowiązku do jego reprezentowania” (przepis obejmuje również działanie w wyniku przekroczenia zakresu reprezentacji);
- po drugie, zgodnie z art. 3 pkt 2 oraz pkt 3 uopz, odpowiedzialność i wina podmiotu zbiorowego polegać mogą na zachowaniu osoby „dopuszczalnej do działania w wyniku przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków przez osobę wymienioną w art. 3 pkt 1” lub też osoby „działającej w imieniu lub w interesie podmiotu zbiorowego, za zgodą lub wiedzą” osoby wymienionej w art. 3 pkt 1.

Art. 3 pkt 1 uopz wydaje się wprowadzać w prawie karnym koncepcję zbliżoną do tzw. winy piastuna organu osoby prawnej w prawie cywilnym¹⁵⁹. Podmiot kolektywny ponosi winę wtedy, gdy winę tę da się udowodnić osobie niejako „zarządzającej” podmiotem kolektywnym. W prawie karnym jest to osoba fizyczna wymieniona w art. 3 pkt 1 uopz, a w prawie cywilnym osoba fizyczna będąca piastunem osoby prawnej¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Ustawa z dnia 18 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz.U. z 2002 r. Nr 197 poz. 1661 ze zm., „uopz”).

¹⁵⁸ Powyższe określenia będą używane w sposób synonimiczny.

¹⁵⁹ Należy zauważyć, że doktryna prawa cywilnego stoi na stanowisku, zgodnie z którym z winą organu osoby prawnej mamy do czynienia nawet wówczas, gdy taką winę da się przypisać jedynie jednemu z członków danego organu. Zob. P. Machnikowski [w:] A. Olejniczak (red.) *System...*, s. 417; A. Olejniczak [w:] A. Kidyba (red.), *Kc...*, s. 364; G. Bieniek (red.), *Komentarz do kc. Księga trzecia. Zobowiązania*. Tom 1, LexisNexis, Warszawa 2009, s. 320.

¹⁶⁰ Należy jednak zauważyć, że, zgodnie z art. 5 pkt 2 uopz, zachowanie osoby wymienionej w art. 3 pkt 1 uopz da się przypisać podmiotowi zbiorowemu jedynie w wypadku, kiedy „do popełnienia czynu zabronionego doszło w następstwie (...) organizacji działalności podmiotu zbiorowego, która nie zapewniała uniknięcia popełnienia czynu zabronionego przez osobę, o której mowa w art. 3 pkt 1”. Powyższy przepis, który został dodany do ustawy w 2011 r., był bezpośrednim następstwem głośniego postanowienia SN z 5 maja 2009 r. (IV KK 427/08, baza LEX). Nie wiadomo jednak, jak w praktyce interpretować powyższy przepis. Wydaje się bowiem, że kiedy po stronie osoby uprawnionej do reprezentacji podmiotu kolektywnego da się wykazać winę umyślną, winę da się przypisać również podmiotowi kolektywnemu bez względu na wady w organizacji. Dla krytyki

Art. 3 pkt 2 uopz wprowadza też konstrukcję odpowiedzialności podmiotu zbiorowego na zasadzie winy w wyborze oraz, pokrewnej temu pojęciu, winy w nadzorze¹⁶¹. Świadczy o tym treść art. 5 pkt 1 uopz, który stanowi, że podmiot zbiorowy odpowiada w sytuacji „braku należytej staranności w wyborze osoby fizycznej, o której mowa w art. 3 pkt 2 lub 3 uopz, lub co najmniej braku należytego nadzoru nad tą osobą – ze strony organu lub przedstawiciela podmiotu zbiorowego”. Oba te pojęcia (wina w wyborze¹⁶² oraz wina w nadzorze) są pojęciami zaczerpniętymi z prawa cywilnego, przy czym w doktrynie prawa cywilnego podnosi się, że odpowiedzialność (i winę) osobie prawnej można przypisać tylko korzystając z konstrukcji winy w wyborze unormowanej w art. 429 oraz art. 430 kc¹⁶³. Słuszne, na gruncie uopz, wydaje się zatem stanowisko, zgodnie z którym „wina w wyborze powinna (...) zostać stwierdzona w odniesieniu do organu (członka organu) podmiotu zbiorowego, co zgodne byłoby z teorią organów, w myśl której działania organów są działaniami osoby prawnej”¹⁶⁴. Powyższy pogląd jest tożsamy z przyjętym w prawie cywilnym założeniem, zgodnie z którym w wypadku winy w wyborze co do zasady konieczne jest wykazanie tej winy zarówno w odniesieniu do osoby powierzającej, jak i do wykonawcy¹⁶⁵.

Zarówno w prawie karnym, jak i w prawie cywilnym w kontekście zagadnienia winy podmiotów kolektywnych znaczenie ma pojęcie tzw. winy orga-

wspomnianego orzeczenia SN i późniejszej zmiany uopz, będącej konsekwencją tego orzeczenia – zob. P. Semeniuk, *Wina i strona podmiotowa w prawie konkurencji...*, s. 101–103.

¹⁶¹ Tak: A. Bartosiewicz, *Przestanki odpowiedzialności podmiotu zbiorowego – aspekty praktyczne*, PPH nr 2/2004, s. 42; B. Nita, *Model odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zagrożone pod groźbą kary*, Państwo i Prawo 2003, nr 6; J. Potulski, *Glosa do postanowienia SN z dnia 5 maja 2009 r. Wina podmiotu zbiorowego*, baza LEX.

¹⁶² Winy w wyborze dotyczy przede wszystkim art. 429 kc stanowiący, że „kto powierza wykonanie czynności drugiemu, ten jest odpowiedzialny za szkodę wyrządzoną przez sprawcę przy wykonywaniu powierzonej mu czynności, chyba że nie ponosi winy w wyborze albo że wykonanie czynności powierzył osobie, przedsiębiorstwu lub zakładowi, które w zakresie swej działalności zawodowej trudnią się wykonywaniem takich czynności”.

¹⁶³ Tak: G. Bieniek (red.), *Komentarz...*, s. 320; A. Olejniczak [w:] A. Kidyba (red.), *Kc...*, s. 363. O ile jednak wina w wyborze ma związek z odpowiedzialnością osób prawnych na gruncie prawa cywilnego, unormowana w art. 427 kc. koncepcja winy w nadzorze dotyczy nadzoru nad osobą małoletnią lub niepoczytalną i w związku z tym nie ma w prawie cywilnym zastosowania do odpowiedzialności osób prawnych.

¹⁶⁴ A. Bartosiewicz, *Przestanki odpowiedzialności...*, s. 42.

¹⁶⁵ Art. 430 kc stanowi *lex specialis* w odniesieniu do art. 429 kc i dotyczy sytuacji, w których wykonawca podlega kierownictwu powierzającego. O ile w art. 429 kc odpowiedzialność powierzającego jest zależna od istnienia po jego stronie „winy w wyborze”, to art. 430 kc wprowadza obiektywną odpowiedzialność powierzającego. Tak: P. Machnikowski [w:] A. Olejniczak (red.) *System...*, s. 429.

nizacyjnej (lub winy w organizacji)¹⁶⁶. W prawie karnym pojęcie to zostało wprowadzone w art. 5 pkt 2 uopz. W prawie cywilnym koncepcja winy w organizacji osoby prawnej polega na sytuacji, w której szkoda została wyrządzona z powodu „błędów w naturze organizacyjnej” danej jednostki (w praktyce prawa cywilnego pojęcie winy organizacyjnej pojawia się najczęściej w kontekście odpowiedzialności szpitali za szkody wyrządzone pacjentowi)¹⁶⁷.

Pomimo pewnych różnic wydaje się, że na gruncie uopz oraz w prawie cywilnym mamy do czynienia ze spójnymi doktrynalnie pojęciami winy w wyborze (na gruncie prawa karnego zastosowanie ma również koncepcja winy w nadzorze). W celu wykazania podmiotowi zbiorowemu winy na podstawie koncepcji winy w wyborze, winę należy wykazać zarówno w odniesieniu do osoby bezpośrednio dopuszczającej się danego naruszenia (może ona działać w warunkach umyślności bądź nieumyślności), jak i osobie zarządzającej podmiotem kolektywnym (w prawie karnym jest to osoba wymieniona w art. 3 pkt 1 uopz, a w prawie cywilnym piastun organu osoby prawnej) – osobie takiej należy wykazać „odrębną” winę, właśnie winę „w wyborze”. W prawie karnym oraz cywilnym znaczenie ma także pojęcie winy organizacyjnej. Wreszcie zarówno wina w wyborze, wina w nadzorze, jak i wina w organizacji są rodzajem winy nieumyślnej¹⁶⁸.

4.5.3. Wina podmiotów kolektywnych w prawie ochrony konkurencji UE

W prawie UE o wypracowaniu pewnych zasad dotyczących oceny zawińnięcia przedsiębiorcy kolektywnego można mówić przede wszystkim na gruncie orzeczeń TSUE w sprawach *Pioneer*¹⁶⁹ oraz *Volkswagen*¹⁷⁰. W obu

¹⁶⁶ Zob. np. G. Bieniek (red.), *Komentarz...*, s. 320; zob. też: A. Derkowska, *Jeszcze kilka refleksji o winie bezimiennej i winie w organizacji w pryzmacie odpowiedzialności lekarza w zespole i odpowiedzialności publicznego zakładu opieki zdrowotnej*, Prawo i Medycyna. pl, pkt 5, artykuł dostępny na: <http://www.prawoimedycyna.pl/index.php?str=artykul&id=165&PHPSESSID=28110c71704ca4550a>, dostęp: 25.08.2015 r.

¹⁶⁷ Zob. A. Derkowska, *Jeszcze kilka refleksji...*

¹⁶⁸ P. Semeniuk, *Wina i strona podmiotowa w prawie konkurencji...*, s. 97.

¹⁶⁹ W orzeczeniu *Pioneer* przedmiot analizy TSUE stanowiła sytuacja spółki Melchers (dys-trybutora produktów spółki Pioneer na terytorium Niemiec). Decyzja o udziale spółki Melchers w zakazanym porozumieniu (porozumienie zakładało niedopuszczenie do importu produktów spółki Pioneer z Niemiec do Francji) została podjęta przez jej pracowników. Jak podnosiła przed Komisją i TSUE spółka Melchers, pracownicy ci jednak „nie otrzymywali żadnych instrukcji od partnerów spółki”, zatem ich działanie nie mogło prowadzić do „imputacji pracodawcy bezprawnej (*wrongful*) intencji”. Zob. wyrok ETS z 7.06.1983 r. w połączonych sprawach 100-103/80 *Pioneer Electronic i inni p. Komisji („Pioneer”)*, pkt 90. Wyrok dostępny na: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r.

¹⁷⁰ W sprawie tej spółka *Volkswagen* podnosiła, że „nawet zakładając, że przedsiębiorstwo jest odpowiedzialne za działanie wszystkich osób działających w sferze wpływu (*sphere*

orzeczeniach spółki, na które Komisja nałożyła karę pieniężną, podnosiły, że decyzja o udziale w antykonkurencyjnej praktyce została podjęta przez pracowników tych spółek, bez wiedzy osób zarządzających spółką.

W obu powyższych sprawach TSUE podszedł do zagadnienia winy podmiotów kolektywnych w sposób nad wyraz liberalny. W sprawie *Pioneer* TSUE uznał, że dla zastosowania przepisu uprawniającego Komisję do nałożenia kary za naruszenie prawa konkurencji „nie jest konieczne wykazywanie działania ani nawet wiedzy po stronie partnerów lub głównych managerów (*principal managers*) przedsiębiorcy”. Wystarczy bowiem wykazanie, że miało miejsce „działanie ze strony osoby, która jest uprawniona do podejmowania czynności w imieniu przedsiębiorcy” (*action by a person who is authorized to act on behalf of the undertaking*)¹⁷¹. W sprawie *Volkswagen* TSUE poszedł jeszcze krok dalej i uznał, że SPI poprawnie zastosował prawo i równie poprawnie dopatrył się „zamierzonej natury naruszenia (*intentional nature of the infringement*)”, pomimo braku „identyfikacji osób, które zachowały się w obrębie przedsiębiorstwa nieprawidłowo” lub nawet osób „odpowiedzialnych za defektywną organizację przedsiębiorstwa”¹⁷². TSUE nie przedstawił jednak praktycznie żadnej tezy na poparcie swojego stanowiska, ograniczając się do stwierdzenia, że „gdyby uznać stanowisko skarżącego, rzutowałoby to (*impinge*) poważnie na efektywność wspólnotowego prawa konkurencji”¹⁷³.

Powyższe orzeczenia TSUE dotyczące winy po stronie podmiotów kolektywnych są w doktrynie prawa konkurencji UE poddawane silnej krytyce. K. Hoffstetter oraz M. Ludescher uważają nawet, że na gruncie powyższych orzeczeń wina po stronie przedsiębiorcy kolektywnego jest implikowana wyłącznie i „w sposób niemożliwy do obalenia” (*irrefutably*) z faktu,

of influence) tego przedsiębiorcy” (czyli nawet akceptując konkluzje TSUE z orzeczenia w sprawie *Pioneer*), to „niezbędna jest przynajmniej możliwość wykazania, że osoby, które dopuściły się tego działania, postępowały nieprawidłowo”. Innymi słowy, według spółki *Volkswagen*, nawet uznając konkluzje wynikające ze sprawy *Pioneer*, w celu nałożenia kary na dane przedsiębiorstwo (spółkę), niezbędne jest przynajmniej przypisanie winy jakiemukolwiek pracownikowi tego przedsiębiorcy (spółki). W powyższej sprawie, według spółki *Volkswagen*, Komisja nie była w stanie zidentyfikować takiego pracownika. Spółka *Volkswagen* wskazywała ponadto, że zarówno Komisja, jak i SPI nie wykazały (i nawet nie kłopotowały się, żeby wykazywać) tej spółce „wad (*shortcomings*) w organizacji” lub „naruszenia obowiązku nadzoru nad pracownikami (*breach of duty of surveillance*)”. Zob. wyrok ETS z 18.10.2003 r. w sprawie C-338/00 P *Volkswagen p. Komisji*, pkt 90–98.

Wyrok dostępny na: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r.

¹⁷¹ *Ibidem*, pkt 98.

¹⁷² *Ibidem*, pkt 98.

¹⁷³ *Ibidem*, pkt 97.

że doszło do naruszenia prawa konkurencji¹⁷⁴. Autorzy podkreślają rolę wprowadzenia w przedsiębiorstwach tzw. programów zgodności z przepisami konkurencji (tzw. *compliance programs*)¹⁷⁵ i postulują, że, w razie braku wiedzy osób zarządzających przedsiębiorstwem o naruszeniu, obecność takich programów pozwalałaby wyłączyć odpowiedzialność i winę po stronie przedsiębiorstwa. Do elementów tzw. wzorcowego programu zgodności (ang. *best practice compliance*) autorzy zaliczają m.in.: prowadzenie przez przedsiębiorcę dla swoich pracowników specjalnych wewnętrznych kodeksów postępowania i poradników dotyczących prawa konkurencji (tzw. *antitrust law handbooks*), regularne organizowanie z personelem spotkań dotyczących prawa konkurencji, w szczególności dokonywanie periodycznych „odzewów” do pracowników dotyczących przestrzegania prawa antymonopolowego ze strony zarządu przedsiębiorcy (tzw. *tones from the top*), sprawdzanie u nowo rekrutowanych pracowników ich znajomości reguł prawa konkurencji, zapewnienie przez przedsiębiorców odpowiednich procedur umożliwiających anonimowe zgłaszanie przez personel (tzw. *whistleblowers*) podejrzeń naruszenia prawa konkurencji, zapewnienie, że osób zgłaszających takie naruszenia nie spotkają żadne sankcje, oraz regularne ocenianie aktualnego poziomu wdrożenia programu *compliance* za pomocą określania profilu ryzyka przedsiębiorcy pod kątem ewentualnych naruszeń prawa antymonopolowego (tzw. *risk mapping*).

4.5.4. Wina podmiotów kolektywnych w polskim prawie ochrony konkurencji

O ile w europejskim prawie konkurencji TSUE wydaje się ignorować zasadę winy przy zagadnieniu zawinienia podmiotu kolektywnego (co powinno podlegać krytyce), w prawie polskim Prezes UOKiK, stosując uokk, nie powinien przechodzić do porządku dziennego nad wymogiem winy po stronie podmiotów kolektywnych. Zakładając nawet, że w prawie europejskim obowiązuje bardzo liberalne rozumienie zagadnienia winy podmiotów kolektywnych, polskie prawo może i powinno podchodzić do tego zagadnienia w sposób bardziej restrykcyjny. Wydaje się, że Państwa Członkowskie UE mogą przyjąć bardziej restrykcyjną definicję winy na potrzeby administracyjnej odpowiedzialności za naruszenie prawa konkurencji, niż wynika to z orzecznictwa TSUE (a tym samym – z prawa UE). Rozporządzenie 1/2003, w zakresie w jakim normuje wzajemne relacje między

¹⁷⁴ K. Hofstetter, M. Ludescher, *Fines against Parent Companies in EU Antitrust Law: Setting Incentives for „Best Practice Compliance”*, World Comp. 2010, vol. 33(1), s. 60.

¹⁷⁵ Zob. K. Hofstetter, M. Ludescher, *Fines...*, s. 64–65.

wspólnotowym a krajowym prawem konkurencji (a dokładniej art. 3 ust. 2 tego rozporządzenia), nie pozwala przepisom krajowym jedynie „zakazywania porozumień (...), które nie ograniczają konkurencji w rozumieniu art. 81 ust. 1 Traktatu lub spełniają przesłanki art. 81 ust. 3, lub są objęte rozporządzeniem w celu stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu”¹⁷⁶. W związku z powyższym należy co prawda uznać, że art. 3 Rozporządzenia 1/2003 wprowadza „ograniczenie suwerenności polskiego prawodawcy w zakresie stanowienia norm dotyczących ochrony konkurencji”, ale jedynie w odniesieniu do katalogu zakazanych porozumień i obiektywnych przesłanek tych porozumień¹⁷⁷. Trudno natomiast mówić, że przepisy Rozporządzenia 1/2003 zakazują Państwu Członkowskim przyjęcia mniej restrykcyjnej niż w prawie wspólnotowym koncepcji winy. W powyższej sytuacji przecież nie zmieniłby się krajowy katalog zakazanych praktyk, a jedynie w niektórych sytuacjach (kiedy przedsiębiorcy kolektywnemu nie dałoby się wykazać winy) krajowe organy ochrony konkurencji nie mogłyby nakładać na przedsiębiorcę kar za stosowanie tych zakazanych praktyk¹⁷⁸.

Wydaje się zatem, że polskie prawo konkurencji może się posiłkować konstrukcjami dotyczącymi winy podmiotów kolektywnych przyjętymi w polskim prawie karnym i cywilnym¹⁷⁹. Konstrukcje te byłyby pomocne w wykazaniu, kiedy podmiot kolektywny ponosi winę za działanie naruszające uokk (a tym samym kiedy Prezes UOKiK może na taki podmiot nałożyć karę administracyjną) oraz czy taka wina jest winą umyślną, czy też nieumyślną (zaklasyfikowanie winy jako umyślnej albo nieumyślnej ma w polskim prawie konkurencji znaczenie ze względu na wymiar kary¹⁸⁰).

¹⁷⁶ Zob. np. M. Krasnodębska-Tomkiel, *Wspólnotowe prawo konkurencji. Skutki dla Polski*, Warszawa 2006, s. 279.

¹⁷⁷ M. Krasnodębska-Tomkiel, *ibidem*, s. 278.

¹⁷⁸ Powyższa konkluzja dotyczy z całą pewnością nakładania przez polski organ ochrony konkurencji kar za naruszenie prawa krajowego. Należy jednak zauważyć, że Prezes UOKiK ma również, na mocy Rozporządzenia 1/2003 oraz uokk, kompetencję do stosowania prawa konkurencji UE (takie stosowanie prawa konkurencji UE przez Prezesa UOKiK jest jednak w praktyce rzadkie).

¹⁷⁹ Tak: M. Król-Bogomilska w odniesieniu do konstrukcji przyjętych w prawie karnym, zob. M. Król-Bogomilska, *Zwalczanie karteli...*, s. 193–194 („Na pewno źródłem inspiracji [dla ewentualnych przyszłych uregulowań dotyczących winy podmiotów kolektywnych w prawie antymonopolowym] mogłyby być różne modele odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary”).

¹⁸⁰ Zgodnie z pkt 4.2. (s. 5) Wyjaśnień Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 29.12.2008 r. w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję oraz z art. 111 ust. 4 pkt 1 lit. d „umyślność naruszenia” stanowi tzw. okoliczność obciążającą, przy zaistnieniu której Prezes UOKiK może zwiększyć wysokość kary o maksymalnie 50%.

Biorąc powyższe pod uwagę, należałoby uznać, że podmiot kolektywny dopuścił się umyślnego naruszenia polskiego prawa konkurencji wtedy, gdy taką umyślność da się wykazać po stronie osoby fizycznej „zarządzającej” tym podmiotem. Za osoby zarządzające należałoby uznać przede wszystkim osoby wchodzące w skład organów osób prawnych i odpowiednie osoby zarządzające przedsiębiorcami kolektywnymi niemającymi osobowości prawnej (np. komplementariusze w spółce komandytowej). Ewentualnie można byłoby zastosować analogię do teorii funkcjonalnej przyjętej na gruncie art. 3 pkt uopz i uznać, że osobami zarządzającymi mogą też w niektórych sytuacjach być osoby posiadające szerokie uprawnienia do reprezentacji danego przedsiębiorcy na poziomie centralnym (np. prokurenci czy też osoby zajmujące stanowiska typu dyrektorskiego w centralnej strukturze danego przedsiębiorcy). Skoro umyślność może polegać nie tylko na zamiarze bezpośrednim, ale również zamiarze ewentualnym¹⁸¹, należałoby uznać, że w sytuacji, w której osoba zarządzająca wie o naruszeniu przez podmiot kolektywny reguł konkurencji (które to naruszenie ma miejsce wskutek decyzji podjętych przez inne osoby wchodzące w skład podmiotu kolektywnego), takiemu podmiotowi również dałoby się przypisać umyślność.

W innych wypadkach – kiedy naruszenie prawa konkurencji nie wynikałoby z działalności osób fizycznych „zarządzających” podmiotem kolektywnym, a osoby te nie miałyby wiedzy o naruszeniu, podmiotowi kolektywnemu dałoby się wykazać nieumyślność korzystając z konstrukcji winy w wyborze, winy w nadzorze i winy organizacyjnej, np. przez wykazanie, że osoby „zarządzające” podmiotem kolektywnym nie dołożyły należytej staranności w doborze niższego personelu lub w kontrolowaniu tego personelu tak, żeby zminimalizować ryzyko naruszenia przez podmiot kolektywny reguł konkurencji¹⁸².

Wreszcie należałoby uznać, że wykazanie przez podmiot kolektywny wdrożenia w działalności tego podmiotu skutecznego programu *compliance*, w połączeniu z brakiem winy po stronie osób „zarządzających”, pozwoliłoby takiemu podmiotowi na uniknięcie odpowiedzialności, nawet na zasadzie winy nieumyślnej.

¹⁸¹ Zob. podrozdział VI.3.1.

¹⁸² Za zbyt daleko idące należy w związku z powyższym uznać stanowisko A. Piszcz, zgodnie z którym „wybór pracowników, jak i ustanawianie pełnomocników, jest sprawą wewnętrzną organizacji danego podmiotu gospodarczego, zatem pracodawca ponosi odpowiedzialność za dobór osób, które reprezentują go w stosunku do podmiotów zewnętrznych”, a „kary pieniężne” [mogą być na przedsiębiorców nakładane również gdy] „zachowanie pracowników niebędących reprezentantami przedsiębiorcy naruszało obowiązki spoczywające na przedsiębiorcy”. Zob. A. Piszcz, *Sankcje...*, s. 280.

5. Przypisanie odpowiedzialności w polskim prawie ochrony konkurencji

5.1. Poglądy doktryny

W doktrynie polskiego prawa konkurencji, podczas gdy większość autorów wspomina o koncepcji *single economic unit* w jej aspekcie materialnym, jedynie nieliczni autorzy omawiają ją w aspekcie formalnym. Do tych autorów należy B. Turno, który postuluje obowiązywanie w prawie polskim koncepcji jednego organizmu gospodarczego w aspekcie formalnym¹⁸³.

5.2. Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie kartelu cementowego

Jedynym przykładem sprawy zakończonej decyzją Prezesa UOKiK, w której poruszona została tematyka przypisania odpowiedzialności w ramach jednego organizmu gospodarczego, była¹⁸⁴ sprawa kartelu cementowego i roli, jaką w tym kartelu odegrała spółka Ekocem sp. z o.o. (stanowiąca w 100% własność spółki Góraźdże Cement SA). Kontekst powyższej sprawy był jednak specyficzny. Po przeanalizowaniu materiału dowodowego Prezes UOKiK uznał, że Ekocem sp. z o.o. nie uczestniczyła w kartelu¹⁸⁵. Prezes UOKiK wspominał jednak, niejako mimochodem, że obie spółki stanowią „jeden podmiot gospodarczy”, a spółka Ekocem sp. z o.o. „nie posiadała (...) swobody w kształtowaniu swoich działań rynkowych, które były określane przez spółkę-matkę”¹⁸⁶ i, w związku z powyższym, „brak swobody w tym zakresie wyłącza możliwość penalizacji zarzucanych takiemu przedsiębiorcy działań”¹⁸⁷. Wniosek o braku swobody po stronie Ekocem sp. z o.o. Prezes UOKiK, poza relacją właścicielską, oparł również na innych okolicznościach strukturalnych¹⁸⁸ oraz

¹⁸³ B. Turno, *Leniency...*, pkt 3.3 („Brak wyraźnych głosów postulujących stosowanie w prawie polskim tej koncepcji [koncepcji jednego organizmu gospodarczego] do przypisywania spółce-matce odpowiedzialności za antykonkurencyjne zachowania jej spółek-córek (co także należałoby postulować).”).

¹⁸⁴ Wspominana w podrozdziale II.4.3.2.

¹⁸⁵ Decyzja Prezesa UOKiK z 8.12.2009 r., DOK-7/09, pkt 566, s. 97. Decyzja dostępna na: www.uokik.gov.pl.

¹⁸⁶ *Ibidem*, pkt 561, s. 97.

¹⁸⁷ *Ibidem*, pkt 565, s. 98.

¹⁸⁸ Przede wszystkim na fakcie „pokrywania się” członków zarządów obu spółek: przez większą część okresu po zakupie przez Cement SA spółki Ekocem „wszyscy członkowie rady nadzorczej Ekocem sp. z o.o. byli równocześnie członkami zarządu Góraźdże Cement SA”. *Ibidem*, s. 15, pkt 52.

behawioralnych¹⁸⁹, które wydawały się (posługując się terminologią prawa europejskiego) świadczyć o wywieraniu przez Górażdże Cement SA rzeczywistego decydującego wpływu na Ekocem sp. z o.o. Abstrahując od faktu, że na podstawie oceny materiału dowodowego przez Prezesa UOKiK w powyższej sprawie spółka-córka (Ekocem sp. z o.o.) nie uczestniczyła w kartelu, wydaje się, że Prezes UOKiK opowiedział się za następującym stanowiskiem. Nawet jeżeli spółka-córka (Ekocem sp. z o.o.) uczestniczyłaby w kartelu wraz ze spółką-matką, to jeżeli spółka-córka nie posiada „swobody w kształtowaniu swoich działań rynkowych” (pojęcie braku swobody wydaje się bliskie pojęciu wywierania „rzeczywistego decydującego wpływu”), to nie może ona odpowiadać za naruszenie prawa konkurencji. Decyzję Prezesa UOKiK w zakresie zastosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego podtrzymał w swoim wyroku Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów¹⁹⁰.

Powyższe stanowisko wyrażone przez Prezesa UOKiK (z którym zdaje się zgadzać Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów) w sprawie kartelu cementowego wydaje się opierać na niezrozumieniu prawa europejskiego (Prezes UOKiK cytuje na poparcie swojej decyzji zarówno wyroki TSUE dotyczące koncepcji *single economic unit* w aspekcie materialnym¹⁹¹, jak i decyzję Komisji Europejskiej dotyczącą przypisania odpowiedzialności spółce-matce¹⁹²). W prawie europejskim fakt, że spółka-matka wywiera (rzeczywisty) wpływ na spółkę-córkę uczestniczącą w praktyce naruszającej reguły konkurencji UE, pozwala nałożyć karę również na spółkę-matkę, co nie znaczy wcale (jak zdaje się sugerować Prezes UOKiK), że zachodzi relacja odwrotna: tj. że w razie braku autonomii po stronie spółki-córki kara nie może zostać na nią nałożona. Stanowisko takie rodzi zresztą dodatkowe komplikacje, jeżeli chodzi o przychód, który brany jest przez organy konkurencji pod uwagę przy nakładaniu kary administracyjnej. Logiczne (i stosowane przez Komisję Europejską) wydaje się rozwiązanie, w któ-

¹⁸⁹ „Górażdże Cement SA [w imieniu spółki Ekocem] samodzielnie prowadzi negocjacje z potencjalnymi odbiorcami cementu, podpisuje z nimi umowy, wystawia faktury, oznakowuje cały asortyment znakami towarowymi Górażdże Cement SA”. *Ibidem*, s. 15, pkt 48.

¹⁹⁰ Sąd obniżył jedynie wysokość kar nałożonych na przedsiębiorców. Zob. wyrok SOKiK z 13.12.2013, XVII Ama 173/10.

¹⁹¹ Np. wyroki TSUE w sprawie *Beguelin Import, Centrafarm i Viho* (op. cit.) cytowane są w przypisie 154 na stronie 98 decyzji Prezesa UOKiK w sprawie kartelu cementowego.

¹⁹² Chodzi o decyzję Komisji Europejskiej z 3.05.2006 r. w sprawie COMP/F/38.620 *Hydrogen Peroxide i Perborate* cytowaną w przypisie 159 na stronie 98 decyzji Prezesa UOKiK w sprawie kartelu cementowego (decyzja Komisji dostępna na: <http://ec.europa.eu/competition/>, dostęp: 25.08.2015 r.).

rym w razie uczestniczenia w naruszeniu prawa konkurencji jednocześnie przez spółkę-matkę i spółkę-córkę, przy braku autonomii po stronie spółki-córki, kara powinna być obliczona w oparciu o łączny przychód spółki-matki i spółki-córki. Na skutek specyficznej argumentacji Prezesa UOKiK w sprawie kartelu cementowego, inną opinię zdaje się mieć Sąd Ochrony Konkurencji. W ocenie tego sądu, skoro spółka-córka nie uczestniczyła w naruszeniu (z powodu braku autonomii po swojej stronie), kara na spółkę-matkę powinna zostać obliczona tylko w oparciu o jej przychód, bowiem to ona „ponosi osobistą odpowiedzialność za swoje działanie”¹⁹³. Powyższe stanowisko SOKiK należy poddać krytyce.

5.3. Przepisanie odpowiedzialności a wina podmiotów kolektywnych w polskim prawie ochrony konkurencji

Poza decyzją Prezesa UOKiK w sprawie kartelu cementowego i zawartym w niej wątpliwym tokiem rozumowania (zob. powyżej), w praktyce stosowania polskiego prawa konkurencji, w przeciwieństwie do prawa UE, zagadnienie przypisania odpowiedzialności za naruszenie prawa konkurencji nie należy, delikatnie mówiąc, do najbardziej palących. Powodem powyższego stanu rzeczy może być np. niewielka liczba wykrytych karteli¹⁹⁴. Przede wszystkim jednak za powyższy stan rzeczy wydaje się odpowiadać specyfika stosowania unijnego porządku antymonopolowego oraz porządków krajowych.

Komisja Europejska prowadzi bowiem postępowania antymonopolowe dotyczące praktyk naruszających art. 101 i 102 TFUE, które mają wymiar europejski, a więc dotyczą co do zasady rynków więcej niż jednego Państwa Członkowskiego¹⁹⁵. Pomimo zaś wieloletnich wysiłków UE, zmierzających

¹⁹³ Zob. XVII Ama 173/10.

¹⁹⁴ Zob. np. S. Syp, *I czym tu się chwalić? Wykryte porozumienia antykonkurencyjne w 2013 r.*, 4.02.2014 r., korporacyjnie.pl.

¹⁹⁵ Co do zasady prawo konkurencji UE powinno być stosowane, jeżeli praktyka ograniczająca konkurencję ma tzw. unijny wymiar, a więc – zgodnie z art. 101 TFUE – może „wpływać na handel między Państwami Członkowskimi”. Prawo UE powinno zatem stosować się do praktyk mających wpływ na terytorium minimum dwóch Państw Członkowskich. Ponieważ organy konkurencji Państw Członkowskich (takie jak np. Prezes UOKiK) posiadają też, na mocy Rozporządzenia 1/2003, kompetencje do stosowania prawa UE, Komisja, w specjalnych wytycznych, określiła politykę podziału spraw z zakresu prawa konkurencji UE pomiędzy sobą a tymi organami. Na podstawie pkt. 14 Wytycznych Komisji Europejskiej w sprawie współpracy w ramach organów konkurencji (ang. *Commission Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities*, Dz.Urz. UE 2004 Nr C 101/43), Komisja jest szczególnie „dobrze usytuowana” (ang. *well placed*)

do budowy wspólnego europejskiego rynku, przedsiębiorcy, którzy prowadzą swoją działalność na terytorium wielu krajów europejskich, najczęściej zmuszeni są (ze względu na liczne udogodnienia administracyjne, podatkowe, procesowe) do rejestracji odrębnego podmiotu prawnego (najczęściej spółki) w każdym Państwie Członkowskim UE. W związku z powyższym wydaje się naturalne, że w postępowaniach prowadzonych przez Komisję Europejską uczestniczący przedsiębiorcy występują jako liczne odrębne podmioty prawne mające swoje siedziby w różnych Państwach Członkowskich UE, a działalność takich podmiotów jest najczęściej koordynowana przez odrębny byt prawny (najczęściej spółkę-matkę), stojący na szczycie skomplikowanej kapitałowej struktury. Powyższy krajobraz prawny postępowania przed Komisją Europejską przyczynia się do tego, że Komisja często musi rozważać kwestię przypisania odpowiedzialności odrębnym spółkom wchodzącym w skład „jednego organizmu gospodarczego”.

W przeciwieństwie do postępowania unijnych, w Polsce, nawet w najgroźniejszych sprawach kartelowych, Prezes UOKiK ogranicza się do nałożenia kary na spółki zarejestrowane w Polsce (mimo że spółki te są często częścią europejskich lub światowych struktur kapitałowych¹⁹⁶).

Problem, który w UE wiąże się z przypisaniem odpowiedzialności odrębnym podmiotom prawnym w ramach jednego organizmu gospodarczego, w Polsce występuje jednak czasami w innym wariantcie, nie tak bardzo różniącym się koncepcyjnie od europejskich spraw z zakresu przypisania odpowiedzialności. Chodzi mianowicie o kary nakładane przez Prezesa UOKiK na przedsiębiorcę działającego na terytorium całego kraju za naruszenia polskiej ustawy antymonopolowej, będące skutkiem „zachowań” regionalnych oddziałów tego przedsiębiorcy. We współczesnej gospodarce przedsiębiorcy organizują swoją działalność w sposób hierarchiczno-terytorialny, a przyjęte przez nich formy prawne zależą od zastanego systemu prawnego: specyfika UE wymaga najczęściej rejestracji odrębnej spółki w każdym Państwie Członkowskim, natomiast specyfika prawna Państw Członkowskich pozwala

do podjęcia sprawy, jeżeli zarzucana praktyka oddziałuje na konkurencję w więcej niż trzech Państwach Członkowskich. W praktyce oznacza to, że większość spraw z zakresu prawa konkurencji UE trafia do Komisji, a nie do krajowych organów konkurencji.

¹⁹⁶ Taka sytuacja miała miejsce w sprawach dwóch, chyba najgroźniejszych, karteli wykrytych przez UOKiK, czyli w, cytowanej wyżej, sprawie kartelu cementowego (suma kar: ok. 410 mln zł) oraz w sprawie kartelu na rynku farb i lakierów (suma kar: ok. 110 mln zł, zob. decyzja Prezesa UOKiK z 18.10.2006 r., DOK-107/06, decyzja dostępna na: www.uokik.gov.pl). Zob. więcej (jeżeli chodzi o przegląd decyzji kartelowych wydanych przez Prezesa UOKiK w ostatnich latach wraz z wysokością nałożonych kar): B. Turno, *Leniency...*, rozdział 3, pkt 2.2.3, tabela 16.

prowadzić działalność w skali całego kraju w ramach jednej tylko spółki za pomocą różnego rodzaju regionalnych oddziałów.

Dobrym przykładem opisanego wyżej fenomenu „regionalizacji” działalności przedsiębiorców w Polsce jest decyzja z 2011 r.¹⁹⁷, w której Prezes UOKiK nałożył na spółkę PZU SA karę pieniężną za udział w praktyce polegającej na podziale rynku (a więc w praktyce opisanej w art. 6 ust. 1 pkt 3 uokk¹⁹⁸). Z treści uzasadnienia decyzji wynika jednak, że zarzucana spółce PZU SA praktyka ograniczała konkurencję jedynie „na terenie województwa kujawsko-pomorskiego”¹⁹⁹ – a po stronie PZU SA – praktyka ta wynikała z działalności regionalnego dyrektora sprzedaży tej spółki na województwo kujawsko-pomorskie. Powyższa okoliczność nie przeszkodziła jednak Prezesowi UOKiK nałożyć karę obliczonej na podstawie przychodu spółki PZU SA w skali całego kraju²⁰⁰. Mało tego, Prezes UOKiK uznał, że PZU SA dopuściło się umyślnego naruszenia uokk²⁰¹, a w konsekwencji – kara nałożona na tę spółkę została podwyższona o 20%²⁰². W powyższej sprawie wydaje się, że trudno było mówić o „umyślnej” winie podmiotu

¹⁹⁷ Decyzja Prezesa UOKiK z 30.12.2011 r., RBG-28/2011, decyzja dostępna na: www.uokik.gov.pl.

¹⁹⁸ Zarzucana praktyka polegała na podziale rynku sprzedaży ubezpieczenia NNW dzieci, młodzieży i personelu w placówkach oświatowych (*ibidem*, s. 1).

¹⁹⁹ *Ibidem*, s. 3.

²⁰⁰ W powyższym zakresie można mówić o pewnej luce w Wyjaśnieniach Urzędu Ochrony Konkurencji Konsumentów w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję (*op. cit.*). Tzw. kwota bazowa, która stanowi podstawę do obliczenia kary nakładanej na przedsiębiorcę, ustalana jest od przychodu całego przedsiębiorcy. Jeżeli więc sprzeczna z uokk praktyka, jak w omawianej decyzji, miała miejsce na terenie jedynie jednego z szesnastu województw, kwota bazowa ustalana jest od przychodu przedsiębiorcy – jeżeli przedsiębiorca ten działa w skali całego kraju – uzyskanego z działalności na terytorium wszystkich szesnastu województw. Ewentualnie „niewielki zasięg geograficzny praktyki w stosunku do zasięgu działania przedsiębiorcy” może stanowić tzw. okoliczność łagodząca i skutkować obniżeniem kary o maksymalnie 80% (zob. Wyjaśnienia..., *ibidem*, s. 3–4). Po pierwsze jednak obniżenie kary w praktyce najczęściej nie sięga 80% (w omawianej decyzji kara nałożona na PZU SA została obniżona o 50%, a niewielki zasięg geograficzny praktyki był jedynie jedną z kilku okoliczności łagodzących zidentyfikowanych w decyzji, zob. Decyzja Prezesa UOKiK, RBG-28/2011, *op. cit.*, s. 120–121), po drugie zaś nawet hipotetyczne obniżenie kary o 80% (czyli 20% oryginalnej kary) może nie odpowiadać rzeczywistemu zasięgowi geograficznemu danej praktyki (jedna szesnasta – czyli ułamek odpowiadający proporcji jednego województwa do liczby wszystkich województw w skali kraju – równa się jedynie ok. 6%).

²⁰¹ Za umyślnością przemawiała, według UOKiK, „treść (...) wiadomości e-mail [autorem tych wiadomości był regionalny dyrektor sprzedaży], z których wynika, że strony porozumienia świadomie podjęły antykonkurencyjną współpracę”. Zob. decyzja Prezesa UOKiK, RBG-28/2011, *op. cit.*, s. 121–122.

²⁰² Umyślność została uznana za tzw. okoliczność obciążającą, *ibidem*.

kolektywnego, którym była spółka PZU SA. Co najwyżej dałoby się tej spółce przypisać winę nieumyślną²⁰³.

Stan faktyczny decyzji Prezesa UOKiK w sprawie PZU pokazuje, że sytuacja „samowoli” regionalnego dyrektora sprzedaży niewiele różni się koncepcyjnie od sytuacji, w której podobnej samowoli w naruszeniu europejskich reguł konkurencji dopuszcza się krajowa spółka będąca częścią większego europejskiego holdingu spółek. I nałożenie kary na PZU SA, i na europejską spółkę-matkę, wymagają wykazania winy (umyślnej lub nieumyślnej) po stronie hierarchicznie wyższego członu organizacyjnego struktury danego przedsiębiorstwa²⁰⁴.

5.4. Podsumowanie

Ponieważ zagadnienie winy podmiotów kolektywnych koncepcyjnie nie różni się od zagadnienia „przypisania” odpowiedzialności, ewentualne „przypisanie” odpowiedzialności za naruszenie uokk, jeżeli w praktyce zaistnieje taka rzadka potrzeba, powinno następować na podstawie zapożyczonych z prawa karnego i cywilnego koncepcji prawnych dotyczących zagadnienia winy podmiotów kolektywnych²⁰⁵. Jednocześnie należy zauważyć, że zasto-

²⁰³ Zob. więcej: P. Semeniuk, *Wina i strona podmiotowa w prawie konkurencji...*, s. 112–113.

²⁰⁴ Jedyna różnica pomiędzy tymi dwiema sytuacjami polega na fakcie, że, w przeciwieństwie do spółki-córki, która jest odrębną osobą prawną („przedsiębiorcą” w rozumieniu art. 4 pkt 1 uokk), kary nie można nałożyć na sam tylko regionalny oddział. Wydaje się więc, że w razie braku wykazania winy (choćby nieumyślnej) po stronie krajowej centrali danej spółki, i w razie braku odrębnej podmiotowości prawnej „oddziału”, na oddział w ogóle nie można nałożyć kary za naruszenie prawa konkurencji. Zbyt daleko idącym byłby pogląd, zgodnie z którym za osobę zarządzającą przedsiębiorstwem (czyli, w omawianym kontekście, spółką działającą w skali całego kraju) można było uznać regionalnych menedżerów tego przedsiębiorstwa (ewentualna kara za naruszenie polskiego prawa konkurencji obliczana jest przecież na podstawie przychodu całej spółki, a nie „przychodu” regionalnego oddziału). Biorąc powyższe pod uwagę, można powiedzieć, że w polskim prawie konkurencji obowiązuje niewielka luka (niewielka, bo większości wypadków da się zapewne wykazać winę nieumyślną po stronie przedsiębiorcy, którego regionalny oddział naruszył prawo konkurencji). W pewnym sensie powyższa luka prawna została usunięta po planowanej wejściu w życie nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów umożliwiającej nakładanie kar na osoby fizyczne. Co prawda uokk przewiduje możliwość nakładania kar jedynie na „osoby zarządzające przedsiębiorstwem”, jednak na potrzeby odpowiedzialności osób fizycznych (gdzie wysokość kary nie jest uzależniona od przychodu „przedsiębiorcy”), powyższe pojęcie można rozumieć szerszej i uznać, że obejmuje ono również osoby fizyczne zarządzające regionalnymi „oddziałami” danego „przedsiębiorcy”.

²⁰⁵ Należy zwrócić uwagę na pogląd M. Król-Bogomilskiej, która, krytykując obecne w prawie europejskim domniemanie wywierania rzeczywistego wpływu (zob. podrozdział VI.3.3),

sowaniu koncepcji jednego organizmu gospodarczego w aspekcie formalnym nie stoi na przeszkodzie treść art. 106 uokk, zgodnie z którym Prezes UOKiK może nałożyć karę pieniężną tylko na przedsiębiorcę, który naruszył ustawę. Spółka, której da się wykazać winę w nadzorze lub winę w organizacji również naruszyła ustawę antymonopolową, tyle że nieumyślnie²⁰⁶.

Powyższe wnioski prowadzą do następujących obserwacji:

- do wykazania, że jeden podmiot (najczęściej spółka-matka) bezpośrednio uczestniczy (ang. *direct involvement*) w naruszeniu wraz z drugim podmiotem (najczęściej spółka-córka) konieczne jest wykazanie, że „osoby zarządzające” pierwszym podmiotem albo bezpośrednio uczestniczyły (w imieniu tego podmiotu) w naruszeniu prawa konkurencji, albo wiedziały o tym naruszeniu, a pierwszy podmiot posiada potencjalny decydujący wpływ na drugi podmiot (czyli np. większościowy udział kapitałowy) – w takim przypadku „bezpośredniego naruszenia” pierwszemu podmiotowi (najczęściej spółce-matce) da się przypisać **umyślność**;
- w przypadkach, w których nie da się po stronie pierwszego podmiotu wykazać bezpośredniego naruszenia, podmiotowi temu w dalszym ciągu można przypisać odpowiedzialność, wykazując mu winę **nieumyślną**; dla przypisania winy nieumyślnej pomocne wydaje się odpowiednie stosowanie konstrukcji prawnych z zakresu winy podmiotów kolektywnych występujących w polskim prawie karnym i cywilnym (przede wszystkim konstrukcji winy w nadzorze, winy w wyborze i winy organizacyjnej); ewentualne przypisanie winy nieumyślnej powinno być poprzedzone analizą okoliczności behawioralnych, które zasadniczo można rozumieć w podobny sposób, jak okoliczności świadczące o wywieraniu „rzeczywistego decydującego wpływu w prawie europejskim”; im bardziej pierwszy

postuluje wykorzystanie w kontekście przypisania odpowiedzialności „pojęć służących określeniu różnych form sprawstwa pośredniego (...) zaczerpniętych z dorobku prawa karnego”, takich jak: „sprawstwo kierownicze, sprawstwo polecające, podżeganie i pomocnictwo” (zob. M. Król-Bogomilska, *Zwalczanie karteli...*, s. 136–138). Choć powyższy pogląd nie jest niepoprawny, to kieruje on uwagę na niewłaściwe tory. Ma on bowiem zastosowanie jedynie do sytuacji, w której jeden podmiot (najczęściej spółka-matka) bezpośrednio uczestniczy w naruszeniu prawa konkurencji (ang. *direct involvement* – dla różnicy pomiędzy *direct involvement* a „przypisaniem” odpowiedzialności – zob. podrozdział VI.3.1). W sytuacji „klasycznego” przypisania odpowiedzialności pomocne są nie tyle pojęcia prawa karnego dotyczące różnych form sprawstwa pośredniego, co bardziej pojęcia ze sfery zagadnienia winy podmiotów kolektywnych.

²⁰⁶ Wydaje się, że nic nie stoi na przeszkodzie, żeby spółka mogła domagać się od spółki-córki rekompensaty szkody polegającej na zapłacie kary administracyjnej na gruncie ogólnych reguł odpowiedzialności odszkodowawczej Kodeksu cywilnego i proporcjonalnego do winy obu spółek.

podmiot poprzez swój personel skutecznie ingerował w działalność drugiego podmiotu i kontrolował tę działalność w praktyce, tym bardziej zasadne wydaje się postawienie takiemu podmiotowi zarzutu, że nie nadzorował on należycie drugiego podmiotu lub że źle zorganizował działalność tego podmiotu (a tym samym, że ponosi winę w nadzorze lub winę w organizacji); wdrożenie przez pierwszy podmiot w strukturze organizacyjnej drugiego podmiotu „skutecznego” programu *compliance*²⁰⁷ w połączeniu z brakiem bezpośredniego naruszenia po stronie pierwszego podmiotu wydaje się też uniemożliwiać przypisanie pierwszemu podmiotowi nawet nieumyślnej winy;

- wydaje się, że w kontekście „przypisania odpowiedzialności” w prawie polskim nie powinno być stosowane domniemanie wywierania rzeczywistego wpływu ze względu na każdorazową konieczność zbadania okoliczności behawioralnych w celu wykazania, choćby nieumyślnej, winy.

Tabela 6 przedstawia relacje między postaciami „przypisania odpowiedzialności” za naruszenie prawa konkurencji (na podstawie orzecznictwa TSUE) oraz występującymi w prawie polskim pojęciami z zakresu zagadnienia winy podmiotów kolektywnych.

Tabela 6. Wina, a przypisanie odpowiedzialności w polskim prawie antymonopolowym

	Postaci „przypisania” odpowiedzialności w ramach jednego organizmu gospodarczego	
	„direct involvement”	„rzeczywiste” wywieranie decydującego wpływu
Rodzaj okoliczności koniecznych do wykazania	okoliczności behawioralne	okoliczności behawioralne
Rodzaj winy	wina umyślna: zamiar bezpośredni lub zamiar ewentualny (w połączeniu z „potencjalnym” decydującym wpływem)	wina nieumyślna: odpowiednio stosowane pojęcia winy w wyborze, winy w nadzorze i winy w organizacji

6. Wnioski

W niniejszym rozdziale autor starał się wykazać, że ze względu na specyfikę formalnego aspektu koncepcji jednego organizmu gospodarczego, stosowanie tej koncepcji w aspekcie formalnym powinno być bardziej restrykcyjne i uwzględniać dodatkowe okoliczności behawioralne. Wniosek ten wynika z powiązania formalnego aspektu koncepcji jednego organizmu gospodar-

²⁰⁷ Zob. podrozdział VI.4.4.2.

czego z prawami człowieka, zasadą osobistej odpowiedzialności oraz, przede wszystkim, z zasadą winy. Tam, gdzie dla stwierdzenia istnienia jednego organizmu gospodarczego w aspekcie materialnym wystarczyłoby wykazanie okoliczności strukturalnych, w aspekcie formalnym należy poddać analizie i wykazać dodatkowe okoliczności behawioralne.

Dla zobrazowania powyższych wniosków można posłużyć się następującymi przykładami. W aspekcie materialnym (oraz podczas oceny *ex ante*) większościowy udział spółki A w spółce B (np. 60%) wystarczy zapewne do konkluzji, że obie te spółki stanowią w istocie jeden organizm gospodarczy. W sytuacji niższego udziału (np. dwie spółki posiadające po 50% udziałów w spółce B), w aspekcie materialnym do wykazania relacji kontroli (lub współkontroli²⁰⁸) wystarczy zbadanie przez organ konkurencji (lub sąd) tego, czy na podstawie umowy powołującej do życia spółkę B podmioty założycielskie posiadają dodatkowe uprawnienia, dające im wspomnianą „kontrolę” lub „współkontrolę” (o takiej kontroli lub współkontroli może świadczyć np. fakt, że osoby fizyczne będące członkami zarządów spółek założycielskich mają prawo lub obowiązek zasiadania w zarządzie spółki B lub że spółki założycielskie mają prawo do zatwierdzania strategicznych decyzji biznesowych spółki B). Dla zastosowania formalnego aspektu koncepcji jednego organizmu gospodarczego, w omawianych wyżej dwóch przykładach, dodatkowo konieczne wydaje się wykazanie, że:

- członkowie zarządu spółki posiadającej 60% (lub dwóch spółek posiadających po 50%) udziałów w spółce B „uczestniczyli” w naruszeniu prawa konkurencji („*direct involvement*” polegające na zamiarze bezpośrednim²⁰⁹); albo
- członkowie ci wiedzieli o naruszeniach, a spółki założycielskie (lub spółka posiadająca 60%) miały przynajmniej możliwość „wywierania decydującego wpływu” na spółkę B („*direct involvement*” polegające na zamiarze ewentualnym²¹⁰); albo przynajmniej, że
- spółki założycielskie wywierały „rzeczywisty” wpływ na spółkę A (np. ingerowały na bieżąco w decyzje biznesowe tej spółki) i tym samym da się im wykazać winę nieumyślną (np. polegającą na fakcie, że spółki te oraz zarządzające nimi osoby nie nadzorowały spółki A pod kątem naruszenia prawa konkurencji, np. nie wprowadzając w tej spółce programów *compliance*).

²⁰⁸ Oczywiście wspólny przedsiębiorca może być też „prawdziwie samodzielny”, a tym samym nie podlegać kontroli (lub współkontroli) – zob. rozdział IV. Taki „prawdziwie samodzielny” wspólny przedsiębiorca nie stanowi wraz z podmiotami założycielskimi jednego organizmu gospodarczego w aspekcie zarówno materialnym, jak i formalnym.

²⁰⁹ Zob. podrozdział VI.3.1.

²¹⁰ Zob. podrozdział VI.3.1.

W świetle analizy dokonanej w niniejszym rozdziale, poniższa tabela (tabela 7) pokazuje rolę, jaką okoliczności behawioralne i strukturalne powinny odgrywać przy analizie koncepcji jednego organizmu gospodarczego na różnych etapach i w różnych aspektach zastosowania tej koncepcji.

Tabela 7. Rola okoliczności behawioralnych i strukturalnych na różnych etapach i aspektach stosowania prawa konkurencji

	Antymonopolowa ocena <i>ex ante</i> ²¹¹⁾	Antymonopolowa ocena <i>ex post</i> : materialny aspekt koncepcji jednego organizmu gospodarczego	Antymonopolowa ocena <i>ex post</i> : formalny aspekt koncepcji jednego organizmu gospodarczego (przypisanie odpowiedzialności)
Okoliczności strukturalne	jedyne okoliczności możliwe do wzięcia pod uwagę (ew. „predykcja behawioralna” ²¹²⁾)	<u>większa rola</u> : często ich wykazanie wystarczające do wykazania istnienia jednego organizmu gospodarczego	<u>mniej rola</u> (w orzecznictwie TSUE mają kluczowe znaczenia dla „domniemania wywierania rzeczywistego wpływu” ²¹³⁾)
Okoliczności behawioralne		<u>mniej rola</u> : możliwe jako uzupełniająca analiza w specyficznych sytuacjach (np. relacje rodzinne ²¹⁴⁾)	<u>większa rola</u> : analiza w ramach wykazania winy

Na koniec należy podkreślić większą rolę, jaką w polskim prawie antymonopolowym, w przeciwieństwie do prawa europejskiego, odgrywa zasada winy. O ile bowiem zasada winy nie jest mocno ugruntowana w unijnym systemie prawnym, a tym samym TSUE może tę zasadę traktować niejako „po macoszemu”²¹⁵, w prawie polskim ma ona swoje źródło nie tylko w doktrynie prawa administracyjnego, ale również w tradycji prawa cywilnego i karnego. Z tego też powodu w polskim prawie ochrony konkurencji analiza formalnego aspektu koncepcji jednego organizmu gospodarczego, o ile może i powinna wykorzystywać dorobek TSUE, powinna być też inherentnie powiązana z zasadą winy, a tym samym opierać się na analizie przede wszystkim okoliczności behawioralnych. W praktyce zastosowania zasady winy w prawie ochrony konkurencji zasada ta nie różni się znacząco w sprawach z zakresu „przypisania” odpowiedzialności (a więc w sprawach z zakresu formalnego aspektu koncepcji jednego organizmu gospodarczego) oraz w sprawach z zakresu winy po stronie tzw. podmiotów kolektywnych. Pojęcie winy w polskim prawie ochrony konkurencji (w obu wymienionych

²¹¹ Zob. rozdział III.

²¹² Zob. podrozdział III.2.3.

²¹³ Zob. podrozdział VI.3.3.

²¹⁴ Zob. rozdział VII.

²¹⁵ Zob. podrozdział VI.3.

wyżej typach spraw) powinno czerpać z doktryny wypracowanej na gruncie prawa karnego i cywilnego (w szczególności jeżeli chodzi o interpretację przesłanek umyślności i nieumyślności oraz o odpowiednie stosowanie pojęć, takich jak: wina w wyborze, wina w nadzorze oraz wina w organizacji). Przykładowo, wydaje się, że wykazanie przez spółkę-matkę, że wdrożyła ona w swoim przedsiębiorstwie skuteczny program *compliance*, powinno uniemożliwić przypisanie takiej spółce winy (nawet winy nieumyślnej) – a tym samym odpowiedzialności – za naruszenie reguł antymonopolowych przez spółkę-córkę.

Rozdział VII

Materialny aspekt koncepcji jednego organizmu gospodarczego

1. Uwagi ogólne

Przedmiot analizy niniejszego rozdziału stanowić będzie tzw. „materialny” aspekt koncepcji jednego organizmu gospodarczego.

Jak wspomniano na początku tej pracy¹, materialny aspekt koncepcji jednego organizmu gospodarczego polega na opisanu pewnego stanu faktycznego, zachodzącego pomiędzy kilkoma podmiotami za pomocą siatki pojęciowej używanej przez prawo ochrony konkurencji. Jeżeli hipotetyczne podmioty A i B stanowią jeden organizm gospodarczy, nie są one odrębnymi podmiotami rynkowymi. Skoro tak, podmioty te nie mogą być też stronami „porozumienia” w rozumieniu reguł ochrony konkurencji. Podmioty A i B powinny być traktowane jak jeden organizm gospodarczy na potrzeby przepisów o nadużywaniu pozycji dominującej, a łączny udział rynkowy podmiotów A i B jest „jednym” udziałem, branym pod uwagę podczas merytorycznej oceny danej praktyki rynkowej (np. przy ewentualnym nadaniu statusu dominanta² lub przy obliczaniu wskaźnika koncentracji rynku dla celów

¹ Zob. podrozdział I.2.5.

² Krytyce należy poddać stanowisko wyrażone przez Prezesa UOKiK w sprawie „kartelu cementowego” (decyzja Prezesa UOKiK z 08.12.2009 r., DOK-7/09), które zdaje się zresztą akceptować Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (wyrok z 13.12.2013 r., XVII AmA 173/10). Zgodnie z tym stanowiskiem, spółka-córka może zostać uznana za konkurenta spółki-matki i uczestnika niedozwolonego porozumienia wraz z taką spółką ale jednocześnie obie spółki mogą być określone jako jeden z „głównych producentów cementu na świecie”, a ich udział rynkowy może być potraktowany łącznie. Za błędny należy także uznać argument SOKiK, zgodnie z którym „uznanie przedsiębiorcy za należącego bądź nie do grupy głównych światowych producentów cementu nie ma żadnego

oceny zgłaszanej koncentracji). Główną konsekwencją materialnego aspektu koncepcji jednego organizmu gospodarczego jest wyłączenie porozumienia pomiędzy dwoma lub więcej podmiotami należącymi do „jednego organizmu gospodarczego” spod zastosowania przepisów o antykonkurencyjnych porozumieniach (art. 6 uokk, art. 101 TFUE).

Hipoteza badawcza przyjęta w niniejszym rozdziale zakłada, że uzasadnienie koncepcji jednego organizmu gospodarczego w aspekcie materialnym różni się znacząco od uzasadnienia koncepcji jednego organizmu gospodarczego w aspekcie formalnym. Przyjęta hipoteza zakłada, że w wypadku aspektu materialnego jest to uzasadnienie odwołujące się przede wszystkim do rozważań ekonomicznych związanych z pryncypiami prawa antymonopolowego, a nie do rozważań słusznościowych, „moralnych”, czy nawet prawnych, jak ma to miejsce w przypadku aspektu formalnego³. W związku z powyższym, hipoteza badawcza przyjęta w niniejszym rozdziale zakłada, że możliwość zastosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego w aspekcie materialnym powinna polegać przede wszystkim na analizie ekonomicznej relacji pomiędzy badanymi podmiotami.

Celem niniejszego rozdziału jest zatem odpowiedź na pytanie o rodzaj okoliczności (strukturalnych, behawioralnych), które powinny być brane pod uwagę przy stosowaniu koncepcji jednego organizmu gospodarczego w aspekcie materialnym.

W niniejszym rozdziale zostaną więc omówione okoliczności, które powinny być brane pod uwagę przy stosowaniu koncepcji jednego organizmu gospodarczego w aspekcie materialnym (podrozdział VII.2). Po określeniu takich okoliczności zostanie przedstawione, na przykładzie polskich spraw z zakresu tzw. „polskich zmów przetargowych”, jak takie badanie może wyglądać w praktyce (podrozdział VII.3).

2. Analiza okoliczności strukturalnych i behawioralnych w materialnym i formalnym aspekcie koncepcji jednego organizmu gospodarczego

Jak wspomniano w rozdziale VI, wydaje się, że w przeciwieństwie do aspektu formalnego, w materialnym aspekcie koncepcji jednego organizmu

wplywu na uznanie go za członka kartelu”. Owszem, w konkretnej sprawie zagadnienie łącznego (lub nie) potraktowania udziału rynkowego spółki-matki i spółki-córki nie miało znaczenia dla naruszenia przepisów o antykonkurencyjnych porozumieniach, ale w innych sytuacjach – wtedy kiedy dla naruszenia przepisów antymonopolowych wymagany jest określony udział w rynku – może być to okoliczność kluczowa.

³ Zob. podrozdział VI.2.

gospodarczego (polegającego przede wszystkim na wyłączeniu zastosowania przepisów o antykonkurencyjnych porozumieniach) o wiele większą rolę od okoliczności behawioralnych powinny odgrywać okoliczności strukturalne. W aspekcie materialnym, w odróżnieniu od aspektu formalnego, nieistotna jest zasada osobistej odpowiedzialności, a przedsiębiorcom (przedsiębiorstwom) nie trzeba wykazywać winy.

Ponieważ zastosowanie koncepcji jednego organizmu gospodarczego w aspekcie formalnym ma uzasadnienie przede wszystkim „moralne” (zob. podrozdział VI.2, podrozdział II.2.1), aspekt materialny tej koncepcji ma uzasadnienie przede wszystkim ekonomiczne (zob. więcej: podrozdział II.2.2). W aspekcie materialnym zastosowanie koncepcji *single economic unit* polega na wykazaniu wspólnoty interesów (jednego interesu) po stronie dwóch podmiotów: taką wspólnotę o wiele łatwiej domniemać w wypadku samej tylko możliwości kontroli (czy możliwości wywierania decydującego wpływu). Z kolei zastosowanie koncepcji *single economic unit* w aspekcie formalnym wymaga wykazania nie tyle wspólnoty interesów, co „wspólnoty grzechu”. Właśnie dlatego, że od menedżerów (osób zarządzających danym przedsiębiorstwem) oczekuje się co do zasady troski o interes ekonomiczny tego przedsiębiorstwa, ale niekoniecznie naruszania prawa w imieniu tego przedsiębiorstwa, w formalnym aspekcie koncepcji jednego organizmu gospodarczego wymagane jest co do zasady, poza strukturalnymi, wykazanie dodatkowych okoliczności behawioralnych.

Jeżeli chodzi o inkluzywny kontekst zagadnienia jednego organizmu gospodarczego (a więc kontekst dotyczący kontroli, a nie dostatecznego poziomu integracji ekonomicznej – zob. podrozdział I.2.3, podrozdział II.3.2.4.2.1) w aspekcie materialnym, dla uznania dwóch podmiotów za jeden organizm gospodarczy wystarczające wydaje się więc wykazanie „potencjalnego” wpływu jednego podmiotu na drugi. Powyższy pogląd należy wyrazić zarówno na gruncie prawa polskiego, jak i europejskiego. „Potencjalny wpływ” ma na pewno miejsce wówczas, gdy jeden podmiot (spółka-matka) posiada większościowy (powyżej 50%, a przy rozdrobnionym akcjonariacie – nawet mniejszy) udział kapitałowy w innych podmiotach (spółkach-córkach): w takiej sytuacji wszystkie powyższe podmioty (spółka-matka i spółki-córki) stanowiąc będą jeden organizm gospodarczy w aspekcie materialnym, a porozumienia pomiędzy tymi podmiotami będą wyłączone spod zastosowania art. 101 TFUE oraz art. 6 uokk.

W związku z powyższym, należy zatem przyznać rację W. Wilsowi, twierdzącemu, że europejskie przepisy o antykonkurencyjnych porozumieniach powinny być spójne z europejskimi regułami dotyczącymi kontroli koncentracji, a występujące na gruncie tych drugich reguł pojęcie „kontroli” powinno

być tożsame z „możliwością wywierania decydującego wpływu”⁴ (z tym tylko zastrzeżeniem, że specyfika kontroli *ex ante* może powodować inherentne *false positives* i *false negatives*, których można uniknąć dzięki pogłębionej analizie behawioralnej w ramach kontroli *ex post* – zob. podrozdział III.4.1). Zatem przykładowo, „dysponowanie większością głosów na zgromadzeniu wspólników lub walnym zgromadzeniu”, które, zgodnie z art. 4 pkt 4 lit. a uokk, świadczy o „wywieraniu decydującego wpływu na potrzeby definicji «kontroli» w prawie polskim powinno być również wystarczające do uznania dwóch podmiotów za jeden organizm gospodarczy podczas stosowania *ex post* przepisów art. 6 i art. 9 uokk (ze wszystkimi tego konsekwencjami, przede wszystkim w postaci zwolnienia porozumień „w ramach” jednego organizmu gospodarczego spod zastosowania art. 6 uokk)⁵.

Sama możliwość wywierania decydującego wpływu pozwala bezpiecznie domniemywać, że podmiot, który taki wpływ wywiera, posiada jeden interes ekonomiczny z podmiotem, na który powyższy wpływ jest wywierany, a tym samym oba te podmioty stanowić będą jeden organizm gospodarczy.

Fakt, że dla analizy istnienia jednego organizmu gospodarczego w aspekcie materialnym wystarcza co do zasady analiza okoliczności strukturalnych świadczących o potencjalnym wywieraniu decydującego wpływu, nie znaczy oczywiście, że okoliczności behawioralne nie grają w takiej analizie żadnej

⁴ W. Wils, *The Undertaking as Subject of E.C. Competition Law and the Imputation of Infringements to Natural or Legal Persons*, E.L.R. 2000, vol. 25(2), s. 106–107. Nieco inaczej uważają R. Whish i D. Bailey, według których pojęcie „kontroli” na gruncie europejskich przepisów o kontroli koncentracji nie jest tożsame z relacją kontroli na potrzeby art. 101 TFUE. Autorzy wskazują, że w europejskim prawie kontroli koncentracji występuje pojęcie „negatywnej” kontroli, natomiast na gruncie art. 101 TFUE „kontrola” powinna być rozumiana w sposób bardziej pozytywny. Zob. R. Whish, D. Bailey, *Competition Law*, 7th Ed., Oxford University Press 2012, s. 95.

⁵ Nie należy się zatem zgodzić z poglądem wyrażonym przez Prezesa UOKiK w decyzji w sprawie *TP S.A.-PTK Centertel* zapadłej na stanie faktycznym dotyczącym materialnego aspektu koncepcji *single economic unit* (Decyzja Prezesa UOKiK z 14.03.2007 r., DOK-34/07, decyzja dostępna na: www.uokik.gov.pl), dzielącym „niezależność” przedsiębiorców na „niezależność formalną” oraz „niezależność materialną”, polegającą na dysponowaniu przez przedsiębiorców „zakresem samodzielności w kształtowaniu swojej polityki rynkowej”. Nie wiadomo bowiem, jakie miałyby być kryteria tej drugiej „niezależności”. Jeżeli jeden podmiot sprawuje nad drugim podmiotem kontrolę (lub potencjalny decydujący wpływ), to oba te podmioty posiadają jeden interes ekonomiczny, a ewentualny margines samodzielności rynkowej tego drugiego podmiotu z założenia nie dotyczy czynności, które mogłyby godzić w „interes” pierwszego podmiotu. Stąd próba udowodnienia rzekomej „autonomii” rynkowej podmiotu, nad którym sprawowana jest kontrola (najczęściej spółki-córki), w praktyce często sprowadza się do błędnego rozumowania ekonomicznego (jak ma to miejsce w orzeczeniach polskich sądów z zakresu pojęcia „rynku konkurencyjnego” w polskim prawie energetycznym – zob. rozdział VIII).

roli. Analiza okoliczności behawioralnych może okazać się istotna w aspekcie materialnym wtedy, gdy same okoliczności strukturalne nie pozwalają domniemywać istnienia nawet potencjalnego wpływu. Powyższa sytuacja wystąpi w sytuacjach granicznych, czyli np. wówczas, kiedy udział jednej spółki w drugiej oscyluje w granicach 50% (może być to udział nieznacznie mniejszy lub nieznacznie większy) oraz w sytuacjach, kiedy analiza okoliczności strukturalnych jest utrudniona (np. w sytuacji umowy agencyjnej – zob. rozdział V) albo zgoła niemożliwa. Ten ostatni przypadek (kiedy okoliczności strukturalne są niemożliwe do wykazania, a skądinąd wiadomo, że analiza behawioralna może wykazać istnienie jednego organizmu gospodarczego) ma miejsce w sytuacjach, w których pomiędzy dwoma podmiotami prowadzącymi działalność gospodarczą zachodzi silna relacja osobista (najczęściej rodzinna). Sam fakt istnienia takiej relacji nie świadczy jeszcze, że dwa podmioty zachowują się na rynku w sposób niesamodzielny i że kierują się jednym interesem ekonomicznym, choć oczywiście czyni tenże wniosek prawdopodobnym. W powyższej sytuacji (kiedy analiza okoliczności strukturalnych jest niemożliwa albo wysoce utrudniona) behawioralna analiza może wykazać istnienie jednego organizmu gospodarczego.

Behawioralna analiza może mieć dwie postaci:

- z jednej strony może ona polegać na wykazaniu okoliczności świadczących o tym, że jeden podmiot ingeruje i kontroluje działalność drugiego podmiotu (np. że personel jednego podmiotu regularnie uczestniczy w zebraniach kadry zarządzającej drugiego podmiotu i „narzuca” swoje decyzje temu podmiotowi lub że jeden podmiot regularnie wysyła instrukcje do drugiego podmiotu, a instrukcje te wykonywane są w praktyce);
- szczególnym typem analizy behawioralnej jest ekonomiczna analiza polegająca na zbadaniu, czy sposób postępowania dwóch podmiotów na rynku miałby ekonomiczny sens, gdyby podmioty te traktować jak podmioty samodzielne ekonomicznie (innymi słowy – czy postępowanie dwóch z pozoru odrębnych podmiotów ma swoje „niezależne ekonomiczne uzasadnienie”).

Druga z postaci analizy behawioralnej – ekonomiczna analiza samodzielności rynkowej, powinna być rzadkością – łatwo w niej bowiem o błędy⁶,

⁶ Dobrym przykładem błędnej ekonomicznej analizy samodzielności rynkowej jest orzecznictwo polskiego SN dotyczące pojęcia „rynku konkurencyjnego” w prawie energetycznym. W stanach faktycznych spraw z zakresu powyższego orzecznictwa taka analiza nie była zresztą w ogóle potrzebna; sprawy dotyczące pojęcia rynku konkurencyjnego w polskim prawie energetycznym zapadły na gruncie stanów faktycznych, w których jedna spółka jest w stu, lub blisko stu, procentach własnością drugiej spółki – zob. rozdział VIII.

czasami jest jednak nieunikniona. W poniższym rozdziale zostanie przedstawiona wspomniana wyżej behawioralna ekonomiczna analiza, mająca na celu identyfikację istnienia jednego organizmu gospodarczego. Analiza ta zostanie przeprowadzona na przykładzie spraw z zakresu tzw. polskich zmów przetargowych⁷.

3. Polskie zmony przetargowe – przykład behawioralnej ekonomicznej analizy koncepcji jednego organizmu gospodarczego

3.1. Uwagi ogólne

Zmony przetargowe są formą współpracy przedsiębiorców przystępujących do przetargu, która ogranicza konkurencję. Chociaż przetargi mogą być organizowane zarówno przez podmioty publiczne, jak i prywatne, w polskim prawie określenie „zmony przetargowe” przyjęło się w praktyce odnosić jedynie do przetargów publicznych, czyli tych, do których stosowane jest prawo zamówień publicznych⁸ (choć w teorii nic nie stoi na przeszkodzie, żeby art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk, zakazujący zmów przetargowych, można było stosować również do przetargów prywatnych⁹). W literaturze angielskojęzycznej wyodrębnia się różne formy zmów przetargowych. Najczęściej różni się tzw. ograniczanie ofert przetargowych (ang. *bid suppression*) oraz tzw. pozorne składanie ofert (ang. *complementary bidding, courtesy bidding*)¹⁰. Pierwsza z powyższych praktyk ma miejsce wówczas, gdy działający w porozumieniu przedsiębiorcy powstrzymują się od złożenia ofert lub wycofują wcześniej złożone oferty w celu umożliwienia wybranemu spośród siebie przedsiębiorcy wygranie przetargu ofertą o zawyżonej cenie. Druga prak-

⁷ Ekonomiczna analiza „polskich zmów przetargowych” oparta jest w dużej mierze na artykule opublikowanym przez autora tej pracy w internetowym Kwartalniku Antymonopolowym i Regulacyjnym Uniwersytetu Warszawskiego w lutym 2013 r. Zob. P. Semeniuk, *Polskie zmony przetargowe – krytyka*, iKAR 2013, 1(2).

⁸ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2004 r. Nr 19 poz. 177 ze zm., „ustawa o pzp”, „pzp”).

⁹ Zob. A. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Komentarz do uokk*, WoltersKluwer 2011, baza LEX, *Komentarz do art. 6 uokk*, pkt 3.2.4.

¹⁰ R.D. Anderson, W.E. Kovacic, *Competition Policy and International Trade Liberalisation: Essential Complements to Ensure Good Performance in Public Procurement Markets*, PPLR 2009, vol. 18(2), s. 80. Zob. też: S. Goodman, *Application of Article 101 TFEU* [w:] M. Siragusa, C. Rizza (red.), *EU Competition Law, Volume III, Cartels and Collusive Behaviour: Restrictive Agreements and Practices Between Competitors*, Book One, Deventer: Claves & Casteels 2012, s. 62–63.

tyka polega na składaniu przez współpracujących ze sobą przedsiębiorców nienaturalnie wysokich, lub w inny sposób nieakceptowanych ofert, podczas gdy tak naprawdę tylko jeden z przedsiębiorców składa akceptowalną dla organizatora przetargu ofertę. W obu sytuacjach przedsiębiorcy, najczęściej posiadający razem znaczącą siłę rynkową, stwarzają pozory konkurencji, podczas gdy w rzeczywistości organizator przetargu zmuszony jest zaakceptować ofertę, której cena jest zawyżona i odbiega od ceny w warunkach konkurencji.

Istnieje jednak cecha wspólna dla każdej zmowy przetargowej – strategia zmawiających się przedsiębiorców musi mieć ekonomiczne uzasadnienie dla każdego z uczestników. Kartele są bowiem tworzone z myślą o maksymalizacji zysków ich uczestników. Podobnie przedsiębiorcy uczestniczący w zmowie przetargowej troszczą się jedynie o własny zysk. Właśnie z tego powodu przedsiębiorcy wspierający wykonawcę wygrywającego przetarg w warunkach zmowy przetargowej muszą być wynagrodzeni za okazaną pomoc. Okazana rekompensata może przybrać dwie formy: wygrywający przedsiębiorca może zapłacić pozostałym członkom zmowy (przy czym taka zapłata może być rozumiana szeroko – zarówno jako bezpośrednia płatność, jak i jako udzielenie podwykonawstwa w wygranym zamówieniu publicznym¹¹) bądź też członkowie ci mogą liczyć na odwzajemnienie okazanej pomocy w pozostałych zamówieniach. To właśnie ten drugi rodzaj rekompensaty sprawia, że w literaturze anglojęzycznej mówi się często, iż zmowy przetargowe „zakładają rotację zamówień”¹². Tylko takie rodzaje porozumień (formalnych bądź nieformalnych) pomiędzy przedsiębiorcami, w których zachowanie każdego ze zmawiających się przedsiębiorców posiada „niezależne ekonomiczne uzasadnienie”, nosi więc znamiona zmowy przetargowej i da się zaklasyfikować jako zachowanie opisane w art. 101 TFUE lub art. 6 ust. 7 pkt 1 uokk.

W poniższej części tej pracy przeanalizowane zostaną decyzje z zakresu zmów przetargowych wykrytych przez Prezesa UOKiK z okresu od wejścia w życie nowej uokk (tj. od 21.04.2007 r.) do połowy 2012 r. (1.07.2012 r.). Będą to decyzje, w których Prezes UOKiK przywołał w sentencji art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk, czyli przepis zakazujący zmów przetargowych. Wszystkie z analizowanych decyzji dotyczą bardzo podobnych stanów faktycznych, których przedmiotem była tzw. strategia polskiej zmowy przetargowej. „Strategia polskiej zmowy przetargowej” polega na specyficznym rodzaju wycofania

¹¹ R.D. Anderson, W.E. Kovacic, *Competition Policy...*, s. 79.

¹² A. Heimler, *Cartels in Public Procurement*, J. Competition L. & Econ. 2012, vol. 8(4), s. 5.

oferty i różni się od klasycznych, przywoływanych w doktrynie, przykładów zmów przetargowych. Po opisanu powyższej „polskiej” strategii, zostanie ona przeanalizowana pod kątem „niezależnego uzasadnienia ekonomicznego” oraz pod kątem koncepcji jednego organizmu gospodarczego. Przeprowadzona zostanie również podstawowa ekonomiczna analiza ilustrująca kryteria, na podstawie których można określić, kiedy uczestnictwo w „polskiej zmo- wie przetargowej” ma niezależne ekonomiczne uzasadnienie dla jej uczestników. Na podstawie powyższej zaproponowane zostaną przesłanki, które powinny zostać wykazane przez organ konkurencji, żeby udowodnić istnienie „niezależnego ekonomicznego uzasadnienia” przy „polskiej zmo- wie przetargowej”. Na koniec postawiona zostanie teza, że w trzech (a do pewnego stopnia nawet w czterech) z analizowanych spraw nie można było mówić o istnieniu niezależnego uzasadnienia ekonomicznego, a tym samym Prezes UOKiK nie posiadał kompetencji do nałożenia na przedsiębiorców kary za naruszenie uokk.

3.2. Polskie zmo- wy przetargowe: tło faktyczne

Art. 6 ust. 7 pkt 1 uokk stanowi, że „zakazane są porozumienia, któ- rych celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na (...) uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny”. Powyższy przepis dotyczy w teorii nie tylko przetargów publicznych, ale również przetargów prywatnych. Ponadto, co jest pewnego rodzaju ewe- nementem i nie bardzo pasuje do roli, jaką w systemach prawnych pełnią reguły konkurencji, art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk obejmuje nie tylko porozu- mienia pomiędzy przedsiębiorcami, ale również porozumienia pomiędzy organizatorem przetargu a przystępującymi do przetargu przedsiębiorcami.

Od wejścia w życie nowej uokk do połowy 2012 r. UOKiK wydał sześć decyzji, w których stwierdził stosowanie przez przedsiębiorców praktyki opisanej w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk:

- decyzja RPZ 12/2009 („*Kapusta dla Aresztów*”)¹³;
- decyzja RPZ 31/2010 („*Czystość w Budynkach Komunalnych*”)¹⁴;

¹³ Decyzja Prezesa UOKiK z 28.08.2009 r., RPZ 12/2009, decyzja dostępna na: www.uokik.gov.pl

¹⁴ Decyzja Prezesa UOKiK z 24.12.2010 r., RPZ 31/2010, decyzja dostępna na: www.uokik.gov.pl

- decyzja RWR-24/2010 („*Pieczętki dla Poczty*”)¹⁵;
- decyzja RKR-24/2011 („*Dowóz Dzieci do Szkół*”)¹⁶;
- decyzja RKT-25/2011 („*Oznakowanie Dróg*”)¹⁷;
- decyzja RBG-27/2011 („*Wyrąb Drewna*”)¹⁸.

We wszystkich z powyższych spraw UOKiK nałożył na domniemanych uczestników zmowy kary finansowe. Dostawy lub usługi, będące przedmiotem przetargów publicznych, w sześciu analizowanych decyzjach dają się łatwo wywnioskować z konwencjonalnych nazw, które powyżej zostały nadane tym decyzjom: Ministerstwo Obrony Narodowej i Ministerstwo Sprawiedliwości organizowały przetarg na dostawę warzyw (w tym kapusty kiszonej) do koszar i aresztów śledczych; prezydent Radomska ogłosił przetarg na kompleksowe utrzymanie czystości w budynkach Urzędu Miasta; oddział regionalny Poczty Polskiej w Łodzi szukał wykonawców na dostawę pieczętek automatycznych dla swoich placówek; dwie gminy (Szczucin i Wadowice Górne) zamówiły dowóz uczniów z terenu tych gmin do placówek oświatowych; śląscy zarządcy dróg gminnych, powiatowych i wojewódzkich organizowali przetargi na wykonanie lub utrzymanie oznakowania drogowego i dostawę znaków drogowych; na koniec Nadleśnictwo Golub-Dobrzyń w Konstancjewie ogłosiło kilka pakietów zamówień w celu wybrania wykonawcy mającego „realizować zadanie gospodarcze z zakresu leśnictwa i pozyskania drewna”.

Dwie z sześciu spraw dotyczyły jedynie pojedynczego przetargu (*Pieczętki dla Poczty* i *Czystość w Budynkach Komunalnych*). W czterech pozostałych sprawach przedmiotem zainteresowania Prezesa UOKiK był więcej niż jeden przetarg, jednak wszystkie analizowane przez UOKiK przetargi dotyczyły bardzo podobnych dostaw lub usług. W pięciu z sześciu spraw domniemanymi uczestnikami zmowy byli jedynie dwaj przedsiębiorcy; jedynie w jednej decyzji UOKiK nałożył karę pieniężną na trzech „zmawiających się” wykonawców.

Kolejną specyfiką analizowanych spraw był fakt, że o domniemanych konspiratorach uczestniczących w zмовie trudno powiedzieć, żeby posiadali jakąkolwiek siłę rynkową (tj. wysoki udział w rynku właściwym) – fakt, któ-

¹⁵ Decyzja Prezesa UOKiK z 4.10.2010 r., RWR-24/2010, decyzja dostępna na: www.uokik.gov.pl

¹⁶ Decyzja Prezesa UOKiK z 27.07.2011 r., RKR-24/2011, decyzja dostępna na: www.uokik.gov.pl

¹⁷ Decyzja Prezesa UOKiK z 6.09.2011 r., RKT-25/2011, decyzja dostępna na: www.uokik.gov.pl

¹⁸ Decyzja Prezesa UOKiK z 21.12.2011 r., RBG-27/2011, decyzja dostępna na: www.uokik.gov.pl

rego można byłoby się spodziewać w „kanonicznej” zmowie przetargowej¹⁹. Wręcz odwrotnie: każdy z ukaranych przez Prezesa UOKiK przedsiębiorców spotykał się w analizowanych przetargach z silną konkurencją ze strony pozostałych przedsiębiorców/wykonawców.

Jeszcze jedna cecha „polskich zmwów przetargowych” zwraca szczególną uwagę. Domniemani konspiratorzy byli stosunkowo małymi przedsiębiorcami. Nie były to osoby prawne, ale osoby fizyczne prowadzące jednoosobową działalność gospodarczą. Wzajemne relacje prywatne tych osób były bardzo bliskie. W *Pieczętkach dla Poczty, Dowozie Dzieci do Szkół i Oznakowaniu Dróg* zmagający się przedsiębiorcy byli małżeństwem. W *Czystości w Budynkach Komunalnych* konspiratorzy okazały się siostrami, w *Kapuscie dla Aresztów* trójka z ukaranych przedsiębiorców tworzyła całe gospodarstwo domowe: było to dwoje małżonków i ich syn. Jedynie w *Wyrębie Drewna* dwójka zmagających się przedsiębiorców nie była powiązana więzami rodzinnymi, a stanowiła dwójkę dobrych znajomych (co pozwalają wywnioskować informacje zawarte w uzasadnieniu decyzji Prezesa UOKiK).

Wszystkie postępowania w analizowanych sprawach zostały też przeprowadzone przez regionalne delegatury UOKiK, a nie przez centralę UOKiK w Warszawie. Kary nałożone przez regionalne delegatury wahały się od 1 tys. złotych do 130 tys. złotych.

3.3. Strategia „polskiej zmowy przetargowej”

3.3.1. Opis strategii

Po przedstawieniu tła faktycznego polskich zmwów przetargowych, poniżej analizie zostaną poddane konkretne praktyki przedsiębiorców, które w analizowanych sprawach stanowiły podstawę do nałożenia kary pieniężnej za naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk.

Zaskakująco, w każdej z sześciu analizowanych spraw, postępowanie zmagających się przedsiębiorców oparte było na tym samym schemacie. Dwoje

¹⁹ W „kanonicznych” zmwach przetargowych zmagający się przedsiębiorcy zwykle posiadają znaczący udział w rynku właściwym. Z tego powodu zmwom przetargowym często towarzyszą horyzontalne, „pozapretargowe” antykonkurencyjne porozumienia, takie jak ustalanie cen czy podział rynków. Decyzje Komisji Europejskiej dotyczące zmwów przetargowych dotyczą właśnie takich „zmwów”, czyli zmwów przedsiębiorców posiadających łącznie znaczącą siłę rynkową, które to zmwowy powiązane są często z innymi horyzontalnymi praktykami występującymi poza przetargami publicznymi. Dla zapoznania się z analizą spraw z zakresu zmwów przetargowych rozstrzygniętych przez Komisję Europejską – zob. np. M. Siragusa, C. Rizza (red.), *EU Competition Law...*, s. 64–66.

(lub troje w *Kapuście dla Aresztów*) przedsiębiorców składało w przetargu swoje oferty, po czym niższa (czyli bardziej korzystna dla zamawiającego oferta) z dwójki (lub trójki) złożonych ofert była wycofywana przez jednego z członków zmywy. Wycofanie oferty miało miejsce w sytuacji, w której taka niższa i korzystniejsza dla zamawiającego oferta została, po otwarciu ofert, wstępnie wybrana przez zamawiającego. Swoiste wycofanie oferty mogło też polegać na nieuzupełnieniu braków formalnych oferty. Skutki takiego nieuzupełnienia braków formalnych były oczywiście w praktyce tożsame ze skutkami wycofania oferty. W konsekwencji wycofania (lub nieuzupełnienia braków formalnych) korzystniejszej dla zamawiającego oferty zamówienie otrzymywał drugi ze „zmawiających się” przedsiębiorców, który zaoferował wyższą, mniej korzystną dla zamawiającego cenę.

Na pierwszy rzut oka można zatem stwierdzić, że polskie zmywy przetargowe polegały na specyficznym rodzaju „ograniczenia ofert przetargowych” wiążącym się z wycofaniem oferty (ang. *bid suppression*). Jednakże, po głębszym zastanowieniu okazuje się, że polskie sprawy niewiele mają wspólnego z klasycznym ograniczeniem ofert przetargowych. W klasycznym „ograniczeniu ofert przetargowych” uczestniczący w zmowie przedsiębiorcy, którzy nie składają oferty lub wycofują swoją ofertę, chcą, żeby wybrany uprzednio przedsiębiorca nie spotkał się z żadną konkurencją w przetargu. Dlatego tak istotne w klasycznym ograniczaniu ofert przetargowych jest to, by w zmowie uczestniczyli przedsiębiorcy posiadający siłę rynkową (czyli najczęściej wysoki udział w rynku właściwym). W klasycznej zmowie przetargowej, jeżeli warunki, aby móc ubiegać się o dane zamówienie w przetargu, spełnia przykładowo czterech przedsiębiorców, a do zmywy polegającej na „ograniczeniu ofert” przystąpi jedynie trzech z nich, to wybrany spośród zmawiającej się trójki przedsiębiorca nie zostanie w tym przetargu sam i będzie musiał obniżyć swoją cenę, żeby sprostać konkurencji czwartego, nieuczestniczącego w zmowie przedsiębiorcy. W wypadku „polskich zmwów przetargowych” trudno jednak mówić o jakiegokolwiek sile rynkowej zmawiających się przedsiębiorców²⁰. W analizowanych przez UOKiK przetargach, polscy konspiratorzy konkurowali z innymi, nieobjętymi „zmową” przedsiębiorcami.

²⁰ Warto zwrócić uwagę, że siła rynkowa zmawiających się w przetargach przedsiębiorców w wyjątkowych sytuacjach musi być tożsama z wysokim udziałem w rynku właściwym i brakiem „zewnątrznej” konkurencji w przetargach. Sytuacja taka zaistnieje, kiedy zmawiający się przedsiębiorcy co prawda konkurują w przetargach z innymi przedsiębiorcami, ale ci inni przedsiębiorcy nie są w stanie (najczęściej ze względu na koszty) zaproponować ceny konkurencyjnej do ceny zmawiających się przedsiębiorców.

Jaki był w takim razie cel polskiej strategii zmony przetargowej, skoro celem tym nie była monopolizacja przetargu? Polskim zmwiającym się przedsiębiorcom chodziło raczej o zabezpieczenie swoich ofert, czyli innymi słowy o zwiększenie szans jednego z dwójki (lub trójki) zmwiających się wykonawców na wygranie przetargu wobec swoich konkurentów. Na czym polegało owo zabezpieczenie? W tym celu można odwołać się do przykładu. Załóżmy, że do przetargu przystępuje czterech przedsiębiorców: A, B, C i D. Załóżmy też, że A i B wklają się w „polską zmwę przetargową”. A i B nie wiedzą, jak zachowają się ich konkurenci, tj. jaką cenę C i D zaproponują w swoich ofertach. Oczywiście A i B chcieliby uzyskać od zamawiającego jak najwyższą cenę (racjonalnie maksymalizując swoje zyski), jednakże A i B muszą się jednocześnie liczyć z tym, że C i D zaproponują niższą cenę i wygrają przetarg, pozostawiając A i B bez jakiegokolwiek zysku. Owo inherentne napięcie charakteryzuje każdy przetarg: jest to napięcie pomiędzy chęcią zaoferowania jak najwyższej ceny i chęcią wygrania przetargu (tj. zaoferowania niższej ceny niż konkurenci). W jaki sposób działający wspólnie A i B mogą częściowo przezwyciężyć wspomniane napięcie? A i B mogą złożyć oferty o dwóch różnych cenach. Przykładowo A złoży ofertę o cenie 50 zł, podczas gdy B złoży ofertę o cenie 100 zł.

Przeanalizujmy teraz Scenariusz 1, w którym po otwarciu ofert okaże się, że ceny zaproponowane przez konkurentów C i D opiewać będą na kwoty 150 zł i 75 zł. Przedsiębiorca A wygra w takim wypadku przetarg, oferując najniższą cenę, czyli 50 zł. Wyobraźmy sobie teraz Scenariusz 2, w którym oferty C i D opiewają na kwoty 150 zł i 125 zł. Znowu A okazuje się zwycięzcą przetargu ze swoją ceną 50 zł. Jeżeli jednak A wycofa swoją ofertę, zamówienie zostanie udzielone B, który otrzyma cenę w wysokości 100 zł, a tym samym dochód B przewyższy potencjalny dochód A. Jeżeli A i B działają wspólnie, A wycofa swoją ofertę, maksymalizując tym samym wspólny dochód A i B (w dalszej części tego artykułu postawiona zostanie teza, zgodna z którą, jeżeli przedsiębiorca B nie zrekompensuje przedsiębiorcy A wycofania jego niższej oferty, trudno mówić o niezależnym uzasadnieniu ekonomicznym po stronie A, a tym samym „porozumienie” pomiędzy A i B jest w istocie unilateralną praktyką jednego podmiotu gospodarczego).

Właśnie domniemane zawarcie takiego porozumienia, jak opisane powyżej porozumienie pomiędzy przedsiębiorcami A i B, było podstawą nałożenia przez Prezesa UOKiK kar pieniężnych w sześciu analizowanych sprawach. Polska strategia zmony przetargowej różniła się więc znacząco od klasycznego ograniczenia ofert przetargowych. Celem polskiej strategii nie była monopolizacja przetargu i uzyskanie od zamawiającego „renty monopoli-

stycznej” (wskutek sztucznie zawyżonej ceny). Celem polskiej strategii było raczej zwiększenie szans na wygranie przetargu i częściowe przewyżnienie napięcia pomiędzy chęcią zaoferowania przez przystępujących do przetargu wysokiej ceny i jednocześnie obawą przed przegraniem przetargu. Oczywiście również w wypadku strategii polskiej zmowy przetargowej może dojść do pogorszenia pozycji zamawiającego w stosunku do sytuacji, w której nie dochodzi do „polskiej” zmowy. Kiedy hipotetyczny przedsiębiorca A wycofa swoją niższą ofertę, nastąpi transfer potencjalnego dochodu ze strony zamawiającego do zmagających się wykonawców. Przetransferowany dochód równa się w takiej sytuacji różnicy między cenami oferty przedsiębiorcy A i oferty przedsiębiorcy B.

3.3.2. Ekonomiczna analiza polskiej zmowy przetargowej

Teza postawiona w tej pracy jest następująca: w większości polskich spraw dotyczących zmów przetargowych opisana wyżej praktyka „zmagających” się przedsiębiorców nie stanowiła „porozumienia” objętego zakresem art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk, a była jedynie unilateralną praktyką jednego organizmu gospodarczego. Jak wspomniano we wstępie do poniższego rozdziału tej pracy, fakt istnienia „jednego organizmu gospodarczego” w niektórych sprawach z zakresu „polskich zmów przetargowych” da się dowieść nie tyle za pomocą strukturalnych więzów pomiędzy przedsiębiorcami, ale za pomocą behawioralnej ekonomicznej analizy postępowania tych przedsiębiorców. W celu dokonania takiej analizy należy się zapytać, czy w sytuacji współpracy między hipotetycznymi przedsiębiorcami A i B, polegającej na wycofaniu oferty przez A w sytuacji, kiedy B ma szansę otrzymania zamówienia po wyższej cenie, istnieje zarówno dla A, jak i B niezależne ekonomiczne uzasadnienie dla swojego postępowania. W zaprezentowanej poniżej ekonomicznej analizie zostanie pokazane, w jaki sposób kalkulować będą i przedsiębiorca A, i B, jeżeli uznamy, że posiadają oni niezależną ekonomiczną motywację oraz jakie zachowanie i jaki rodzaj kooperacji będą miały dla takich przedsiębiorców ekonomiczny sens.

Należy pamiętać, że A i B nie wiedzą, jakie ceny zostaną zaproponowane przez ich konkurentów C i D, a zatem który ze scenariuszy – Scenariusz 1 (w którym swoją niższą ofertą przetarg mógłby wygrać tylko A) czy Scenariusz 2 (w którym przetarg wygra B po wycofaniu oferty A) zostanie wprowadzony w życie. Załóżmy, że prawdopodobieństwo zaistnienia Scenariusza 1 to 40%, a prawdopodobieństwo Scenariusza 2 to również 40% (w 20% przypadków któryś z konkurentów, tj. C lub D, zaoferuje cenę poniżej ceny 50 zł, tj. najniższej ceny, którą potencjalnie zaoferować mogą A lub B).

Założmy, że koszty przedsiębiorców A i B są takie same. Założmy ponadto, że A i B mogą zaoferować oferty tylko o wysokości 50 zł lub 100 zł (50 zł to oczywiście najniższa cena, na jaką zarówno A, jak i B mogą sobie pozwolić zważywszy na swoje koszty). A i B mogą zastosować następujące strategie, jeżeli nie będą między sobą współpracować:

- zarówno A i B złożą oferty o wartości 100 zł;
- zarówno A, jak i B złożą oferty o wartości 50 zł;
- A złoży ofertę o wartości 100 zł, a B ofertę o wartości 50 zł;
- A złoży ofertę o wartości 50 zł, a B ofertę o wartości 100 zł.

Założmy w końcu, że w sytuacji, w której A oraz B złożą oferty o równej wartości, a oferty te okażą się najniższymi ofertami, zamawiający udzieli zamówienia w 50% przypadków A i w 50% przypadków B (w takiej sytuacji decyzja zamawiającego będzie oparta na kryteriach innych niż cena)²¹.

²¹ Z perspektywy teorii gier w sytuacji, gdy A i B nie podejmą kooperacji, ich wzajemne relacje oraz relacje pomiędzy A i B a pozostałymi przystępującymi do przetargu przedsiębiorcami, da się scharakteryzować jako klasyczny dylemat więźnia. Poniżej krótki opis takiego dylematu więźnia.

Dla uproszczenia założmy, że do przetargu przystępują jedynie dwaj przedsiębiorcy: A i B. Tzw. macierz wypłat dla A i B w tej grze jest następująca. Jeżeli A i B złożą oferty o wysokości 100 zł, wypłaty dla dwóch graczy wyniosą odpowiednio 50 zł (zakładając, że przy równej wysokości oferty szansa na otrzymanie zamówienia wynosi 50%), a więc całkowity wspólny „dobrobyt” dla A i B wyniesie 100 zł. Jeżeli A złoży ofertę o wysokości 50 zł, a B ofertę o wysokości 100 zł albo na odwrót, całkowity wspólny dobrobyt również wyniesie 100 zł (macierz wypłat w takiej sytuacji jest następująca: 100 zł, 0 zł albo 100 zł, 0 zł). Jeżeli zarówno A, jak i B złożą oferty o wysokości 50 zł, macierz wypłat wyniesie 25 zł, 25 zł, a całkowity wspólny dobrobyt 50 zł. Taka gra, będąca klasycznym dylematem więźnia, posiada jedynie jedną „równowagę Nash’a”, a każdy z graczy posiada jedynie jedną dominującą strategię (składanie oferty w wysokości 50 zł), podczas gdy rezultat tej gry po zastosowaniu optymalnej strategii nie jest nieefektywny w sensie Pareto. Więcej o dylemacie więźnia i teorii gier zastosowanych w mikroekonomii i prawie konkurencji – zob. M. Motta, *Competition Policy. Theory and Practice.*, Cambridge University Press 2004, s. 542–551. Dylemat więźnia wyjaśnia, dlaczego w interesie przedsiębiorców A i B mogłoby leżeć porozumienie się co do wzajemnego złożenia ofert o wyższej wysokości (tj. w omawianej hipotezie dwóch ofert o wysokości 100 zł) lub też uzgodnić minimalną cenę składanych ofert (porozumienie takie miałyby oczywiście sens, jeżeli A i B dysponowałyby w przetargu siłą rynkową). Dylemat więźnia nie wyjaśnia jednakże, dlaczego w interesie A lub B miałyby być (obecnie przy „polskiej znowie przetargowej”) wycofanie niższej oferty w sytuacji wyboru tej oferty przez zamawiającego. W dalszej części tego artykułu autor stanie na stanowisku, że jeżeli pomiędzy A i B nie dochodzi do „rekompensaty” lub też A i B nie „wymieniają się” miejscami w innych przetargach, takie wycofanie oferty można rozpatrywać jedynie w kategorii działania przez A i B w ramach „jednego organizmu gospodarczego”.

W Scenariuszu 1 (reprezentującym 2/5 hipotetycznych stanów rzeczy):

- w 37,5% przypadków tj. w 6/40 hipotetycznych stanów rzeczy (37,5% pomnożone przez 2/5) zamówienie otrzyma A, oferując cenę w wysokości 50 zł;
- w 37,5% przypadków (6/40 hipotetycznych stanów rzeczy) zamówienie otrzyma B, oferując cenę w wysokości 50 zł;
- w 25% przypadków (4/40 hipotetycznych stanów rzeczy) zamówienie otrzymają konkurenci A i B, tj. przedsiębiorcy C albo D.

W Scenariuszu 2 (w którym, konkurenci A i B, tj. przedsiębiorcy C i D, nie zaoferują ceny poniżej 100 zł):

- w 37,5% przypadków (6/40 hipotetycznych stanów rzeczy) zamówienie otrzyma A, oferując cenę w wysokości 50 zł;
- w 37,5% przypadków (6/40 hipotetycznych stanów rzeczy) zamówienie otrzyma B, oferując cenę w wysokości 50 zł;
- w 12,5% przypadków (2/40 hipotetycznych stanów rzeczy) zamówienie otrzyma A, oferując cenę 100 zł;
- w 12,5% przypadków (2/40 hipotetycznych stanów rzeczy) zamówienie otrzyma B, oferując cenę 100 zł;
- w 8/40 hipotetycznych stanach rzeczy zamówienie otrzymają konkurenci A i B, tj. przedsiębiorcy C i D.

Podsumowując, w sytuacji braku współpracy pomiędzy A i B, potencjalny osobny przychód A i B wyniesie po 20 zł ((6/40 w Scenariuszu 1 pomnożone przez 50 zł) + (6/40 w Scenariuszu 2 pomnożone 50 zł) + (2/40 w Scenariuszu 2 pomnożone przez 100 zł) = 7.5 zł + 7.5 zł + 5 zł = 20 zł).

Przetestujmy teraz, pod kątem Scenariuszy 1 i 2, sytuację, w której przedsiębiorcy A i B angażują się w „polską zmwę przetargową” i ustalają między sobą, że A zawsze składa ofertę o wysokości 50 zł, B zawsze oferuje 100 zł oraz A zawsze wycofa swoją ofertę, gdy wyższa oferta B wystarczy do wygrania przetargu. W Scenariuszu 1, w 100% przypadków (2/5 hipotetycznych stanów rzeczy), A otrzyma zamówienie o wartości 50 zł. Potencjalny przychód A wyniesie 20 zł (50 zł pomnożone przez 2/5). W Scenariuszu 2, w którym A wycofa swoją ofertę na rzecz B, B otrzyma zamówienie o wartości 100 zł w 100% (2/5 hipotetycznych stanów rzeczy) przypadków, a potencjalny przychód wyniesie 40 zł (100 zł pomnożone przez 2,5). Polska zмова przetargowa ma więc w analizowanej hipotezie sens dla B (przychód w wysokości 50 zł jest lepszy niż przychód w wysokości 20 zł, który B uzyskałby w sytuacji braku kooperacji z A), taka zмова nie ma jednak większego sensu dla A. W analizowanej hipotezie potencjalny

przychód A jest taki sam w sytuacji kooperacji z B, jak w razie braku kooperacji, jednak w razie kooperacji, A musi wykonać kontrakt w większej liczbie hipotetycznych stanów rzeczy (16/40) niż w sytuacji braku kooperacji, co oczywiście wiąże się z większymi kosztami przy tych samych przychodach. W omawianej hipotezie strategia polskiej zмовы przetargowej nie jest więc opłacalna dla A, a jest opłacalna dla B.

Dokonana powyżej analiza potencjalnych przychodów hipotetycznych przedsiębiorców A i B była oczywiście oparta na zupełnie przypadkowych liczbach i założeniach (takimi przypadkowymi założeniami był m.in. fakt częstotliwości wystąpienia Scenariusza 1 i 2 oraz fakt, że zarówno A, jak i B złożą oferty o wysokości 100 zł i 50 zł w 50% przypadków). Miała ona na celu pokazanie, w jaki sposób można obliczać opłacalność zachowania przedsiębiorców A i B w razie niezależnej konkurencji i w razie kooperacji polegającej na zaangażowaniu się w „polską zмовę przetargową”. Należy jednak podkreślić, że w praktyce A i B nie wiedzą, jakie jest prawdopodobieństwo danego zachowania się ich konkurentów (a więc prawdopodobieństwo wystąpienia Scenariuszy 1 albo 2), zatem A i B mogą, w sytuacji wzajemnej konkurencji, zdecydować się na inną częstotliwość składania ofert o danej wysokości (zachowania A i B w wypadku braku polskiej zмовы przetargowej zależą przede wszystkim od tego, na ile A i B będą skłonni do ryzyka). Analizowaną w poprzednich częściach hipotezę można więc z łatwością zmodyfikować (np. zmieniając potencjalne ceny ofert, które mogą złożyć A i B, jak i zmieniając, zależną od skłonności do ryzyka, częstotliwość składania ofert o danej wysokości) tak, aby okazało się, że zaangażowanie się w polską zмовę przetargową, w której to A wycofuje swoją ofertę na rzecz B:

- jest opłacalne zarówno dla A, jak i B;
- jest nieopłacalne dla przedsiębiorcy B, ale opłacalne dla przedsiębiorcy A²².

Niemniej jednak jedna cecha polskiej zмовы przetargowej pozostanie niezmienna, bez względu na przyjęte w hipotezie założenia i liczby. Łączny przychód A i B, powstały w wyniku przyjęcia strategii polskiej zмовы przetargowej, nie może być nigdy niższy od ich łącznego przychodu w sytuacji

²² Pomimo tego, że A musi wycofywać swoją ofertę, kiedy oferta B jest wystarczająca do wygrania przetargu, strategia polskiej zмовы przetargowej może być z obiektywnego punktu widzenia bardziej opłacalna dla przedsiębiorcy A niż jego niezależne zachowanie w sytuacji, w której działający niezależnie A miałby tendencję do „przeszarżowania” z ryzykiem i permanentnego składania wyższych od swoich konkurentów ofert.

niezależnej konkurencji²³. Jest tak dlatego, że w Scenariuszu 2, w którym A wycofuje swoją ofertę na rzecz B, następuje dodatkowy transfer potencjalnego dochodu ze strony zamawiającego w kierunku B. Dlatego też łączny potencjalny przychód A i B w warunkach polskiej zmowy przetargowej jest zawsze wyższy, niż ich łączny przychód osiągnięty w warunkach niezależnej konkurencji. Z tego powodu, jeżeli przedsiębiorców A i B traktować jako „jeden organizm gospodarczy” posiadający wspólny ośrodek decyzyjny i troszczący się o maksymalizację jednego tylko, a nie dwóch odrębnych zysków, to polska zmowa przetargowa ma dla takiego jednego organizmu gospodarczego zawsze ekonomiczny sens.

Wnioski sformułowane powyżej nie pozwalają wyjaśnić, dlaczego zaangażowanie się w strategię polskiej zmowy przetargowej jest korzystne dla przedsiębiorcy A – strategia polskiej zmowy przetargowej nie oferuje przedsiębiorcy A niczego, co zrekompensowałoby mu jego poświęcenie, polegające na wycofaniu swojej niższej oferty na rzecz B. Jeżeli zatem strategia polskiej zmowy przetargowej ma mieć „niezależne ekonomiczne uzasadnienie” dla przedsiębiorcy A, przedsiębiorca ten musi otrzymać od B stosowną rekompensatę. Nie musi to być oczywiście rekompensata pieniężna. Może ona polegać np. na udzieleniu A przez B podwykonawstwa w uzyskanym zamówieniu bądź też na zamienieniu się rolami w ramach polskiej zmowy przetargowej²⁴. Takie zamienienie się rolami jest oczywiście możliwe w sytuacji więcej niż jednego przetargu. A i B mogą uzgodnić, że

²³ Oczywiście jeżeli decyzje o wysokości ofert, na które zdecydują się A i B w wypadku polskiej zmowy przetargowej będą takie same, jak decyzje, które podjęliby A i B (i wynikają z takiej samej skłonności do ryzyka, jaką mieliby A i B) w warunkach niezależnej konkurencji.

²⁴ Oczywiście A i B nie muszą się bezpośrednio porozumieć co do rekompensaty lub „zamiany rolami”. Przedsiębiorca A może również jednostronnie „zasygnalizować” przedsiębiorcy B gotowość do wycofania swojej niższej oferty w odpowiedzi na wycofanie oferty B na rzecz A w kolejnym przetargu. Taka próba sygnalizacji, będąca jednocześnie jedną ze strategii mających na celu przezwycięzenie dylematu więźnia, jest możliwa w praktyce przy wielu powtarzanych po sobie przetargach i istnieją na nią empiryczne przykłady (chodzi o sygnalizację w warunkach „klasycznej” zmowy przetargowej, a nie „polskiej zmowy przetargowej”). Próby takiej sygnalizacji były obecne np. w przetargach na częstotliwości komunikacyjne organizowane przez Amerykańską Federalną Komisję Komunikacyjną. Zob. P. Cramton, J.A. Schwartz, *Collusive Bidding: Lessons from the FCC Spectrum Auctions*, JRE 2000, vol. 17(3), s. 229–252. Powyższa sygnalizacja jest niezmiernie problematyczna z punktu widzenia prawa antymonopolowego z przyczyn zupełnie innych niż temat tego artykułu. Chodzi bowiem o to, że sygnalizacja stanowi najczęściej jedynie tzw. działania paralelne (ang. *conscious parallelism*), a te co do zasady nie są objęte zakazem przez większość reżimów antymonopolowych na świecie.

w jednym przetargu to A wycofa ofertę, „oferując miejsce” B, a w drugim przetargu to B wycofa ofertę, „oferując miejsce” A.

Z powyższej obserwacji wynika bardzo ważny wniosek. Dla stwierdzenia antykonkurencyjnego porozumienia pomiędzy A i B nie wystarczy wykazanie, że dwaj przedsiębiorcy zaangażowali się w „polską zmwę przetargową”. Konieczne jest ponadto wykazanie, że:

- w wypadkach, kiedy polska zмова przetargowa wystąpiła tylko w jednym przetargu, organ konkurencji powinien wykazać, że przedsiębiorca, który wycofał swoją ofertę (hipotetyczny A) otrzymał od drugiego przedsiębiorcy (hipotetycznego B) jakąkolwiek rekompensatę (np. pieniądze albo podwykonawstwo);
- w wypadkach wielu przetargów organ konkurencji może też wykazać, że co najmniej raz przedsiębiorcy (hipotetyczni A i B) zamienili się rolami, tj. każdy z nich przynajmniej raz wycofał swoją niższą ofertę lub miał taki zamiar (zamiar taki może być zaś wywnioskowany z faktu, że przynajmniej raz przedsiębiorcy „zamienili się” wysokością swoich ofert, tj. przynajmniej raz zarówno hipotetyczny A, jak i B złożyli niższą z dwóch ofert).

3.4. Polskie zmony przetargowe w świetle przedstawionej teorii

W świetle dokonanej wyżej ekonomicznej analizy należy określić, w jakich sprawach spośród analizowanych spraw z zakresu polskich zmw „przetargowych” można mówić o odrębnym ekonomicznym uzasadnieniu po stronie uczestniczących w zmwie przedsiębiorców.

Najmniej wątpliwości rodzą okoliczności faktyczne towarzyszące *Czystości w Budynkach Komunalnych*. W powyższej sprawie przedmiotem analizy Prezesa UOKiK był tylko jeden przetarg, a w uzasadnieniu decyzji nie ma ani słowa o żadnej rekompensacie uzyskanej przez jedną z uczestniczących w zmwie siostr. Można zatem stwierdzić, że w powyższej sprawie nie doszło do antykonkurencyjnego porozumienia, a jedynie do unilateralnej praktyki jednego organizmu gospodarczego.

W *Pieczątkach dla Poczty* domniemana zмова przetargowa nastąpiła tylko w jednym przetargu. Prezes UOKiK analizował również trzy inne przetargi, w których przedsiębiorca-mąż i przedsiębiorca-żona przegrali ze swoimi konkurentami. We wszystkich czterech przetargach (w jednym z przetargów doszło do rzeczywistego wycofania oferty) to zawsze mąż był przedsiębiorcą, który składał wyższą ofertę. W związku z powyższym po stronie żony nie wystąpiło niezależne ekonomiczne uzasadnienie, a tym

samym należy uznać, że żona wraz z mężem należeli do „jednego organizmu gospodarczego” i nie mogło dojść pomiędzy nimi do zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia.

W *Dowozie Dzieci do Szkoły* UOKiK badał cztery przetargi. Pierwszy przetarg nie był dla UOKiK problematyczny: przedsiębiorca-żona i przedsiębiorca-mąż złożyli swoje oferty na inne odcinki tras autobusowych; oferty te nie konkurowały więc ze sobą. W kolejnych trzech przetargach mąż i żona składali „konkurencyjne” wobec siebie oferty o różnych cenach, przy czym to zawsze żona składała niższą ofertę. Wszystkie te przetargi, na etapie otwarcia ofert, zostały wygrane przez żonę. Za każdym razem, po wybraniu oferty przez zamawiającego, żona bądź to nie uzupełniała braków formalnych swojej oferty, bądź też ofertę wycofywała. W konsekwencji zamówienia w trzech przetargach przypadły mężowi. Z uzasadnienia decyzji UOKiK nie wynika, żeby przedsiębiorca-żona została przez męża w jakikolwiek sposób zrekompensowana. Zatem również w tej sprawie nie sposób mówić o niezależnym ekonomicznym uzasadnieniu dla postępowania żony, a zatem o antykonkurencyjnym porozumieniu.

W *Wyrębie DREWNA* oraz *Oznakowaniu Dróg* przedsiębiorcy „zamieniali się” rolami. W niektórych przetargach jeden z przedsiębiorców składał ofertę niższą, a w niektórych wyższą od swojego „zawiającego się” partnera. Wydaje się, że już sam ten fakt wystarczyłby do wykazania ukaranym przedsiębiorcom zamiaru „zamiany się” rolami. W rzeczywistości w obu powyższych sprawach przedsiębiorcy nie tylko zademonstrowali zamiar zamienienia się rolami, ale się tymi rolami skutecznie zamienili (nawzajem wycofując swoje niższe oferty w różnych przetargach).

Kapusta dla Aresztów, jak już wspomniano, dotyczyła domniemanej umowy pomiędzy trzema przedsiębiorcami (mężem, żoną i synem) i każdy z tych przedsiębiorców został odrębnie ukarany przez Prezesa UOKiK. Z materiału dowodowego zebranego przez UOKiK wynika, że chociaż dwójka przedsiębiorców (syn i matka) zamieniali się rolami i nawzajem wycofywali swoje niższe oferty, jeden przedsiębiorca (ojciec) w każdym z analizowanych przetargów zawsze składał najniższą z trójki ofertę, którą jednakże wycofywał. Wydaje się więc, że ojciec nie powinien zostać przez UOKiK potraktowany jako przedsiębiorca posiadający „niezależną ekonomiczną motywację” dla swojego postępowania, a tym samym nie powinna na niego zostać (w przeciwieństwie do matki i syna) nałożona kara pieniężna.

Podsumowując, jedynie w dwóch sprawach z sześciu analizowanych, w których UOKiK jako podstawę prawną przywołał art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk, istniała podstawa do nałożenia kary na wszystkich z uczestników rzekomej umowy. W trzech sprawach zgromadzony materiał dowodowy nie świadczył

o porozumieniu pomiędzy niezależnymi przedsiębiorcami. Natomiast w jednej sprawie tylko dwóch z trzech przedsiębiorców zasługiwało na wymierzoną karę pieniężną. Powodem, dla którego w czterech z dyskutowanych spraw organ konkurencji nie powinien nakładać kary za zawarcie antykonkurencyjnego porozumienia, był brak niezależnej ekonomicznej motywacji po stronie rzekomych uczestników porozumienia.

Bliskie, najczęściej rodzinne, relacje pomiędzy przedsiębiorcami dodatkowo obrazują, dlaczego w większości z analizowanych spraw można mówić nie o wielu, ale o jednym interesie ekonomicznym. Bardzo łatwo wyobrazić sobie sytuację, w której przeczorny mąż (bądź żona) „rejestruje” swoją żonę (bądź męża) jako niezależną osobę fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą, po czym wykorzystuje prawną „tożsamość” żony (bądź męża) dla zwiększenia swoich szans na wygraną w przetargu. Niewykluczone oczywiście, że żona (czy też mąż) sam angażuje się w działalność gospodarczą i posiada „niezależny interes gospodarczy”, jednakże brak rekompensaty lub zamiany rolami świadczy o tym, że taka żona (bądź mąż) jest gotowa ponosić straty na rzecz drugiego przedsiębiorcy (męża lub żony).

Należy z całą stanowczością jeszcze raz podkreślić, że wniosku o braku niezależnego uzasadnienia ekonomicznego dla działań niektórych przedsiębiorców w analizowanych sprawach autor tej pracy nie wyciąga z istnienia między przedsiębiorcami więzów rodzinnych. Byłby to wniosek wynikający z trywialnej obserwacji i, co więcej, wniosek nieuprawniony. Sam bowiem fakt relacji rodzinnych między przedsiębiorcami w żaden sposób nie powinien świadczyć o braku ekonomicznej niezależności tych przedsiębiorców, którzy mogą oczywiście działać niezależnie, a nawet ze sobą konkurować. Na gruncie polskiego porządku prawnego, jak też najpewniej większości współczesnych porządków prawnych, fakt pozostawania w związku małżeńskim nie stanowi przeszkody do odrębnych aktywności gospodarczych każdego z małżonków (takich jak np. zarejestrowanie jednoosobowej działalności gospodarczej czy założenie spółki).

Jak już wspomniano, konkluzję o braku ekonomicznej niezależności należy wnioskować nie tyle ze strukturalnych powiązań pomiędzy przedsiębiorcami (a takim, specyficznym powiązaniem są powiązania rodzinne), co z okoliczności behawioralnych, takich jak brak „niezależnej ekonomicznej motywacji”, choć oczywiście bliskie więzy strukturalne lub rodzinne między przedsiębiorcami mogą wzbudzić słuszne podejrzenie co do niezależności takich przedsiębiorców.

W celu zastosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego organy konkurencji – szczególnie w państwach z rozwijającymi się gospodarkami, gdzie rola relacji rodzinnych w biznesie cały czas jest znacząca – nie powinny jednak

ignorować, często skomplikowanych, relacji rodzinnych pomiędzy, z pozoru, samodzielnymi przedsiębiorcami. Dobrym przykładem do naśladowania jest w powyższym zakresie chociażby praktyka tureckiego organu konkurencji²⁵.

Niestety, UOKiK, a dokładniej jego regionalne delegatury, nie interesowały się w analizowanych sprawach samodzielnością ekonomiczną ukaranych przedsiębiorców, jakby zapominając, że porozumienia w obrębie „jednego organizmu gospodarczego” nie powinny być przedmiotem zainteresowania prawa antymonopolowego.

W analizowanych sprawach Prezes UOKiK zdawał się jedynie przejmować szkodę po stronie zamawiającego. Paradoksalnie, bliskie relacje rodzinne między „zmawiającymi się” przedsiębiorcami, zamiast „uczulić” Prezesa UOKiK na brak dwóch odrębnych interesów ekonomicznych, były dla niego dodatkowym dowodem na istnienie antykonkurencyjnego porozumienia. Prezes UOKiK zdawał się zwracać uwagę np. na fakt, że składane przez przedsiębiorców oferty „wypełnione zostały tym samym charakterem pisma”²⁶. Jakkolwiek wypełnianie dwóch „konkurujących” ze sobą ofert przez jedną osobę jest niewątpliwie nieuczciwe, a sama „polska zmowa przetargowa” jest nieuczciwą praktyką, mającą na celu pokrzywdzenie konkurentów i zamawiającego, to jednakże owa nieuczciwość nie powinna przesądzać o bezwzględnym zastosowaniu do „polskiej zmowy przetargowej” art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk. Sam fakt „nieuczciwości” danego zachowania nie może powodować, że organy państwa mogą „znaleźć” jakikolwiek przepis

²⁵ W sprawie *Gidasa*, dotyczącej fuzji w tureckim sektorze żywnościowym (pomiędzy spółkami MGS i Gidasa) z 2008 r., turecki organ konkurencji wydał decyzję warunkową. Spornym zagadnieniem w powyższej sprawie był wskaźnik koncentracji rynkowej. Według zgłaszających, wskaźnik ten był niższy niż ostatecznie przyjęty przez organ antymonopolowy. Turecki organ konkurencji uznał jednak, że udziały rynkowe dwóch „grup kapitałowych” – grupy MGS (kontrolowanej przez rodzinę Topbasów) i grupy Ulker (kontrolowanej przez rodzinę Ulkerów) – powinny zostać potraktowane jak udziały jednego organizmu gospodarczego z powodu bliskich relacji rodzinnych, łączących dwie rodziny kontrolujące powyższe grupy (panny z klanu Topbasów zdawały się upodobać sobie kawalerów z rodziny Ulkerów). Znamienne, że turecki organ konkurencji, wskazując na bliskie relacje rodzinne pomiędzy dwiema grupami kapitałowymi, podkreślił (poprawnie), że „sam fakt istnienia więzów rodzinnych nie wystarcza do stwierdzenia (ang. *establish*) jedności ekonomicznej (ang. *economic unity*)”. W celu zbadania „jedności ekonomicznej” można, według tureckiego organu konkurencji, użyć następujących metod: 1. Zbadanie ekonomicznych i rodzinnych relacji; 2. Porównanie zakresu ekonomicznych relacji [pomiędzy badanymi podmiotami] z niezależnymi aktywnościami, które są normalnie podejmowane w tego typu relacjach; 3. Zbadanie jedności interesu (ang. *unity of interest*). Więcej o sprawie fuzji MGS/Gidasa – zob. H. Bolatoglu, *The Concept of Economic Unity in Merger Cases: Lifting the Corporate Veil*, E.C.L.R. 2009, vol. 30(8).

²⁶ Decyzja Prezesa UOKiK, RKR-24/2011, *op. cit.*, s. 10.

penalizujący takie „nieuczciwe” zachowania²⁷. Tak długo, jak u domniemanych uczestników „zmony” brak niezależnej ekonomicznej motywacji, tak długo nie można mówić o antykonkurencyjnym porozumieniu.

3.5. Orzecznictwo sądów polskich w zakresie „polskich zμών przetargowych”

W sprawach z zakresu polskich zμών przetargowych wypowiedziały się też sądy. Chociaż w większości z analizowanych spraw SOKiK oraz sądy wyższej instancji oddaliły odwołania ukaranych przedsiębiorców²⁸, to jeden wyrok SOKiK²⁹ (zapadły wskutek odwołania od decyzji Prezesa UOKiK w sprawie *Oznakowanie Dróg*) zasługuje na szczególną uwagę. W powyższym wyroku SOKiK uchylił decyzję Prezesa UOKiK i uznał, że pomiędzy przedsiębiorcami nie doszło do zmony przetargowej w rozumieniu art 6 ust. 1 pkt 7 uokk. SOKiK powołał się na koncepcję jednego organizmu gospodarczego i na odpowiednie orzecznictwo TSUE dotyczące tej koncepcji³⁰. SOKiK uznał, że „małżonkowie prowadzący działalność pod odrębnymi firmami jako osoby fizyczne, stanowią w ocenie sądu jeden organizm gospodarczy (*single economic unit*)”. SOKiK odwołał się też do pojęcia kontroli z art. 4 pkt 4 uokk, i zauważył, że „dla uznania, czy w danym przypadku mamy do czynienia z kontrolą (...) wystarczająca jest sama możliwość wywierania decydującego wpływu”. Następnie skonkludował on, że „taką (...) możliwość z pewnością daje pozostawanie we wspólnocie małżeńskiej i związana z tym wspólnota praw i interesów ekonomicznych”. Abstrahując od faktu, na ile wcześniejszy artykuł autora tej pracy zainspirował SOKiK do powołania się w powyższym wyroku na koncepcję jednego organizmu gospodarczego³¹, powyższe orzeczenie SOKiK zasługuje na krytykę. To prawda, że co do zasady dla wykazania istnienia jednego organizmu gospodarczego

²⁷ Powyższe nie znaczy oczywiście, że prawo jest bezradne w obliczu „polskich zμών przetargowych”. Bezradne jest jedynie prawo konkurencji i to w zakresie przepisów o antykonkurencyjnych porozumieniach. Więcej o przepisach możliwych do zastosowania w obliczu polskich zμών przetargowych – zob. podrozdział VIII.3.4).

²⁸ Np. wyrok SA w Warszawie z 18.07.2012, VI A Ca 203/12 (odwołanie dotyczyło decyzji Prezesa UOKiK w sprawie *Kapusta dla Aresztów*).

²⁹ Wyrok SOKiK z 07.10.2013, XVII AmA 181/11.

³⁰ Chodzi o wyrok ETS (dzisiejszy TSUE) w sprawie *Viho* (*op. cit.*).

³¹ Artykuł autora tej pracy, w którym po raz pierwszy poruszona została problematyka koncepcji jednego organizmu gospodarczego w sprawach z zakresu polskich przetargowych pomiędzy przedsiębiorcami związanymi bliskimi relacjami osobistymi lub rodzinnymi (*op. cit.*), ukazał się w internetowym Kwartalniku Antymonopolowym i Regulacyjnym Uniwersytetu Warszawskiego w lutym 2013 r., czyli ponad pół roku przed wydaniem przez SOKiK omawianego wyroku.

w materialnym aspekcie tego pojęcia wystarczające wydaje się udowodnienie okoliczności strukturalnych, świadczących o możliwości wywierania decydującego wpływu, jednak sam fakt istnienia pomiędzy przedsiębiorcami więzów małżeńskich nie wydaje się być wystarczającą strukturalną przesłanką, świadczącą o możliwości wywierania decydującego wpływu (jak stwierdził SOKiK w omawianym wyroku). Dla uznania małżonków za jeden organizm gospodarczy konieczna jest dodatkowa analiza okoliczności behawioralnych, czyli na przykład, przeprowadzona w powyższym rozdziale, ekonomiczna analiza pokazująca, czy zachowanie małżonków podczas analizowanych przetargów miało niezależny ekonomiczny sens. W istocie sprawa *Oznakowania Dróg* była akurat jedną z dwóch spośród analizowanych w tym rozdziale spraw z zakresu „polskich zmów przetargowych”, w których przedsiębiorcy-małżonkowie zamienili się rolami, a ekonomiczna analiza ich postępowania nie wykazałaby, że stanowili oni jeden organizm gospodarczy.

Tabela 7. Materialny aspekt koncepcji jednego organizmu gospodarczego: okoliczności strukturalne i behawioralne

Sprawa	Okoliczności strukturalne świadczące o istnieniu jednego organizmu gospodarczego	Analiza okoliczności behawioralnych dokonanych przez organ konkurencji lub sąd	Konkluzja organu konkurencji lub sądu
decyzja Prezesa UOKiK w sprawie <i>TP SA.-PTK Centertel</i> ³²	tak: spółka TP SA w 100% właścicielem PTK Centertel	tak: np. „Prezes UOKiK nie mógł pominąć chociażby faktu, że oferty PTK nie tylko prezentowane są klientom przez pracowników TP, ale są one także przez nich przygotowywane” ³³	podmioty stanowią jeden organizm gospodarczy
wyrok SOKiK w sprawie <i>Oznakowanie Dróg</i>	brak takich okoliczności: przedsiębiorcy byli małżonkami	brak analizy	podmioty stanowią jeden organizm gospodarczy
sprawa <i>Viho</i> ³⁴ oraz inne wcześniejsze wyroki TSUE (np. sprawa <i>Centrafarm</i> ³⁵ , sprawa <i>Consten i Grundig</i> ³⁶)	tak: spółki będące dostawcą były w 100% właścicielem 100% spółek działających na niższym szczeblu obrotu	brak analizy ³⁷	podmioty stanowią jeden organizm gospodarczy

³² Decyzja Prezesa UOKiK, DOK-34/07, *op. cit.*

³³ *Ibidem*, s. 21.

³⁴ *Viho*, *op. cit.*

³⁵ *Centrafarm*, *op. cit.*

³⁶ *Consten i Grundig*, *op. cit.*

³⁷ TSUE w sprawie *Viho* założył, że fakt istnienia stuprocentowej relacji właścicielskiej niejako automatycznie przesądza o braku autonomii rynkowej po stronie spółki-córki, a tym samym obie spółki stanowią jeden organizm gospodarczy. Zob. *Viho*, pkt 16.

Tabela 7 pokazuje, na gruncie spraw omawianych w tej pracy, jaki rodzaj okoliczności (strukturalnych lub behawioralnych) jest w praktyce analizowany przez sądy i organy konkurencji w celu zastosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego w jej materialnym aspekcie.

Mając na uwadze wnioski sformułowane w tym rozdziale, w sprawie *TP SA-PTK Centerel* analiza istnienia jednego organizmu gospodarczego dokonana przez Prezesa UOKiK wydaje się zbyt restrykcyjna, chociaż nie wpływa na końcową (poprawną) konkluzję. Skoro spółka TP SA była w 100% właścicielem spółki PTK Centertel, sam powyższy fakt wydaje się być wystarczający do zwolnienia porozumienia pomiędzy tymi dwiema spółkami spod zastosowania przepisów o antykonkurencyjnych porozumieniach³⁸. Z drugiej strony SOKiK w wyroku w sprawie *Oznakowanie Dróg* podszedł do zastosowania koncepcji *single economic unit* w sposób zbyt liberalny (co wpłynęło na błędną końcową konkluzję). SOKiK powinien bowiem, w ramach braku okoliczności strukturalnych (za okoliczności takie nie można uznać samej relacji małżeńskiej łączącej przedsiębiorców) przeanalizować dodatkowo okoliczności behawioralne (np. dokonując, przedstawionej w podrozdziale VII.4, ekonomicznej analizy).

W świetle dwóch powyższych przykładów zastosowania materialnego aspektu koncepcji *single economic unit* w prawie polskim, jeden wydaje się zbyt restrykcyjny, a drugi zbyt liberalny. Poprawne wydaje się klasyczne podejście TSUE zaprezentowane np. w sprawie *Viho* (paradoksalnie orzeczenie to cytowane jest zarówno przez Prezesa UOKiK w sprawie *TP SA.-PTK Centertel*, jak i przez SOKiK w sprawie *Oznakowanie Dróg*). Podejście to wydaje się polegać na braku analizy okoliczności behawioralnych w momencie, gdy okoliczności strukturalne (posiadanie przez jedną osobę prawną

³⁸ Należy zwrócić uwagę, że w powyższej sprawie Prezes UOKiK wyodrębnił dwie postacie „niezależności” stron porozumienia: „niezależność formalną” oraz „niezależność materialną”. Według Prezesa UOKiK, „niezależność formalna występuje wówczas, gdy przedsiębiorcy, których działania są przedmiotem oceny, nie należą do tej samej grupy kapitałowej”. Z kolei „o niezależności w sensie materialnym można mówić w przypadku, w którym, pomimo przynależności do jednej grupy kapitałowej, przedsiębiorcy dysponują zakresem samodzielności w kształtowaniu swojej polityki rynkowej” (s. 22). Powyższe rozróżnienie dokonane przez UOKiK wydaje się błędne i niepotrzebne w świetle poglądu zaprezentowanego w tej pracy, zgodnie z którym w materialnym aspekcie koncepcji jednego organizmu gospodarczego sama możliwość wywierania decydującego wpływu (lub „kontroli”) jest wystarczająca do zastosowania tej koncepcji. Dla wykazania powyższej „możliwości wywierania decydującego wpływu” wystarczy zaś, w większości wypadków, wykazanie odpowiednich okoliczności strukturalnych (na pewno zaś za wystarczającą okoliczność strukturalną należy uznać relację kapitałową, polegającą na stuprocentowym udziale kapitałowym jednego podmiotu w drugim).

100% udziałów/akcji w drugiej osobie prawnej) w sposób wystarczający świadczą o „potencjalnym” wywieraniu decydującego wpływu przez jeden podmiot na drugi, a tym samym o przynależności dwóch takich podmiotów do jednego organizmu gospodarczego.

4. Wnioski

W niniejszym rozdziale autor starał się wykazać, że skoro, w przeciwieństwie do formalnego aspektu koncepcji jednego organizmu gospodarczego, cele materialnego aspektu koncepcji jednego organizmu gospodarczego są przede wszystkim ekonomiczne, a nie „słusnościowe”, dla zastosowania koncepcji *single economic unit* w materialnym aspekcie w większości przypadków wystarcza analiza okoliczności strukturalnych (np. udziału jednej spółki w kapitale zakładowym drugiej spółki). W wyjątkowych sytuacjach okoliczności strukturalne albo nie wskazują (wbrew podejrzeniom) na istnienie jednego organizmu gospodarczego, albo są one zgoła niemożliwe do zbadania (np. dlatego, że przedsiębiorcy są osobami fizycznymi). W takich wypadkach istnienie jednego organizmu gospodarczego można wykazać za pomocą specyficznej ekonomicznej analizy behawioralnej, polegającej na zbadaniu, czy postępowanie dwóch, z pozoru odrębnych, podmiotów ma tzw. „niezależne ekonomiczne uzasadnienie” (jeżeli takie uzasadnienie da się wykazać, należy uznać, że badane podmioty nie stanowią jednego organizmu gospodarczego). Zastosowanie takiej behawioralnej analizy dla oceny konkretnych stanów faktycznych zostało w niniejszym rozdziale zaprezentowane na przykładzie spraw z zakresu „polskich zmów przetargowych”.

Rozdział VIII

Koncepcja jednego organizmu gospodarczego a pokrewne instytucje prawa ochrony konkurencji oraz inne gałęzie prawa

1. Uwagi ogólne

Jak wspomniano we wcześniejszych częściach tej pracy, koncepcja jednego organizmu gospodarczego służy na gruncie przepisów o ochronie konkurencji do określenia „granic przedsiębiorcy” i tym samym wyodrębnienia podmiotów, których działalność powinna być poddana ocenie regulacji antymonopolowej. Stosowanie owej koncepcji ma na celu umożliwienie, z jednej strony, uznania wielu, na pozór odrębnych podmiotów, za jeden organizm gospodarczy, a, z drugiej strony, uznania poszczególnych „części” na pozór jednolitego organizmu za wielu samodzielnych przedsiębiorców. Analiza zastosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego polega więc niejako na analizie samodzielności **zgrupowań** działających na rynku podmiotów i skutków istnienia tych zgrupowań w świetle regulacji antymonopolowej. Taka prawna analiza samodzielności zgrupowań podmiotów działających na rynku jest istotna nie tylko dla potrzeb zastosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego w prawie antymonopolowym. Ma ona również miejsce na gruncie pozostałych norm regulacji antymonopolowej oraz innych niż prawo ochrony konkurencji norm regulujących działalność gospodarczą.

Hipoteza badawcza przyjęta w niniejszym rozdziale zakłada, że pomiędzy zastosowaniem koncepcji jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji a innymi normami prawa (tak prawa antymonopolowego niezwiązanymi bezpośrednio z tą koncepcją, jak i normami występującymi w pozostałych dziedzinach prawa) istnieje wiele podobieństw, ale również różnic. W związku z powyższym wydaje się, że należy unikać zbyt pochopnego „rozszerzania” rozważań dotyczących zastosowania koncepcji

jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji na inne normy prawa (antymonopolowego lub nie) i *vice versa*.

Celem tegoż rozdziału jest porównanie norm dotyczących zastosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego w prawie antymonopolowym z innymi, wyżej wskazanymi, normami prawnymi, a w konsekwencji opisanie różnic i podobieństw pomiędzy tymi normami. Pozwoli to zarówno na lepsze zrozumienie koncepcji jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji, jak i pokrewnych tej koncepcji instytucji występujących w prawie antymonopolowym oraz w innych dziedzinach prawa.

W świetle powyższych rozważań, przedmiotem niniejszego rozdziału będą następujące normy regulacji antymonopolowej, dotyczące „zgrupowań” przedsiębiorców:

- normy dotyczące zastosowania reguł konkurencji do działalności „związków przedsiębiorców” (podrozdział VIII.2.1);
- normy dotyczące zastosowania koncepcji nadużycia tzw. kolektywnej pozycji dominującej (podrozdział VIII.2.2).

Ponadto przedmiotem rozważań tegoż rozdziału będą:

- przepisy prawa pomocy publicznej w zakresie, w którym te przepisy odwołują się do pojęcia „jednego organizmu gospodarczego” (podrozdział VIII.3.1);
- koncepcja tzw. odpowiedzialności przebijającej (ang. *piercing of the corporate veil*), występująca w systemach prawa korporacyjnego (podrozdział VIII.3.2);
- przepisy o rekompensacie za tzw. koszty osierocone, występujące w polskim prawie energetycznym, w którym doktryna i orzecznictwo odwołują się do pojęcia jednego organizmu gospodarczego (podrozdział VIII.3.3);
- instytucje z pogranicza zagadnienia jednego organizmu gospodarczego (np. instytucja grupy kapitałowej i konsorcjum), występujące w polskim prawie zamówień publicznych (podrozdział VIII.3.4).

2. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego a pokrewne instytucje prawa ochrony konkurencji

2.1. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego a „związek przedsiębiorców”

2.1.1. Uwagi ogólne

Art. 101 TFUE zakazuje nie tylko „porozumień” między przedsiębiorstwami, ale również „decyzji związków przedsiębiorstw”. Podobnie, zgodnie z art. 4 pkt 5 lit. c uokk, przez „porozumienia” rozumie się również „uchwały

lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych”. Polskie i europejskie prawo konkurencji wydaje się więc w ten sam sposób traktować zarówno „typowe” porozumienia, jak i praktyki (decyzje/uchwały/akty) „związków” przedsiębiorstw lub przedsiębiorców. Ponadto, na podstawie art. 4 pkt 1 lit. d uokk, ilekroć w ustawie jest mowa o „przedsiębiorcy”, rozumie się przez to także „związek przedsiębiorców”, definiowany z kolei jako „izby, zrzeszenia i inne organizacje zrzeszające przedsiębiorców (...), jak również związki tych organizacji”.

Jak zauważa się w polskiej doktrynie, związki przedsiębiorców mogą działać w oparciu o „przepisy ustaw”, jak i w oparciu o „dobrowolne umowy przedsiębiorców”¹. Jeżeli chodzi o tę pierwszą kategorię, to ustawy mogą:

- wprost wymieniać i niejako tworzyć określone związki przedsiębiorców dla danego typu działalności gospodarczej (np. izby lekarzy² i aptekarzy³, samorząd adwokatów⁴ i notariuszy⁵) albo
- jedynie określać zasady „tworzenia i funkcjonowania” związków, samą decyzję o utworzeniu związku pozostawiając przedsiębiorcom (np. ustawa o izbach gospodarczych⁶, ustawa o organizacjach pracodawców⁷).

Polskie oraz europejskie prawo konkurencji praktyki związków (decyzje/uchwały/akty) wydaje się traktować w kategorii „porozumień”. O decyzjach związków przedsiębiorców mówi przecież art. 101 TFUE dotyczący porozumień, a art. 4 pkt 5 uokk zalicza „uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców” do kategorii porozumień⁸. Jak słusznie zauważa A. Jones, antymonopolowa ocena działalności związków przedsiębiorców w świetle przepisów o antykonkurencyjnych porozumieniach przesądza o tym, że związek przedsiębiorców nie powinien być traktowany jak jeden organizm

¹ E. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Komentarz do uokk*, WoltersKluwer 2011, baza LEX, *Komentarz do art. 1 uokk*, pkt 2.

² Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o izbach lekarskich (Dz.U. z 2009 r. Nr 219 poz. 1708 ze zm.).

³ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich (Dz.U. z 1991 r. Nr 41 poz. 179 ze zm.).

⁴ Ustawa z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze (Dz.U. z 1982 r. Nr 16 poz. 124 ze zm.).

⁵ Ustawa z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie (Dz.U. z 1991 r. Nr 22 poz. 91 ze zm.).

⁶ Ustawa z dnia 30 maja 1989 r. o izbach gospodarczych (Dz.U. z 2009 r. Nr 84 poz. 710 ze zm.).

⁷ Ustawa z dnia 23 maja 1991 r. o organizacjach pracodawców (Dz.U. z 1991 r. Nr 55 poz. 235 ze zm.).

⁸ Zob. np. Bellamy & Child (red. P. Roth, V. Rose), *European Community Law of Competition*, 6th Ed., Oxford University Press 2008, s. 137–138.

gospodarczy. Jeżeli bowiem „związek byłby postrzegany jak jeden gospodarczy podmiot (ang. *single economic actor*), jego «rodzice» powinni być traktowani jako część takiego jednego gospodarczego podmiotu, a nie jako odrębne przedsiębiorstwa (ang. *separate undertakings*)”; w konsekwencji, „jeżeli rodzice/członkowie nie byłoby samodzielnymi przedsiębiorstwami – pomiędzy którymi możliwe byłoby zawarcie porozumienia – związek nie mógłby być «związkiem przedsiębiorstw»”⁹.

Związek przedsiębiorców w rozumieniu prawa polskiego i europejskiego jest w rzeczywistości rodzajem *joint venture* o bagatelnym poziomie integracji ekonomicznej, niebędącym samodzielnym organizmem gospodarczym. Zatem zagadnienie związku przedsiębiorców należy postrzegać wyłącznie w ekskluzywnym kontekście koncepcji jednego organizmu gospodarczego¹⁰. Jak słusznie zauważył Rzecznik Generalny Leger w swojej opinii w sprawie *Wouters*¹¹, związek przedsiębiorców jest „odpowiedzialny za reprezentowanie i obronę wspólnego interesu” przedsiębiorców, z których się składa¹². Związek istnieje więc przede wszystkim w celu reprezentowania interesów swoich członków, a nie po to, żeby zastąpić członków w prowadzeniu danego typu działalności gospodarczej i jedynie rozdzielać pomiędzy członków zyski (tak jak dzieje się to w przypadku stereotypowej spółki i jej akcjonariuszy/udziałowców). W rozumieniu mikroekonomicznej teorii firmy¹³ związek przedsiębiorców nie pełni zatem funkcji „wehikułu” rozdzielającego zyski pomiędzy swoich członków, a jedynie ułatwia współpracę samodzielnym z założenia przedsiębiorcom.

2.1.2. Porozumienia „zawarte” przez związek

W doktrynie prawa konkurencji spotyka się czasami sformułowania¹⁴ sugerujące, że możliwe są:

- „porozumienia” zawarte przez związek przedsiębiorców ze stronami trzecimi;
- „porozumienia” zawarte przez związek przedsiębiorców z jego członkami.

⁹ A. Jones, *The Boundaries of an Undertaking in EU Competition Law*, European Competition Journal 2012, vol. 8(2), s. 327–328.

¹⁰ Zob. podrozdział I.2.3.

¹¹ Opinia Rzecznika Generalnego Legera przedstawiona 10.07.2001 r. w sprawie C 309/99 *Wouters, J.W. Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs p. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*. Opinia dostępna na: www.curia.europa.eu

¹² *Ibidem*, pkt 61.

¹³ Zob. podrozdział II.3.

¹⁴ Zob. np. T. Szanciło, *Porozumienia ograniczające konkurencję*, PPH nr 8/2006, s. 37.

W kontekście rozważań poczynionych wcześniej w tej pracy¹⁵, powyższe dwa sformułowania wydają się dużym uproszczeniem. Skoro związki są jedynie porozumieniem pomiędzy samodzielnymi przedsiębiorcami – członkami związku, „porozumienie” pomiędzy związkiem przedsiębiorców a stronami trzecimi jest w istocie specyficznym porozumieniem zawartym pomiędzy przedsiębiorcami – członkami związku a stronami trzecimi.

Podobnie odwoływanie się do „porozumień” pomiędzy związkiem a jego członkami jest tak naprawdę uproszczeniem. W rzeczywistości mowa o porozumieniu zawartym pomiędzy członkami związku. Jeżeli z formalno-prawnego punktu widzenia związek jest stroną porozumień ze swoimi członkami, uczestniczenie związku w takich porozumieniach z ekonomicznego punktu widzenia jest wtórne do podstawowej roli związku, która polega na realizacji porozumienia – co prawda bardziej sformalizowanego, ale jednak tylko porozumienia – zawartego pomiędzy członkami.

2.1.3. Związek przedsiębiorców a nadużycie pozycji dominującej

Zważywszy na dociekania zawarte w poprzednim rozdziale, tym bardziej zaskakujący jest fakt, że w (przynajmniej polskiej) doktrynie prawa konkurencji mocno zakorzeniony wydaje się być pogląd, zgodnie z którym związki przedsiębiorców „objęte są również reżimem art. 9 uokk” (czyli przepisem zakazującym nadużywania pozycji dominującej)¹⁶. Pogląd taki wyrażany jest, pomimo że w praktyce decyzyjnej UOKiK i orzecznictwie sądów polskich decyzje związków przedsiębiorców traktowane są jak porozumienia, a nie jak nadużycie pozycji dominującej (chodzi o sprawy dotyczące działalności izb architektów¹⁷, Krajowej Rady Notarialnej¹⁸ czy Polskiego Związku Piłki Nożnej¹⁹). Co ciekawe, organizacje zbiorowego zarządzania prawami autorskimi [„OZZ”] są w praktyce UOKiK i orzecznictwie traktowane nie jak „związki przedsiębiorców”, ale jak samodzielni przedsiębiorcy, dlatego

¹⁵ Zob. podrozdział VIII.2.1.1.

¹⁶ Zob. K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Komentarz do uokk*, WoltersKluwer 2008, baza LEX, *Komentarz do art. 4 uokk*, pkt 1.5. Zob. też: G. Materna [w:] T. Skoczny (red.), *Uokk. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 139 (autor stoi na stanowisku, że istnieje „jednoznaczna podstawa prawna stosowania do związków przedsiębiorców przepisów o zakazie nadużywania pozycji dominującej”).

¹⁷ Zob. wyrok SA w Warszawie z 10.07.2008 r., VI ACa 92/08, baza LEX; decyzja Prezesa UOKiK z 18.10.2006 r., DOK-106/06, decyzja dostępna na: www.uokik.gov.pl

¹⁸ Zob. wyrok SA w Warszawie z 16.11.2006 r., VI ACa 554/06, baza LEX; decyzja Prezesa UOKiK z 20.05.2002 r., DDF-31/2002, decyzja dostępna na www.uokik.gov.pl

¹⁹ Zob. wyrok SA w Warszawie z 4.12.2007 r., VI ACa 848/07, baza LEX; decyzja Prezesa UOKiK z 29.05.2006 r., DOK-49/06, decyzja dostępna na: www.uokik.gov.pl

do unilateralnych decyzji OZZ stosowane są przepisy o nadużyciu pozycji dominującej²⁰. Nic jednak dziwnego: nawet TSUE zdarzyło się w sprawie *Laurent Piau* daną praktykę opisać jako decyzję związku przedsiębiorców, po czym uznać, że praktyka ta stanowi zarówno antykonkurencyjne porozumienie, jak i nadużycie pozycji dominującej²¹. Należy jednak zauważyć, że europejscy autorzy albo dyplomatycznie milczą na temat możliwości traktowania decyzji związków przedsiębiorców jako nadużycia pozycji dominującej, albo krytykują wyżej wspomniane orzeczenie TSUE²².

Wspomniani wyżej autorzy polscy, uznający, że praktyki związków przedsiębiorców mogą stanowić nadużycie pozycji dominującej, nie podają jednak żadnych kryteriów rozgraniczających, kiedy działalność związków mogłaby podlegać ocenie pod kątem przepisów o antykonkurencyjnych porozumieniach (art. 6 uokk, art. 101 TFUE), a kiedy pod kątem przepisów o nadużyciu pozycji dominującej (art. 9 uokk, art. 102 TFUE). Powyższa dezynwoltura może dziwić, ponieważ zaklasyfikowanie danej praktyki jako nadużycia pozycji dominującej bądź porozumienia nie jest bynajmniej kwestią trywialną i techniczną. Jak wyjaśniono wcześniej w tej pracy²³, unilateralne praktyki podlegają w większości reżimów antymonopolowych łagodniejszej ocenie niż zachowania multilateralne, nawet jeżeli ekonomiczny opis takich unilateralnych i multilateralnych zachowań jest tożsamy. Powyższy problem zauważa też A. Jones w kontekście wyroku TSUE w powołanej już wyżej sprawie *Laurent Piau*. Sprawa ta dotyczyła praktyk licencyjnych angielskiej ligi piłkarskiej (ang. *Football Association Premier League*). Według autorki, dla TSUE charakterystyka angielskiej ligi piłkarskiej jako zarówno związku przedsiębiorców, jak i samodzielnego przedsiębiorcy „nie miała znaczenia”

²⁰ Zob. decyzja Prezesa UOKiK z 16.07.2004 r., RWA 21/2004 (decyzja dostępna na: www.uokik.gov.pl) oraz wyrok SN z 6.12.2007 r., III SK 16/07, baza LEX; zob. też: G. Materna, *Głosa do wyroku SN z dnia 6 grudnia 2007 r., III SK 16/07*, *Głosa* nr 1/2009, s. 71–89. Powyższe podejście wydaje się słuszne. W świetle obserwacji dokonanych w rozdziale VI tej pracy, OZZ wydają się posiadać dostateczny („niebagatelny”) poziom integracji ekonomicznej i bardziej przypominają spółkę rozdzielającą zyski swoim „udziałowcom” (czyli skupionym w OZZ twórcom) niż związek przedsiębiorców. Więcej o stosowaniu reguł konkurencji do działalności OZZ w Polsce – zob. I. Oleksiuk, *Problematyka równoległego stosowania prawa autorskiego i prawa antymonopolowego wobec organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi*, PUG nr 1/2009 r., s. 18–23; A. Bolecki, *Problematyka równoległego stosowania prawa autorskiego i prawa antymonopolowego wobec organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi spojrzenie krytyczne (polemika do tekstu dr Ingi Oleksiuk)*, PUG nr 9/2009, s. 17–21.

²¹ Tak: wyrok SPI z 26.01.2005 r. w sprawie T-193/02 *Laurent Piau p. Komisji* („*Laurent Piau*”). Wyrok dostępny jest na stronie: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r.

²² Zob. A. Jones, *The Boundaries...*, s. 328.

²³ Zob. podrozdział II.2.2.

w praktyce, ponieważ klauzule wyłącznościowe zawarte w umowie pomiędzy ligą a nadawcami telewizyjnymi i tak naruszałyby prawo konkurencji UE bez względu na kwalifikację pod kątem art. 101 lub art. 102 TFUE²⁴. Autorka przestrzega jednak, że w nieco innym stanie faktycznym taka kwalifikacja mogłaby już mieć znaczenie zasadnicze. Przykładowo, jeżeli angielska Premier League zdecydowałaby się na odmowę przyznania praw do transmisji niektórym nadawcom, rozróżnienie na praktykę multilateralną i unilateralną byłoby kluczowe (ang. *material*): w europejskim (i nie tylko) prawie konkurencji niezmiernie ciężko jest wykazać, że unilateralna odmowa dostawy (tzw. *refusal to supply*) narusza prawo konkurencji (czyli art. 102 TFUE), z kolei multilateralna odmowa dostawy, określana mianem bojkotu (ang. *boycott*), w większości wypadków narusza przepisy o antykonkurencyjnych porozumieniach (czyli art. 101 TFUE).

Dlaczego więc w polskiej doktrynie uznaje się, że akty/decyzje/uchwały związków przedsiębiorców mogą stanowić nadużycie pozycji dominującej i jednocześnie porozumienie? Abstrahując od wątpliwej logiki takiego stanowiska (charakterystyka tego samego zachowania jako porozumienia i nadużycia pozycji dominującej zdaje się wzajemnie wykluczać), uznanie, że działalność związków przedsiębiorstw może być traktowana jako nadużycie pozycji dominującej, wynika ze wspomnianej wcześniej w tej pracy²⁵ fetyszyzacji zawartej w art. 4 pkt 1 uokk definicji przedsiębiorcy. To, że, zgodnie z art. 4 pkt 1 lit. d uokk, związek przedsiębiorców jest „przedsiębiorcą” (...) „na potrzeby przepisów dotyczących praktyk ograniczających konkurencję oraz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów” nie oznacza wcale, że związki są samodzielnymi przedsiębiorcami. Jest zupełnie inaczej: fakt, że uokk w art. 4 pkt 5 lit. c uokk „uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców” każe traktować jako porozumienia świadczy właśnie o tym, iż związki nie są samodzielnymi przedsiębiorcami, ale jedynie porozumieniami innych samodzielnych przedsiębiorców. Sam fakt, że ustawa traktuje związki przedsiębiorców jak „przedsiębiorców” z art. 4 pkt 1 jest istotny ze względów niezwiązanych z zagadnieniem samodzielności przedsiębiorców i „granic przedsiębiorstwa”. Zaklasyfikowanie związków przedsiębiorców jako „przedsiębiorców” z art. 4 pkt 1 ma znaczenie jedynie w kontekście zagadnienia definicji działalności gospodarczej. Można sobie łatwo wyobrazić, że bez art. 4 pkt 1 lit. b uokk niektóre związki mogłyby łatwiej argumentować, że prowadzona przez nie działalność nie ma na celu osiągnięcia zysku i bliższa jest działalności społecznej niż zarobkowej, a w związku z tym

²⁴ A. Jones, *ibidem*, s. 327–328.

²⁵ Zob. podrozdział II.4.3.1.

nie wchodzi w zakres zastosowania ustawy o ochronie konkurencji (zresztą argumenty takie pojawiają się także pomimo istnienia art. 4 pkt 1 lit. b). Właśnie w takim kontekście działalność Polskiego Związku Piłki Nożnej („PZPN”) opisał SA w Warszawie w głośnym wyroku z 2007 r., podtrzymującym karę nałożoną na PZPN i Canal Plus za porozumienie przyznające Canal Plus nadmierne prawa wyłącznościowe do transmisji telewizyjnych meczów polskiej ligi²⁶. SA stwierdził w omawianym wyroku między innymi, że „Polski Związek Piłki Nożnej jest osobą prawną i prowadzi w sposób zorganizowany i ciągły zarobkową działalność usługową”²⁷. W cytowanym wyroku SA zasugerował jednocześnie niefortunny podział na związki będące „przedsiębiorcami” z art. 4 pkt 1 lit. a uokk i związki będące „przedsiębiorcami” w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit. d uokk. Taki podział błędnie może sugerować, że związki z art. 4 pkt 1 lit. a uokk mogą być traktowane jak samodzielni przedsiębiorcy, a związki z art. 4 pkt 1 lit. d – nie. Nie wiadomo też, jakie konsekwencje taki podział mógłby mieć w praktyce. Według G. Materny, z powyższego podziału dokonanego przez SA w Warszawie wynika obowiązek „zgłaszania Prezesowi UOKiK zamiaru koncentracji” po stronie związków będących przedsiębiorcami z art. 4 pkt 1 lit. a uokk, w przeciwieństwie do związków będących przedsiębiorcami z art. 4 pkt 1 lit. d, na których taki obowiązek nie ciąży²⁸. Jakkolwiek nęcąca byłaby, dokonana przez G. Maternę, interpretacja podziału zasugerowanego przez SA, należy powiedzieć, że, ponieważ związki nigdy są jednym organizmem gospodarczym, a jedynie porozumieniem pomiędzy innymi samodzielnymi podmiotami gospodarczymi, z ekonomicznego punktu widzenia związki nigdy nie są też samodzielnym podmiotem uczestniczącym w koncentracji. Również w praktyce ciężko wyobrazić sobie „związki” uczestniczące w koncentracjach: funkcją związków przedsiębiorców jest reprezentacja interesów swoich członków – samodzielnym przedsiębiorców, i to ci samodzielni przedsiębiorcy w ekonomicznym sensie są stronami transakcji. Oczywiście, w bardzo rzadkich przypadkach, z formalno-prawnego punktu widzenia i w celu usprawnienia postępowania antymonopolowego, stroną koncentracji może być „związek” – takiego związku może dotyczyć obowiązek zgłoszenia koncentracji niejako w imieniu swoich członków – samodzielnym przedsiębiorców. Jednak dla akceptacji powyższego rozwiązania, zgodnie z którym związki przedsiębiorców mogą być „technicznymi” stronami koncentracji,

²⁶ Zob. wyrok SA w Warszawie, VI ACa 848/07, *op. cit.*

²⁷ Według SA w Warszawie „nie ma też znaczenia, że dochody z tej działalności PZPN przeznacza na realizację celów statutowych. Związek jest więc przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 ust. 1 ustawy okik”.

²⁸ G. Materna [w:] T. Skoczny (red.), *Uokk...*, s. 141.

niepotrzebny wydaje się (sugerowany przez SA w Warszawie) podział na związki będące „przedsiębiorcami” w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit. a uokk i te będące „przedsiębiorcami” w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit. d uokk.

Klasyfikacja związków jako „przedsiębiorców” z art. 4 pkt 1 uokk może być również istotna dla potrzeb proceduralnych²⁹. Przykładowo, klasyfikacja taka wydaje się być niezbędna do tego, żeby związki były uczestnikami postępowania antymonopolowego, by można było do nich skierować decyzję administracyjną i nałożyć na nie karę pieniężną obliczaną na podstawie przychodu tych związków³⁰. Jednakże wyżej wymienione powody uzasadniające obecność art. 4 pkt 1 lit. b w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów nie mają związku z zagadnieniem samodzielności przedsiębiorców.

2.2. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego a nadużycie kolektywnej pozycji dominującej

2.2.1. Uwagi ogólne

W prawie konkurencji UE z początkiem lat dziewięćdziesiątych XX w. w orzecznictwie zaczęły się kształtować pojęcie i zarazem doktryna nadużycia „kolektywnej pozycji dominującej” (ang. *abuse of collective dominant position*)³¹. W prawie polskim zaś możliwość istnienia kolektywnej pozycji dominującej wyprowadza się wprost z brzmienia art. 9 uokk, który zakazuje nadużywania pozycji dominującej nie tylko jednemu, ale „kilku” przedsiębiorcom³².

²⁹ Właśnie taki sens art. 4 pkt 1 lit. d uokk kryje się w stwierdzeniu K. Kohutka i M. Sieradzkiej, zgodnie z którym „związki przedsiębiorców mogą być także adresatami pewnych obowiązków, np. obowiązku przekazywania Prezesowi UOKiK wszelkich koniecznych informacji i dokumentów na jego żądanie czy obowiązku poddania się kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UOKiK”, zob. K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Komentarz... Komentarz do art. 4 uokk*, pkt 2.

³⁰ Zgodnie z art. 106 ust. 1 uokk, Prezes UOKiK może nałożyć karę pieniężną jedynie na „przedsiębiorcę”.

³¹ Po raz pierwszy w orzecznictwie pojęcie to pojawiło się w wyroku SPI w sprawie *Italian Flat Glass* z 1992 r. (akurat w tym wyroku SPI uznał, że istnienie kolektywnej pozycji dominującej nie zostało wykazane przez Komisję w danym stanie faktycznym; SPI dopuścił jednak możliwość zastosowania koncepcji nadużycia kolektywnej pozycji dominującej w innych sprawach). Zob. wyrok SPI z 10.03.1992 r. w połączonych sprawach T-68/89, T-77/89 i T-78/89 *Società Italiana Vetro, Fabbrica Pisana i PPG Vernante Pennitalia p. Komisji* („*Italian Flat Glass*”). Wyrok dostępny jest na stronie: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r.

³² Zob. np. A. Brzezińska-Rawa, *Zakaz nadużywania pozycji dominującej we wspólnotowym i polskim prawie antymonopolowym*, s. 130, K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Komentarz... Komentarz do art. 4 uokk*, pkt 10.3. Należy jednak zaznaczyć, że, jak

Zagadnienie kolektywnej pozycji dominującej zasługuje na odrębne omówienie w kontekście problemu samodzielności przedsiębiorstw i jednego organizmu gospodarczego. Szczególnie bowiem w polskiej doktrynie niektórym autorom zdarza się utożsamiać przedsiębiorstwa/przedsiębiorców sprawujących „kolektywną pozycję dominującą” z jednym organizmem gospodarczym³³. Tymczasem takie rozumienie jest błędne: to prawda, że kontekst nadużycia pozycji dominującej sugeruje unilateralne działanie jednego organizmu gospodarczego, jednak „kolektywna pozycja dominująca” jest specyficznym tworem orzecznictwa, który burzy przejrzysty podział na unilateralne nadużycie pozycji dominującej i multilateralne porozumienia. W prawie UE przedsiębiorstwa sprawujące kolektywną pozycję dominującą stanowią odrębne samodzielne ekonomiczne jednostki, co zresztą część doktryny prawa UE przyznaje wprost³⁴. Należy jednak zaznaczyć, że w sprawie *Irish Sugar* SPI dopatrywał się sprawowania kolektywnej pozycji dominującej przez producenta – spółkę-matkę, wraz z dystrybutorem – spółką-córką³⁵. Sprawa *Irish Sugar* jest rzeczywiście dość niezrozumiałym wyjątkiem od spraw z zakresu nadużycia kolektywnej pozycji dominującej. W powyższej sprawie SPI powinien po prostu uznać producenta i dystrybutora za jeden organizm gospodarczy, a zarzucaną praktykę opisać w kategorii zwykłego nadużycia pozycji dominującej.

W precedensowej dla ukształtowania się doktryny nadużycia kolektywnej pozycji dominującej sprawie *Italian Flat Glass* z 1992 r.³⁶ SPI zdefiniował

E. Stawicki, co do zasady doktryna nadużycia kolektywnej pozycji dominującej była „niestosowana dotąd w praktyce polskich organów ochrony konkurencji” (E. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Komentarz... Komentarz do art. 4 uokk*). Doktryna ta została jedynie przelotnie wspomniana w jednej decyzji Prezesa UOKiK. Na gruncie art. 25 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego (ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne, Dz.U. z 2004 r. Nr 171 poz. 1800 ze zm.), Prezes UOKiK odwołał się do pojęcia „kolektywnej pozycji dominującej”, stwierdzając, że trzech operatorów komórkowych (PTC, Centertel i Polkomtel) posiada taką na krajowym rynku świadczenia usługi dostępu i rozpoczynania połączeń w ruchomych publicznych sieciach telefonicznych (zob. postanowienie Prezesa UOKiK z 15.02.2006 r., DOK-2-073-30/05, decyzja dostępna na: www.uokik.gov.pl).

³³ „Komisja WE i ETS stały od początku na stanowisku, że pojęcie [kolektywnej pozycji dominującej] odnosi się do przedsiębiorstw należących do tej samej grupy kapitałowej lub jednostki ekonomicznej”. Zob. A. Brzezińska-Rawa, *Zakaz nadużycia...*, s. 118.

³⁴ „(...) firmy sprawujące kolektywną pozycję dominującą będą co do zasady niezależnymi ekonomicznymi podmiotami”, zob. J. Faull, A. Nikpay (red.), *The EC Law of Competition*, 2nd Ed., Oxford University Press 2007, s. 339.

³⁵ Zob. wyrok SPI z 7.10.1999 r. w sprawie T-228/97 *Irish Sugar p. Komisji* („*Irish Sugar*”). Wyrok dostępny jest na stronie: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r.

³⁶ *Italian Flat Glass*, *op. cit.*

kolektywną pozycję dominującą jako sytuację, w której niezależne ekonomicznie jednostki (ang. *independent economic entities*) są na specyficznym rynku połączone ekonomicznymi „wiązami ekonomicznymi” (ang. *united by economic links*)³⁷. Powyższe odwołanie się przez SPI do „wiązków ekonomicznych” może sugerować, że pomiędzy jednostkami, którym zarzuca się nadużycie kolektywnej pozycji dominującej, zachodzą więzy takie jak w ramach jednego organizmu gospodarczego. Abstrahując od faktu, że nawet w sprawie *Italian Flat Glass* SPI odwoływał się jedynie do „niezależnych ekonomicznie” (a więc samodzielnych), a nie niezależnych prawnie przedsiębiorców – co samo w sobie pokazuje, że nie można utożsamiać jednostek sprawujących kolektywną pozycję dominującą z jednym organizmem gospodarczym – pojęcie i sama doktryna nadużycia kolektywnej pozycji dominującej są w prawie konkurencji UE używane w zupełnie innych celach, niż zastosowanie przepisów o nadużyciu pozycji dominującej do „jednych organizmów gospodarczych” (do tego wystarczają normy dotyczące „zwykłego” nadużycia pozycji dominującej). Zatem M. Szydło błędnie twierdzi, że „wspólna (kolektywna) dominacja była przez Komisję oraz TSUE odnoszona do sytuacji, w której pozycję dominującą (...) posiadają wspólnie przedsiębiorstwa należące do jednej i tej samej grupy kapitałowej, a więc przedsiębiorstwa tworzące pewną wspólną (jednolitą) jednostkę ekonomiczną (*single economic unit*)”³⁸.

2.2.2. Zastosowanie doktryny nadużycia kolektywnej pozycji dominującej w prawie ochrony konkurencji UE

W prawie konkurencji UE pojęcie kolektywnego nadużycia pozycji dominującej ma dwa główne zastosowania:

- po pierwsze, służy podczas oceny *ex ante* ono do objęcia regułami konkurencji niekwalifikującego się jako „porozumienie” postępowania (samodzielnych ekonomicznie) przedsiębiorców na zoligopolizowanych rynkach;
- po drugie, służy ono podczas oceny *ex post* do poddania multilateralnych zachowań samodzielnych przedsiębiorców (czyli porozumień) ocenie pod kątem merytorycznych standardów antykonkurencyjności wypracowanych na gruncie art. 102 TFUE.

W pierwszej sytuacji doktryna nadużycia kolektywnej pozycji dominującej może służyć czasami do obejścia literalnej niemożności zaradzenia przez

³⁷ *Italian Flat Glass*, *op. cit.*, pkt 358.

³⁸ Zob. M. Szydło, *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*, Oficyna 2010, LEX.

europęjskie prawo konkurencji problemowi tzw. świadomego paralelizmu (ang. *conscious parallelism*) na rynkach oligopolistycznych³⁹. Jak słusznie zauważa Ł. Wieczorek, „koncepcja kolektywnej pozycji dominującej nie jest [w *pierwszym z omawianych zastosowań*] autonomicznym tworem prawa antymonopolowego, lecz pochodną ekonomicznej teorii oligopolu”⁴⁰. Co do zasady świadomy paralelizm nie jest zakazany przez większość porządków antymonopolowych w ramach oceny *ex post*⁴¹, dlatego w prawie konkurencji UE pojęcie kolektywnej pozycji dominującej w kontekście świadomego paralelizmu na rynkach oligopolistycznych występuje przede wszystkim podczas kontroli koncentracji pomiędzy przedsiębiorstwami. Ryzyko powstania oligopolistycznej struktury na rynku (czyli właśnie „kolektywnej pozycji dominującej”) jest, po wykazaniu przez Komisję Europejską odpowiednich przesłanek⁴², jednym z kryteriów merytorycznej, odbywającej się *ex ante*,

³⁹ Określeniami synonimicznymi do „świadomego paralelizmu” są terminy takie, jak: „cicha zmowa”, „milcząca koordynacja”, „efekty skoordynowane” (ang. *coordinated effects*) bądź „świadoma zbieżność”. Popularny jest też angielski termin *tacit collusion*. Zob. Ł. Wieczorek, *Prawne i ekonomiczne aspekty kolektywnej pozycji dominującej w prawie konkurencji*, PPH nr 7/2011, s. 27.

⁴⁰ Ł. Wieczorek, *ibidem*.

⁴¹ Argumentem przeciwko delegalizacji świadomego paralelizmu jest zbyt duża ingerencja prawa konkurencji w swobodę działalności gospodarczej i brak karygodności w zachowaniu przedsiębiorców, którzy jedynie monitorują swoje zachowania i niezależnie je do siebie dostosowują. Niemniej jednak część autorów postuluje delegalizację świadomego paralelizmu, nie widząc większej różnicy w ekonomicznych skutkach pomiędzy świadomym paralelizmem a kartelem. Zob. np. R.A. Posner, *Antitrust Law*, 2nd Ed., The University of Chicago Press 2001, s. 69–70. Część ustawodawstw z kolei wprost zakazuje świadomego paralelizmu po spełnieniu pewnych warunków. Przykładowo art. 11(1) rosyjskiej ustawy o ochronie konkurencji jest przez sądy rosyjskie i rosyjski organ konkurencji (FAS, Федеральная антимонопольная служба) traktowany jako przepis zakazujący zachowań oligopolistycznych przedsiębiorców, których łączny udział w rynku właściwym przekracza 20% (Федеральный закон № 135-ФЗ „О защите конкуренции”, wersja ujednolicona, stan na 2.07.2013 r., dostępna pod adresem: http://fas.gov.ru/legislative-acts/legislative-acts_9498.html, dostęp: 25.08.2015 r).

⁴² Już w sprawie *Gencor SPI* potwierdził, że w celu wykazania kolektywnej pozycji dominującej na rynkach oligopolistycznych nie trzeba nawet udowodniać istnienia strukturalnych powiązań pomiędzy przedsiębiorstwami. Wystarczy wykazanie, że struktura rynku, powstała wskutek koncentracji, sprzyja oligopolistycznej strukturze. Zob. wyrok SPI z 25.03.1999 r. w sprawie T-102/96 *Gencor p. Komisji* („*Gencor*”), pkt 276. Wyrok dostępny jest na stronie: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r. Dokładne kryteria niezbędne do stwierdzenia możliwości powstania wskutek koncentracji kolektywnej pozycji dominującej (czyli zoligopolizowanego rynku) wyłożył SPI w sprawie *Airtours*. Te kryteria są następujące: po pierwsze, oligopolisci muszą stosunkowo łatwo móc monitorować swoje zachowania i postępować w sposób paralelny, po drugie, odstępstwa od paralelizmu muszą być nieopłacalne, tj. oligopolisci muszą być w stanie monitorować te

oceny koncentracji⁴³. O ile analiza możliwości powstania kolektywnej pozycji dominującej, wynikającej tylko (lub przede wszystkim) z oligopolistycznej struktury rynku, jest jak najbardziej dopuszczalna podczas oceny *ex ante*, doktryna europejskiego prawa konkurencji podkreśla „bardzo małe prawdopodobieństwo”, że Komisja może wszcząć sprawę przeciwko oligopolistom na podstawie art. 102 TFUE za sam tylko świadomy paralelizm⁴⁴.

W drugiej sytuacji chodzi o przypadki, kiedy z pewnych „historycznych” względów wygodniej jest (Komisji Europejskiej lub sądom UE) zakwalifikować praktykę przedsiębiorstw jako nadużycie pozycji dominującej, a nie jako porozumienie, mimo że z technicznego punktu widzenia dana praktyka jest właśnie porozumieniem pomiędzy samodzielnymi przedsiębiorstwami. Dobrym przykładem jest sprawa *Compagnie maritime belge*⁴⁵, w której TSUE uznał, za Komisją Europejską, że przewoźnicy morscy skupieni w tzw. konferencjach morskich (ang. *maritime conferences*) nadużyli w kolektywny sposób pozycji dominującej poprzez tzw. drapieźnictwo cenowe (czyli stosowanie cen poniżej kosztów)⁴⁶. Wspomniane konferencje morskie były niczym innym jak porozumieniem wchodzącym w zakres zastosowania art. 101 TFUE⁴⁷. Z drugiej strony drapieźnictwo cenowe, ponieważ wymaga występowania po stronie „drapieźnika” siły rynkowej dla uznania stosowania cen poniżej kosztów za antykonkurencyjne, opisywane jest tradycyjnie w kategoriach nadużycia pozycji dominującej (pozycja dominująca równa się bowiem sile

odstępstwa (ang. *deviations*) i musi istnieć możliwość odwetu ze strony innych oligopolistów na oligopolistcie, który nie postępuje w sposób paralelny, po trzecie, tzw. potencjalni konkurenci nie mogą zagrażać oligopolistycznej strukturze rynku w bliskiej przyszłości. Zob. wyrok SPI z 6.06.2002 r. w sprawie T-342/99 *Airtours p. Komisji* („*Airtours*”), pkt 62, 195. Wyrok dostępny jest na stronie: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r.

⁴³ Zob. pkt 39–63 Wytocznych Komisji Europejskiej w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.Urz.UE 2004 Nr C 31/5; „Wytoczne horyzontalne”). Wytoczne horyzontalne posługują się w polskim tłumaczeniu pojęciem „zbiorowej pozycji dominującej”.

⁴⁴ J. Faull, A. Nikpay (red.), *The EC Law...*, s. 343.

⁴⁵ Wyrok ETS z 16.03.2000 r. w połączonych sprawach C-395/96 i C-396/96 *Compagnie maritime belge p. Komisji* („*Compagnie maritime belge*”). Wyrok dostępny jest na stronie: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r.

⁴⁶ Więcej: P. Semeniuk, *Wina i strona podmiotowa w prawie konkurencji*, s. 82–86. Katedra Prawa Własności Intelektualnej Uniwersytetu Jagiellońskiego, 2012, praca dostępna na stronie: <http://www.ipwi.uj.edu.pl/>, dostęp: 25.08.2015 r. Zob. też: Wytoczne Komisji Europejskiej w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące, pkt 63–73 (Dz.Urz.UE 2007 Nr C 45/7; „Wytoczne w sprawie dominacji”).

⁴⁷ J. Faull, A. Nikpay (red.), *The EC Law...*, s. 340–341.

rynkowej). Jeżeli zatem merytoryczny opis danej praktyki da się zaklasyfikować jako drapieżnictwo cenowe, nawet jeżeli siłą rynkową posiada łącznie (a nie każdy z osobna) kilku samodzielnych przedsiębiorców działających na podstawie porozumienia, to taką multilateralną praktykę wygodniej (bo w oparciu o istniejące precedensy bazujące na art. 102 TFUE) jest zaklasyfikować Komisji Europejskiej i TSUE jako nadużycie (kolektywnej pozycji dominującej)⁴⁸. *Ratio legis* powyższej kwalifikacji porozumienia jako nadużycia kolektywnej pozycji dominującej jest spójność i przejrzystość linii orzeczniczej. Wydaje się jednak, że powyższe podejście burzy klarowną dystynkcję na unilateralne zachowania podlegające ocenie pod kątem art. 102 TFUE i multilateralne zachowania (porozumienia) podlegające ocenie według standardów art. 101 TFUE⁴⁹.

Należy też zaznaczyć, że, w świetle orzecznictwa TSUE, nie każde porozumienie równa się kolektywnej pozycji dominującej – konieczna jest pewna trwałość takiego porozumienia. Owa trwałość wystąpi w dwóch przypadkach:

- w przypadku porozumień pomiędzy samodzielnymi przedsiębiorcami działającymi na oligopolistycznych rynkach (zgodnie z kryteriami w sprawie *Airtours*) – sytuacja taka miała miejsce właśnie w sprawie *Compagnie maritime belge*;
- w przypadku porozumień dających się zaklasyfikować jako „związki przedsiębiorstw” – przykładowo w sprawie *Laurent Piau*, w której uznano,

⁴⁸ Należy przy tej okazji zaznaczyć, że o ile w orzecznictwie europejskim kolektywna pozycja dominująca musi być sprawowana łącznie przez kilku przedsiębiorców, to jednak samo nadużycie może być popełnione przez jednego z tych samodzielnych przedsiębiorców i tylko na tego przedsiębiorcę może zostać nałożona kara przez Komisję Europejską. Tak: Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International 2010, baza elektroniczna Kluwer Law, § 8.5, cytując za sprawą *Irish Sugar* (pkt 66 wyroku SPI).

⁴⁹ Autorowi tej pracy bliższe jest stanowisko wyrażone przez Amerykański Sąd Najwyższy w sprawie *Matschuita Elec. Indus. v. Zenith Radio* (475 U.S. 574), w której amerykańscy konkurenci zarzucili japońskim producentom elektroniki użytkowej (w tym firmie Matschuita) drapieżnictwo cenowe (czyli stosowanie cen poniżej kosztów, tak żeby wyeliminować z rynku amerykańskie firmy i potem podnieść ceny). Amerykański *Supreme Court* poddał postępowanie japońskich firm analizie pod kątem art. 1 ustawy Shermana (mówiącego o antykonkurencyjnych porozumieniach), a nie art. 2 (mówiącego o zachowaniach unilateralnych), po czym doszedł do wniosku, że zarzucana Japończykom praktyka nie jest wcale zakazanym drapieżnictwem cenowym. Sąd nie dopatrzył się zakazanego drapieżnictwa cenowego, m.in. dlatego że drapieżnictwo cenowe, aby osiągnęło swój antykonkurencyjny cel (a więc aby doprowadziło do skutecznej eliminacji konkurentów i późniejszego podniesienia cen w celu „odzyskania” poniesionych przez „drapieżnika” strat), wymaga dużej konsekwencji w postępowaniu „drapieżnika”. Taka konsekwencja zaś jest inherentnie zagrożona, kiedy „drapieżnikiem” jest kilku samodzielnych przedsiębiorców posiadających odrębne interesy ekonomiczne i samemu będących wobec siebie konkurentami, a zarzucana praktyka drapieżników odbywa się w ramach porozumienia między drapieżnikami.

że kolektywną pozycję dominującą sprawują kluby piłkarskie zrzeszone w krajowych związkach piłkarskich i w światowym związku piłkarskim (czyli w FIFA)⁵⁰.

Możliwość drugiego z omawianych zastosowań doktryny nadużycia kolektywnej pozycji dominującej jest słusznie krytykowana przez Ł. Wieczorka, według którego doktryna ta powinna ograniczać się jedynie do świadomego paralelizmu na rynkach oligopolistycznych, gdzie nie sposób mówić o istnieniu porozumienia⁵¹. Uznanie, że pewne stany faktyczne dają się opisać zarówno jako porozumienie, jak i nadużycie kolektywnej pozycji dominującej „oznaczałoby zaburzenie pewnego (z trudem uzyskanego) porządku co do rozróżniania niedozwolonego porozumienia z art. 101 TFUE i kolektywnej dominacji z art. 102 TFUE”⁵². O ile powyższą krytykę można zrozumieć, a nawet z nią zgodzić, to doktryna nadużycia kolektywnej pozycji dominującej jest jednak w prawie UE na tyle mocno zakorzeniona (również w drugim z omawianych zastosowań), że nie sposób ignorować i abstrahować od całej linii orzeczniczej TSUE. Należy więc podkreślić, że judykatura europejska, jak i doktryna prawa konkurencji UE⁵³, dopuszczają opis tej samej praktyki zarówno w kategorii porozumienia podlegającego art. 101 TFUE oraz w kategorii nadużycia kolektywnej pozycji dominującej. Należy jednak pamiętać, że przedsiębiorców sprawujących kolektywną pozycję dominującą należy w dalszym wypadku traktować jak samodzielnych przedsiębiorców i odrębne „jedne organizmy gospodarcze” ze wszystkimi tego konsekwencjami na gruncie pozostałych norm prawa konkurencji.

3. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego a inne dziedziny prawa

3.1. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie pomocy publicznej

3.1.1. Występowanie koncepcji jednego organizmu gospodarczego w prawie pomocy publicznej UE

Unijne reguły dotyczące pomocy przyznawanej przez państwa członkowskie przedsiębiorstwom (art. 107–109 TFUE) należałoby w zasadzie, wraz z regułami stauującymi zakaz zawierania antykonkurencyjnych porozumień

⁵⁰ *Laurent Piau, op. cit.*, pkt 110 i 114.

⁵¹ Ł. Wieczorek, *Prawne i ekonomiczne aspekty...*, s. 37.

⁵² *Ibidem*, s. 37.

⁵³ Zob. J. Faull, A. Nikpay (red.), *The EC Law...*, s. 340–341; zob. też: D. Pope, *Some Reflections on Italian Flat Glass*, *European Competition Law Review* 1993, vol. 14(4), s. 175.

i nadużywania pozycji dominującej (art. 101-102 TFUE), zaliczyć do szeroko pojętego prawa konkurencji – przepisy te mają wszakże na celu ochronę konkurencji w ramach unijnego wspólnego rynku. Reguły dotyczące pomocy publicznej są jednak na tyle specyficzne (przede wszystkim, jeżeli chodzi o porcedurę ich egzekwowania), że zasługują na odrębne omówienie.

TFUE zakazuje pomocy udzielanej przedsiębiorstwom przez państwo „w zakresie, w jakim [*pomoc ta*] wpływa na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi”. Udzielana przez państwo pomoc publiczna podlega też co do zasady obowiązkowi notyfikacji⁵⁴. Od powyższego zakazu istnieje oczywiście wiele wyjątków, wynikających z odpowiednich przepisów szczególnych wydanych na podstawie TFUE przez Radę bądź Komisję. Przykładowo (ale też przede wszystkim) wyjątki od zakazu pomocy publicznej zawarte są w tzw. Rozporządzeniu *de minimis*⁵⁵. Artykuł 3 ust. 2 Rozporządzenia *de minimis* stanowi, że „całkowita kwota pomocy *de minimis* przyznanej przez Państwo Członkowskie jednemu **przedsiębiorstwu** nie może przekroczyć 200 000 EUR w okresie trzech lat podatkowych”. Takie automatyczne zwolnienie pomocy *de minimis* rodzi pole do nadużyć. Łatwo można sobie wyobrazić, że państwo i przedsiębiorca otrzymujący od państwa pomoc mogą próbować obejść normy TFUE i tak ustrukturyzować pomoc, żeby nie przekraczała ona progu *de minimis*. Wystarczyłoby w teorii, żeby przedsiębiorca-odbiorca pomocy utworzył nowe, zależne od niego byty prawne (np. spółki zależne), a państwo każdemu z tych bytów prawnych udzieliłoby pomocy nieprzekraczającej reguł bagatelności określonych w Rozporządzeniu *de minimis*⁵⁶.

⁵⁴ Obowiązek ten wynika z art. 108 ust. 3 TFUE.

⁵⁵ Rozporządzenie Komisji (UE) nr 1407/2013 z 18.12. 2013 r. w sprawie stosowania art. 107 i 108 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do pomocy *de minimis* („Rozporządzenie *de minimis*”), Dz.U.UE Nr L 352/1. Obecne rozporządzenie zastąpiło Rozporządzenie Komisji Europejskiej (WE) nr 1998/2006 z 15.12.2006 r. w sprawie stosowania art. 87 i 88 Traktatu do pomocy *de minimis* zwalnia z reguł traktatowych oraz z obowiązku notyfikacji pomoc państwa o tzw. bagatelnym wymiarze finansowym. Poprzednie rozporządzenie, zamiast pojęciem „przedsiębiorstwo”, posługiwało się (w art. 2 ust. 2) terminem „podmiotu gospodarczego”, pomimo że angielski tekst obu rozporządzeń używał tego samego słowa – „*undertaking*”. Zob. więcej na temat pojęcia przedsiębiorstwa (podmiotu gospodarczego) w obu rozporządzeniach: Ł. Stępkowski, *Pojęcie przedsiębiorstwa a rozporządzenie Komisji (UE) nr 1407/2013 i pomoc de minimis*, iKAR 2014, 1(3), s. 25–26.

⁵⁶ Na powyższą okoliczność zwrócił też uwagę Sąd. Zob. wyrok Sądu z 16.12.2010 r. w sprawie C-480/09 P *AceaElectrabel Produzione p. Komisji* („*Acea*”), pkt 50. Wyrok dostępny na: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r.

W związku z powyższym, również w prawie pomocy publicznej, koncepcja *single economic unit* wydaje się niezbędna w celu zidentyfikowania prób obejścia reguł traktatowych przez udzielanie pomocy z pozoru odrębnym, ale w istocie należącym do jednego organizmu gospodarczego (jednego „przedsiębiorstwa”) podmiotom. Potrzeba odwołania się do koncepcji „jednego organizmu gospodarczego” w prawie pomocy publicznej jest powszechnie akceptowana w polskiej i europejskiej doktrynie⁵⁷.

M. Stoczkiewicz zwraca uwagę na fakt, że występujące w prawie UE pojęcie przedsiębiorstwa przybiera nieco inne znaczenie w zależności od „przepisów Traktatu”. Według autora, rozumienie pojęcia jednego organizmu gospodarczego na gruncie przepisów o pomocy publicznej różni się od rozumienia tego pojęcia przyjętego w prawie konkurencji UE⁵⁸. O ile bowiem w prawie konkurencji pojęcie przedsiębiorstwa jest „ściśle związane z aktywnością rynkową” (ang. *activity-based concept of an undertaking*), to dla prawa pomocy publicznej przedsiębiorstwo rozumiane jest jako „jednostka gospodarcza, będąca pasywnym odbiorcą pomocy państwa” (ang. *functionally definable economic unit*)⁵⁹. Oczywiście powyższe rozróżnienie nie oznacza według autora, że pojęcie „przedsiębiorstwa” na gruncie prawa pomocy publicznej UE nie musi być rozumiane funkcjonalnie i nie może przekraczać, kiedy jest to potrzebne, granic osobowości prawnej. Rozumienie „przedsiębiorstwa” czy „podmiotu gospodarczego” na potrzeby prawa pomocy publicznej również powinno być utożsamione z funkcjonalnie wyodrębnioną jednostką gospodarczą (ang. *economic unit*)⁶⁰, na co wskazują zresztą orzeczenia sądów UE (zarówno te cytowane przez M. Stoczkiewi-

⁵⁷ Zob. A. Kaznowski, M. Stasiak (na gruncie rozporządzenia z 2006 r.), *Komentarz do rozporządzenia Komisji (WE) nr 1998/2006 z dnia 15 grudnia 2006 r. w sprawie stosowania art. 87 i 88 Traktatu do pomocy de minimis*, baza LEX. Ł. Stępkowski mówi o funkcjonalnym rozumieniu pojęcia przedsiębiorcy użytym w rozporządzeniu *de minimis* z 2013 r. „bez względu na (...) formę prowadzenia działalności gospodarczej” (zob. Ł. Stępkowski, *Pojęcie przedsiębiorstwa...*, s. 26–27).

⁵⁸ Tak też: S. Dudzik, *Pomoc państwa dla przedsiębiorstw publicznych w prawie Wspólnoty Europejskiej. Między neutralnością a zaangażowaniem.*, Kraków 2002, s. 135.

⁵⁹ M. Stoczkiewicz, *Pomoc państwa dla przedsiębiorstw energetycznych w prawie Unii Europejskiej*, Oficyna 2011, baza LEX, rozdział 2, pkt 2, cytat za: C. Koenig, *Determining the Addressee of a Decision Ordering the Recovery of State Aid after the Sale of Substantial Assets of the Undertaking in Receipt of Aid*, E.C.L.R. 2001, vol. 22(6), s. 238–248. M. Stoczkiewicz zauważa jednak, że w prawie UE wyrażany jest też pogląd utożsamiający pojęcie „przedsiębiorstwa” na gruncie reguł konkurencji UE i europejskich przepisów o pomocy publicznej.

⁶⁰ M. Stoczkiewicz, *Pomoc państwa...*, rozdział 2, pkt. 2.4.

cza⁶¹, jak i inne⁶²). Orzeczenia te wprost odwołują się do, ukształtowanej w prawie konkurencji UE⁶³, koncepcji *single economic unit*.

3.1.2. Różnice pomiędzy prawem pomocy publicznej a prawem ochrony konkurencji

Zgodnie z wyżej cytowanymi orzeczeniami sądów UE oraz z poglądami komentatorów, należy przyjąć, że koncepcja *single economic unit* ukształtowana w prawie konkurencji UE ma również zastosowanie do unijnego prawa pomocy publicznej. Można jednak byłoby rozważyć, w myśl propozycji M. Stoczkiewicza, możliwość modyfikacji zakresu pojęciowego tej koncepcji na potrzeby art. 107 TFUE (czyli na potrzeby prawa pomocy publicznej). Taka modyfikacja miałaby znaczenie przede wszystkim w dwóch sytuacjach.

Po pierwsze, zacierająca się w prawie konkurencji dychotomia pomiędzy publicznymi (należącymi do państwa) i prywatnymi przedsiębiorcami⁶⁴ wydaje się istotna w prawie pomocy publicznej, gdzie „publiczny” status przedsiębiorcy może w określonych przypadkach decydować o przerwaniu więzi w ramach jednego organizmu gospodarczego (tak, jak to pojęcie rozumiane jest na potrzeby europejskiego prawa konkurencji). Chodzi o przypadki pomocy udzielanej przez przedsiębiorstwa publiczne (będące „państwem” na potrzeby przepisów o pomocy publicznej) spółkom zależnym.

⁶¹ Wyrok SPI z 14.10.2000 r. w sprawie T-137/02 *Pollmeier Malchow p. Komisji*, pkt 50–52. Wyrok dostępny na: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r.

⁶² Zob. np. wyrok SPI z 25.06.1998 r. w połączonych sprawach T-371/94 i T-394/94 *British Airways i inni p. Komisji*, pkt 313–314, wyrok dostępny na: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r.; wyrok SPI w sprawie *Acea, op. cit.*, pkt 48–51.

⁶³ Np. wyrok SPI w sprawie *Pollmeier* odwołuje się wprost do wyroku TSUE w sprawie *Hydrotherm (op. cit.)*. Zob. *Pollmeier, op. cit.*, pkt 50.

⁶⁴ Zob. np. wyrok ETS z 23.04.1991 r. w sprawie C-41/90 *Hoefner i Elser p. Macrotron*, wyrok dostępny na: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r. Zob. więcej o stosowaniu prawa konkurencji UE do przedsiębiorstw „publicznych”: P. Semeniuk, *Responsibility of States and International Organizations Under the European and the US Competition Law. OPEC – the Exemplary Case*. [w:] S. Zaręba (red.) *Responsibility in International Law*, University of Warsaw 2011. Warto zwrócić uwagę, że, zgodnie z Wyjaśnieniami UOKiK w sprawie koncentracji (Wyjaśnienia w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK ze stycznia 2015 r. „Wyjaśnienia w sprawie koncentracji”, s. 11, pkt. 1.2), „przedsiębiorcy bezpośrednio kontrolowani przez Skarb Państwa nie tworzą jednej grupy kapitałowej. Koncentracje pomiędzy tymi przedsiębiorcami są zatem rozpatrywane przez Prezesa UOKiK”. Natomiast „przedsiębiorcy, których właścicielem jest Skarb Państwa, mogą tworzyć własne grupy kapitałowe i koncentracje dokonywane w ich ramach są wyłączone spod obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK” (*ibidem*).

W takich sytuacjach TSUE, (w orzeczeniu *SFEI*⁶⁵) uznał, że to jedynie spółka zależna powinna być traktowana jak przedsiębiorstwo – beneficjent pomocy. Spółka-matka tej spółki zależnej powinna być zaś traktowana jak organ państwa udzielającego pomocy.

Po drugie, w doktrynie prawa UE⁶⁶ część autorów słusznie zauważa, że, ponieważ koncepcja *single economic unit* nie ogranicza się do prostego badania zależności kapitałowych pomiędzy przedsiębiorstwami, ale polega również na badaniu, czy przedsiębiorstwa postępują na rynku w sposób jednolity (ang. *unity of conduct on the market*)⁶⁷, organy państwowe udzielające pomocy nie posiadają najczęściej odpowiedniej ekspertyzy i doświadczenia pozwalającego na rozpoznanie „jednego organizmu gospodarczego”⁶⁸. W związku z powyższym można byłoby rozważyć, czy na potrzeby przepisów o pomocy publicznej pojęcia jednego organizmu gospodarczego nie należałoby rozumieć w sposób jeszcze bardziej strukturalny niż ma to miejsce w prawie ochrony konkurencji, tak aby ułatwić organom państwowym udzielającym pomocy ocenę tego, kiedy pomoc ta przekroczy progi zawarte w Rozporządzeniu *de minimis*⁶⁹. Można zatem postulować, aby koncepcja jednego organizmu gospodarczego była na gruncie przepisów o pomocy publicznej rozumiana w sposób bardziej strukturalny i zbliżony do rozumienia przyjętego w przepisach antymonopolowych dotyczących uprzedniej (*ex ante*) oceny koncentracji, niż w sposób behawioralny, charakterystyczny dla antymonopolowej oceny *ex post* (choć stosowanie koncepcji *single economic unit* w ramach przepisów o pomocy publicznej ma właśnie charakter *ex post* w tym sensie, że przedsiębiorstwa, będące beneficjentami pomocy, działają już na rynku).

⁶⁵ Wyrok ETS z 11.07.2006 r. w sprawie C-39/94 *Syndicat français de l'Express international i inni p. La Poste i inni* („*SFEI*”), wyrok dostępny na: <http://eur-lex.europa.eu>, dostęp: 25.08.2015 r.

⁶⁶ P. Nicolaidis, M. Kleis, M. Kekelekis, *Cumulation of De minimis Aid to Enterprises that Form a Single Economic Unit*, *EstAL* 1/2008, s. 48.

⁶⁷ *Ibidem*, s. 50. Cytat za wyrokiem SPI z 2003 r. w sprawie T-66/99 *Minoan Lines p. Komisji* (*op. cit.*, pkt 121).

⁶⁸ P. Nicolaidis, M. Kleis, M. Kekelekis, *Cumulation...*, s. 51.

⁶⁹ P. Nicolaidis, M. Kleis i M. Kekelekis, zdając sobie sprawę ze skomplikowanej natury omawianego zagadnienia, podali nawet w swoim artykule specjalne „modelowe wytyczne” dotyczące kumulacji pomocy *de minimis*, skierowane do organów państwa (ang. *model guidelines on cumulation of de minimis aid*). Zob. P. Nicolaidis, M. Kleis, M. Kekelekis, *Cumulation...*, *op. cit.*

3.2. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w polskim prawie energetycznym

3.2.1. Ustawa o kosztach osieroconych

Koncepcja jednego organizmu gospodarczego okazała się również przydatna w polskim prawie energetycznym, a spór o jej zakres pojęciowy stał się nawet zarzewiem kilku głośnych spraw zakończonych wyrokami polskiego SN. Wspomniane spory swoje źródło wzięły w tzw. ustawie o kosztach osieroconych uchwalonej w 2007 r.⁷⁰ W wyniku uchwalenia powyższej ustawy doszło do liberalizacji polskiego rynku energii. Zapoczątkowała też ona proces stopniowej likwidacji tzw. długoterminowych kontraktów w polskiej energetyce⁷¹. Ustawa o KDT była wynikiem specyficznego kompromisu. W zamian za liberalizację rynku energii i pozbawienie wytwórców energii dotychczasowych pewnych źródeł dochodów, umożliwiła ona wytwórcom (elektrowniom i elektrociepłowniom) ubieganie się o zwrot tzw. kosztów osieroconych (ang. *stranded costs*), tj. kosztów historycznych poniesionych do 1 maja 2004 r., których wytwórcy nie będą w stanie odzyskać na „rynku konkurencyjnym”⁷² po rozwiązaniu umów długoterminowych. Zwrot kosztów osieroconych stanowi jednocześnie pomoc publiczną w rozumieniu art. 107 TFUE i w konsekwencji podlega notyfikacji Komisji Europejskiej. Kosztami osieroconymi są najczęściej koszty poniesione na przeinwestowane aktywa przedsiębiorstw wytwórczych, których koszt produkcji przekracza cenę rynkową⁷³. Zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy o KDT, kwota kosztów osieroconych za dany rok jest ustalana, w drodze decyzji administracyjnej, przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki („URE”). W praktyce ustalania kosztów osieroconych okazało się jednak, że duża część energii sprzedawana jest przez wytwórców spółkom zajmującym się obrotem energii należącym

⁷⁰ Ustawa z dnia 29 czerwca 2007 r. o zasadach pokrywania kosztów powstałych u wytwórców w związku z przedterminowym rozwiązaniem umów długoterminowych sprzedaży mocy i energii elektrycznej (Dz.U. z 2007 r. Nr 130 poz. 905 ze zm., „ustawa o KDT”).

⁷¹ Dokładny opis i wyjaśnienie procesu liberalizacji polskiego rynku energii znajduje się na stronie Urzędu Regulacji Energetyki (www.ure.gov.pl) oraz na stronie www.cire.pl.

⁷² „Koszty niepokryte przychodami na rynku konkurencyjnym” (art. 2 pkt 12 ustawy o KDT).

⁷³ Dobre wyjaśnienie zagadnienia kosztów osieroconych można odnaleźć w opinii Nowojorskiej Komisji Służby Publicznej z 1996 r., zob. State of New York Public Service Commission, *In the Matter of Competitive Opportunities Regarding Electric Services*, Opinia nr 96–12, s. 50–51, opinia dostępna pod adresem: [http://www3.dps.ny.gov/pscweb/WebFileRoom.nsf/Web/C935F4479ADEB49A852575F200475D99/\\$File/94-E-0952%20Op.%20No.%2094-12%20.pdf?OpenElement](http://www3.dps.ny.gov/pscweb/WebFileRoom.nsf/Web/C935F4479ADEB49A852575F200475D99/$File/94-E-0952%20Op.%20No.%2094-12%20.pdf?OpenElement), dostęp: 25.08.2015 r. Zob. też *Komentarz do art. 1 ustawy Prawo energetyczne*, rozdział VI.A, pkt 65 [w:] Z. Muras, M. Swora, *Prawo energetyczne. Komentarz*, WoltersKluwer 2010, baza LEX.

do tej samej co wytwórca grupy kapitałowej⁷⁴. Innymi słowy przedsiębiorcy działający na polskim rynku energii okazali się w dużej mierze wertykalnie zintegrowani. W związku z powyższym, kluczowym dla wyliczenia należnej kwoty kosztów osieroconych okazała się interpretacja znaczenia pojęcia rynku konkurencyjnego. Jeżeli sprzedaż w ramach grupy kapitałowej uznać za sprzedaż dokonywaną się na „rynku konkurencyjnym”, przychody z tej sprzedaży należy wziąć pod uwagę przy ustalaniu wysokości kosztów osieroconych. Im więcej zaś przychodów można wziąć pod uwagę, tym większa jest kwota kosztów osieroconych podlegająca zwrotowi wytwórcom energii. Wytwórcom energii zależy więc, co do zasady, na uznaniu sprzedaży w ramach grupy kapitałowej za sprzedaż na „rynku konkurencyjnym” – taka interpretacja nie zawsze jest jednak zgodna z poglądem Prezesa URE.

3.2.2. Pojęcie rynku konkurencyjnego

Na gruncie orzecznictwa polskich sądów dotyczącego interpretacji ustawy o KDT można już chyba mówić o ukształtowaniu się swoistej linii orzeczniczej dotyczącej przesłanki „rynku konkurencyjnego”. W linii tej kluczowe znaczenie odgrywa pojęcie „jednego organizmu gospodarczego”. Poniżej omówione zostaną najważniejsze wnioski, które wynikają z interpretacji przez polskie sądy pojęcia rynku konkurencyjnego występującego w ustawie o KDT. Krytyce zostanie też poddana część tych wniosków.

Po pierwsze, wydaje się, że polskie sądy, włączając w to SN, wydają się odnosić przesłankę rynku konkurencyjnego do, ukształtowanego w prawie konkurencji, pojęcia „jednego organizmu gospodarczego”, do którego wprost się odwołują⁷⁵.

Po drugie, zgodnie z linią orzeczniczą polskich sądów, brak sprzedaży na „rynku konkurencyjnym”, a tym samym istnienie jednego organizmu gospodarczego, wydaje się okolicznością, której ciężar udowodnienia przedsiębiorcom spoczywa na Prezesie URE. To Prezes URE musi udowodnić, że grupa kapitałowa jest jednym organizmem gospodarczym, a nie

⁷⁴ Np. w sprawie zakończonej wyrokiem SN z 8.05.2013 r. (III SK 34/12, baza LEX), produkcją energii zajmowała się spółka PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna SA, sprzedająca większą część wyprodukowanej energii do spółek obrotu z grupy kapitałowej PGE Polska Grupa Energetyczna SA.

⁷⁵ Zob. postanowienie SN z 21.06.2013 r., III SK 58/12; zob. też: III SK 34/12, *op. cit.* („W tym zakresie Sąd Apelacyjny, w ślad za Prezesem Urzędu, poprzestał na przyjęciu założenia, zgodnie z którym sprzedaż energii wytworzonej przez powoda w ramach grupy kapitałowej nie była sprzedażą na rynku konkurencyjnym. Wbrew wywodom powoda założenie takie, oparte na zaczerpniętej z prawa ochrony konkurencji instytucji *single economic unit*, jest dopuszczalne”); wyrok SA w Warszawie z 17.01.2013, VI Aca 995/12.

przedsiębiorcy należący do takiej grupy muszą wykazać, że tak nie jest⁷⁶. Taki rozkład ciężaru dowodu wynika według sądów z tego, że „istnienie grup kapitałowych na rynku energetycznym było znane ustawodawcy przed uchwaleniem” ustawy o KDT. Skoro tak, należy przyjąć, że „ustawodawca nie kwestionował istnienia konkurencyjności rynku w ramach grup kapitałowych”⁷⁷.

Po trzecie, polskie sądy wydają się rozróżniać zakresy pojęciowe terminów „grupa kapitałowa” i „jeden organizm gospodarczy”. Sprzedaż w ramach „grupy kapitałowej” może, według nich, odbywać się na rynku konkurencyjnym i poza nim. Jeżeli sprzedaż w ramach grupy kapitałowej uznać za sprzedaż na „rynku konkurencyjnym”, taka sprzedaż odbywa się poza jednym organizmem gospodarczym⁷⁸. Z kolei sprzedaż pomiędzy podmiotami należącymi do jednego organizmu gospodarczego jest tożsama ze sprzedażą dokonywaną na rynku, który nie jest konkurencyjny w rozumieniu ustawy o KDT. W związku z powyższym, w prawie energetycznym koncepcja jednego organizmu gospodarczego jest co do zasady niekorzystna dla przedsiębiorców (podobnie jak ma to miejsce z przypisaniem odpowiedzialności za naruszenie prawa konkurencji – aspekt formalny – ale odwrotnie, niż jest to w wypadku wyłączenia porozumienia spod reguł prawa antymonopolowego – aspekt materialny).

Po czwarte wreszcie dla uznania, że sprzedaż w ramach grupy kapitałowej odbywa się poza rynkiem konkurencyjnym, jest zasadniczo wymagane, aby energia elektryczna była sprzedawana „po cenie ustalonej w ramach grupy, bez odniesienia do ceny ustalonej w obrocie poza grupą kapitałową”⁷⁹. Jest tak dlatego, że „doktryna *single economic unit* nie przewiduje bezwzględnej niemożności kształtowania relacji, w tym również cenowych, między podmiotami zależnymi i dominującymi na zasadach rynkowych”⁸⁰. Powyższy wymóg wydaje się statuować dla istnienia jednego organizmu gospodarczego na gruncie ustawy o KDT przesłanki idące dalej niż zwykle się to przyjmować w unijnym i polskim prawie konkurencji⁸¹. Nie tylko orzecznictwo z zakresu kosztów osieroconych wydaje się odrzucać struktu-

⁷⁶ Tak: III SK 58/12, *op. cit.*; III SK 34/12, *op. cit.*; VI Aca 995/12, *op. cit.*

⁷⁷ III SK 58/12, *op. cit.*

⁷⁸ Tak szczególnie: III SK 34/12, *op. cit.*

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ *Ibidem*, zob. też: VI Aca 995/12, *op. cit.*

⁸¹ Behawioralna analiza, polegająca na zbadaniu treści ekonomicznych relacji pomiędzy danymi podmiotami w celu analizy ekonomicznej „samodzielności” tych podmiotów na potrzeby materialnego aspektu koncepcji jednego organizmu gospodarczego, powinna być dokonywana jedynie w wyjątkowych przypadkach. Zob. rozdział VII.

ralne rozumienie jednego organizmu gospodarczego (wszakże sam fakt istnienia grupy kapitałowej nie przesądza o braku „ryнку konkurencyjnego”), ale wydaje się ono również proponować nowe podejście do behawioralnego definiowania jednego organizmu gospodarczego. To nowe podejście skupia się na ocenie rynkowego charakteru transakcji pomiędzy spółkami należącymi do jednej grupy kapitałowej. Dla uznania dwóch podmiotów za jeden organizm gospodarczy nie wystarczy wykazanie, że sprzedaż energii w ramach grupy kapitałowej została „narzucona przez grupę”, konieczne wydaje się też wykazanie, że „cena sprzedaży została ustalona w oderwaniu od kryteriów rynkowych”⁸². Co więcej, SN wydaje się rozumieć „kryteria rynkowe” w sposób zaskakująco liberalny, dopuszczający uprzywilejowanie odbiorców z grupy kapitałowej kosztem odbiorców spoza grupy kapitałowej, odwołując się jednak do argumentacji sprzecznej z prawami mikroekonomii⁸³. Powyższe rozumienie koncepcji jednego organizmu gospodarczego zasługuje na krytykę. Nie chodzi nawet o to, że jest ono niezgodne z rozumieniem przyjętym w europejskim orzecznictwie antymonopolowym⁸⁴, ale o to, że zdaje się ono przeczyć podstawowym intuicjom. Wydaje się, że jeżeli zależna spółka A przystępuje do transakcji ze spółką-matką B na warunkach ustalonych przez spółkę-matkę lub spółkę będącą spółką-matką

⁸² III SK 34/12. Zob. też: VI Aca 995/12, *op. cit.* („[zastosowanie doktryny jednego organizmu gospodarczego] wymagałoby udowodnienia, że w istocie ceny sprzedaży energii wewnątrz grupy nie były cenami rynkowymi”).

⁸³ W wyroku III SK 34/12 SN uznał, że „sprzedaży na rynku niekonkurencyjnym nie dowodzi różnica w cenie między ceną sprzedaży w ramach grupy a ceną sprzedaży poza grupą”. Wyższa cena dla podmiotów spoza grupy może bowiem, według SN, wynikać ze „zwiększonego popytu na energię elektryczną znajdującą się w obrocie poza grupą kapitałową”. Zdaniem SN, „w sytuacji, gdy większość zapotrzebowania spółek obrotu i spółek sprzedaży detalicznej (...)” zaspokajana była przez wytwórców należących do tej samej grupy kapitałowej, „(...) w obrocie «pozagrupowym» było na tyle niewiele energii, że wyższe ceny w sprzedaży pozagrupowej można racjonalnie wyjaśnić zwiększonym popytem na dostępną energię”. Jednakże, zgodnie z prawidłami mikroekonomii, zwiększenie popytu powoduje nie tyle wzrost cen, co ich obniżenie. W opisanej przez SN sytuacji nie tyle zwiększył się popyt na energię „pozagrupową”, co zmalała podaż tej energii (spadek podaży prowadzi z kolei do wzrostu cen). Spadek podaży energii pozagrupowej jest więc właśnie dowodem na uprzywilejowanie odbiorców wewnątrzgrupowych kosztem odbiorców spoza grupy. Gdyby wytwórca należący do grupy kapitałowej traktował odbiorców z grupy i spoza grupy w taki sam „rynkowy” sposób, nie nastąpiłby spadek podaży pozagrupowej.

⁸⁴ Co samo przez się nie musi wcale przesądzać o, zaprezentowanym w tym rozdziale, krytycznym podejściu do linii orzeczniczej polskich sądów na gruncie prawa energetycznego. Zapożyczenie koncepcji *single economic unit* do innych dziedzin prawa (np. prawa pomocy publicznej, zob. podrozdział VIII.3.1) pozwala na modyfikację zakresu pojęciowego tej koncepcji.

zarówno spółki A, jak i spółki B, to warunki tej transakcji nie są najczęściej rynkowe. Nawet jeżeli spółka A (będąca producentem) sprzedaje spółce B (będącą dystrybutorem energii) energię po cenach takich samych, jak spółkom nienależącym do grupy kapitałowej, nie świadczy to wcale o rynkowych relacjach pomiędzy spółką A a spółką B. Spółka A może np. traktować spółkę B w ten sam sposób, jak spółki nienależące do grupy kapitałowej, w celu uzyskania większej rekompensaty za koszty osierocone. Dlatego też, o ile z teoretycznego punktu widzenia zarówno „nierynkowy charakter transakcji” pomiędzy spółkami w ramach grupy kapitałowej, jak i wywieranie wpływu na decyzję spółek w ramach grupy kapitałowej przez inne spółki należące do tej grupy mogą świadczyć o istnieniu jednego organizmu gospodarczego, o tyle obecność kontroli i wpływu (potencjalnego lub rzeczywistego) wydaje się lepszym kryterium dla istnienia *single economic unit* w praktyce niż, niezmiernie trudny do oceny, nierynkowy bądź rynkowy charakter transakcji w ramach grupy. Przyczyny takiej a nie innej treści relacji gospodarczych pomiędzy działającymi na rynku podmiotami są często niemożliwe do odgadnięcia dla zewnętrznego obserwatora i jedynie w wyjątkowych okolicznościach mogą być wystarczające dla uznania kilku podmiotów za jeden organizm gospodarczy⁸⁵.

3.3. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego a *piercing of corporate veil*

Na gruncie systemów prawa prywatnego (a dokładniej w prawie korporacyjnym/prawie spółek) różne ustawodawstwa świata przewidują często możliwość „pominięcia” osobowości prawnej spółki i obciążenia wspólnika odpowiedzialnością za działania tej spółki. Najbardziej sztandarowe i najczęściej dyskutowane, również w polskiej doktrynie, są koncepcje wypracowane przez niemieckie i amerykańskie systemy prawa prywatnego. W prawie niemieckim ukształtowało się pojęcie *Durchgriff*, definiowane często jako „przełamanie” (*Trennungsprinzip*)⁸⁶. W prawie anglosaskim, szczególnie zaś w prawie amerykańskim, ukształtowała się z kolei koncepcja przekłucia (ang. *piercing*) bądź podniesienia (ang. *lifting*) welonu korporacyjnego (ang. *corporate veil*)⁸⁷. Część doktryny europejskiego prawa konkurencji podkre-

⁸⁵ Zob. rozdział VII.

⁸⁶ T. Targosz, *Nadużycie osobowości prawnej...*, *op. cit.*, rozdział 3, pkt 2.

⁸⁷ *Ibidem*. Zob. też: T.K. Cheng, *The Corporate Veil Doctrine Revisited: A Comparative Study of the English and the U.S. Corporate Veil Doctrines*, B.C. Int. & Comp. & L. Rev. 2011, vol. 34(2); K.A. Strasser, *Piercing the Veil in Corporate Groups*, 37 Conn. L.Rev. 637 (2004–2005).

śla podobieństwa pomiędzy doktryną *piercing of corporate veil* a koncepcją jednego organizmu gospodarczego, szczególnie w zakresie przypisania odpowiedzialności za naruszenie prawa antymonopolowego, i stara się nawet używać tej pierwszej doktryny do krytyki orzecznictwa TSUE dotyczącego spraw antymonopolowych⁸⁸.

W Polsce zagadnienie odpowiedzialności w prawie spółek przyjęło się określać mianem „nadużycia osobowości prawnej”⁸⁹ bądź „nadużycia formy prawnej spółki”⁹⁰. Przyjmuje się, że „odpowiedzialność współnika uzasadniona winna być przede wszystkim wtedy, gdy potraktowanie przez niego instytucji osoby prawnej nosi cechy nadużycia”⁹¹. W polskim prawie brak jednak instytucji analogicznych np. do amerykańskiej doktryny *piercing of corporate veil*. Regulacja tzw. prawa holdingowego znajduje się w art. 7 Kodeksu spółek handlowych⁹². Choć zauważa się, że art. 7 ksh „może wprowadzać do prawa polskiego kuchennymi drzwiami koncepcję (...) *ierce of corporate veil*”, przepis ten podlega jednak krytyce przez doktrynę jako „szcątkowy” i „bezużyteczny”⁹³. Co prawda, jak zauważa T. Targosz, w polskim prawie (zarówno w ksh, jak i na gruncie kc) istnieją różne instytucje dające możliwość „pociągnięcia do odpowiedzialności współnika dominującego”, jednak wszystkie powyższe możliwości są „mniej lub bardziej kontrowersyjne”⁹⁴.

Słusznym wydaje się zatem pytanie, czy przesłanki odpowiedzialności za naruszenie prawa konkurencji, wynikające z koncepcji *single economic unit*, powinny być podobne (a być może tożsame) do przesłanek odpowiedzialności opartej na prywatnoprawnej doktrynie *piercing corporate veil* (lub pokrewnych doktrynach występujących w prawie spółek różnych krajów). Wydaje się jednak, że podejście utożsamiające te dwie doktryny (*piercing of corporate veil* i *single economic unit*) nie jest słuszne – dwóm powyższym

⁸⁸ Zob. w szczególności: M. Bronckers, A. Vallery, *No Longer Presumed Guilty? The Impact of Fundamental Rights on Certain Dogmas of EU Competition Law*, World Comp. 2011, vol. 34(4).

⁸⁹ T. Targosz, *Nadużycie osobowości prawnej*, Zakamycze 2004, baza LEX.

⁹⁰ J. Kolacz, *Piercing the corporate veil – odpowiedzi na nadużycie formy prawnej spółki?* (cz. 1–2), Pr. Sp., nr 5,6/2009.

⁹¹ T. Targosz, *Nadużycie...*, rozdział 5, pkt 2.

⁹² Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2000 r. Nr 94 poz. 1037 ze zm., „ksh”).

⁹³ M. Romanowski, *W sprawie potrzeby nowej regulacji grup kapitałowych w Polsce*, PPH nr 7/2008, s. 6–7.

⁹⁴ W związku z powyższym T. Targosz konkluduje, że „niewiele jest chyba w Europie systemów prawnych tak bezbronnych wobec nadużycia formy osoby prawnej jak prawo polskie w jego obecnym etapie rozwoju, uwzględniającym dorobek doktryny i orzecznictwa” (T. Targosz, *Nadużycie...*, rozdział 5, pkt 6).

doktrynom przyświecają bowiem odrębne idee i cele. W doktrynie *piercing of corporate veil* chodzi przede wszystkim o swego rodzaju ukaranie współnika za nadużycie formy prawnej spółki kapitałowej; doktryna ta obejmuje więc sytuacje z założenia wyjątkowe. Ogólną regułą prawa prywatnego jest przecież założenie, „zgodnie z którym odpowiedzialność ponosi się tylko za własne działania”, bez względu na to, czy „chodzi o osobę prawną, czy osobę fizyczną”⁹⁵.

Po to właśnie u schyłku średniowiecza wykształciły się w Europie spółki kapitałowe lub *quasi*-kapitałowe (takie jak spółka komandytowa i spółka z ograniczoną odpowiedzialnością), żeby ich twórcy nie ponosili osobistej odpowiedzialności za działania spółek, co miało z założenia pobudzać aktywność gospodarczą społeczeństwa⁹⁶. Oczywiście utworzenie spółki kapitałowej i tym samym „oddzielenie członków spółki od niej samej traktowane było jak rodzaj przywileju, na który trzeba sobie zasłużyć”⁹⁷ – przywilejem, za którym stały obowiązki, takie jak np. obowiązek odpowiedniego dokapitalizowania spółki oraz obowiązek przestrzegania prawnych formalności związanych z utworzeniem i funkcjonowaniem spółki. Nieprzypadkowo za najczęstsze przykłady zastosowania doktryny *piercing of corporate veil* w Stanach Zjednoczonych wymienia się właśnie „niedostateczną kapitalizację” (ang. *inadequate capitalization*) oraz „niespełnianie korporacyjnych formalności” (ang. *failure to adhere to corporate formalities*)⁹⁸.

Koncepcja *single economic unit* w prawie konkurencji, w odróżnieniu od doktryny *piercing corporate veil*, ma jednak bardziej na celu uchwycenie jedności interesów ekonomicznych pomiędzy, z pozoru samodzielnymi, przedsiębiorcami i nie jest rodzajem „kary” za lekkomyślne podejście do prawnego przywileju ograniczonej odpowiedzialności osób prawnych, w tym przede wszystkim spółek kapitałowych. Różnicę tę widać przede wszystkim w materialnym aspekcie koncepcji *single economic unit*, ale również w jej

⁹⁵ *Ibidem*, rozdział 1, pkt 5.

⁹⁶ Zob. K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, Wydanie 10, LexisNexis, Warszawa 2004, s. 151.

⁹⁷ T. Targosz, *Nadużycie...*, rozdział 3, pkt 2; M. Romanowski, *W sprawie potrzeby...*, *op. cit.*

⁹⁸ F.J. Bendremer, *Delaware LLCs and Veil Piercing: Limited Liability Has Its Own Limitations*, 10 *Fordham J. Corp. & Fin. L.* 385 (2005), s. 389. Nic zatem dziwnego, że w praktyce doktryna ta częściej powoduje obciążenie odpowiedzialnością przebijającą na osoby fizyczne, a nie na osoby prawne. Zob. P.B. Oh, *Veil-Piercing*, *Tex. L. Rev.* 2010, vol. 89, s. 144–145. Autor przeprowadził kompleksową empiryczną analizę zastosowania przez amerykańskie sądy doktryny *piercing of corporate veil* i stwierdził między innymi, że sądy, co do zasady, w wypadku spółek kontrolowanych przez osoby fizyczne są o wiele bardziej skłonne do „przekłucia” korporacyjnego welonu, niż w wypadku skomplikowanych prawnie holdingów.

aspekcie formalnym, w którym przesłanki zastosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego mogą być rozumiane nieco bardziej rygorystycznie niż w aspekcie materialnym⁹⁹. Przesłanki odpowiedzialności przebijającej muszą być rozumiane szerzej w prawie konkurencji niż w prawie prywatnym – koncepcja *single economic unit* w jej aspekcie formalnym istnieje po to, aby uniemożliwić stronom uniknięcie odpowiedzialności dzięki wykorzystaniu dostępnych form prawnych, a tym samym zapewnić odstraszący efekt kar nakładanych przez organy antymonopolowe. Odwrotnie, regulacje dotyczące spółek w prawie prywatnym istnieją właśnie po to, żeby umożliwić uniknięcie takiej odpowiedzialności¹⁰⁰.

3.4. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w polskim prawie zamówień publicznych

3.4.1. Grupa kapitałowa na gruncie polskiego prawa zamówień publicznych

Występującym w uokk pojęciem grupy kapitałowej posługuje się również polskie prawo zamówień publicznych, wprost odwołując się zresztą do uokk. Zmiany wprowadzające powyższe pojęcie do ustawy o pzp pojawiły się wraz z nowelizacją tej ustawy, która weszła w życie 20 lutego 2013 r. Art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy o pzp stanowi, że „z postępowania o udzielenie zamówienia (...) wyklucza się wykonawców, którzy (...), należąc do tej samej grupy kapitałowej [*w rozumieniu*] uokk, a więc również w świe-

⁹⁹ Zob. rozdział VI.

¹⁰⁰ Dyskusyjne może być za to zastosowanie koncepcji *single economic unit* przy prywatnoprawnym wdrażaniu prawa konkurencji. Można, chyba słusznie, podnosić, że przesłanki odpowiedzialności cywilnoprawnej za naruszenie prawa konkurencji powinny być zbliżone do przesłanek zastosowania koncepcji *piercing corporate veil* (lub pokrewnych koncepcji na gruncie prawa spółek różnych państw), ponieważ w jednym i w drugim wypadku odpowiedzialność ma cel przede wszystkim kompensacyjny. Z drugiej jednak strony wielu autorów specjalizujących się w prawie antymonopolowym podkreśla, że prywatnoprawna odpowiedzialność za naruszenie prawa konkurencji również, a może nawet bardziej, pełni rolę odstraszącą niż odpowiedzialność karna lub administracyjna (zob. np. J.M. Connor, *Recidivism Revealed: Private International Cartels 1990–2009*, CPI, Autumn 2010). Należy jednak zauważyć, że powyższe uwagi mają znaczenie przede wszystkim w prawie amerykańskim, w ramach którego nie istnieje system administracyjnej odpowiedzialności za naruszenie reguł konkurencji, a system odpowiedzialności cywilnoprawnej ukształtowany jest w sposób mocno represyjny (np. w sprawach o naruszenie ustawy Shermana powodowie mogą domagać się od pozwanych trzykrotnej wysokości poniesionej szkody, ang. *treble damages*). Uwagi o odstraszałej funkcji odpowiedzialności prywatnoprawnej dotyczą w o wiele mniejszym stopniu ustawodawstw antymonopolowych państw europejskich i samej UE.

tle art. 4 pkt 4 uokk], złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia”. Poza wspomnianym art. 24 ust. 2 pkt 5, inny przepis ustawy o pzp – art. 26 ust. 2d – nakazuje wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie „złożenie listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej (...) albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej”. O grupie kapitałowej jest też mowa w art. 131 ustawy o pzp, dotyczącym koncesji na roboty budowlane¹⁰¹.

Ponieważ sam ustawodawca przesądził, że pojęcie grupy kapitałowej z ustawy o pzp powinno być rozumiane w taki sam sposób, co to samo pojęcie użyte przez uokk na potrzeby kontroli koncentracji, wypadaloby w takim razie odwołać się do analizy pojęcia „grupy kapitałowej” w uokk, dokonanej wcześniej w tej pracy¹⁰². Należy więc zauważyć, że powinno istnieć przyzwolenie na bardziej „strukturalną” niż „behawioralną” analizę istnienia grupy kapitałowej również na gruncie przepisów ustawy o pzp. Tak jak w wypadku kontroli koncentracji o charakterze *ex ante*, tak i w wypadku prawa zamówień publicznych obowiązek „samoidentyfikacji” grupy kapitałowej spoczywa na przedsiębiorcach (biorąc pod uwagę obowiązek wynikający z art. 26 ust. 2d ustawy o pzp). W związku z bardziej strukturalnym rozumieniem pojęcia grupy kapitałowej należy się więc zgodzić na to, że przy szczególnie skomplikowanych powiązaniach pomiędzy przedsiębiorcami mogą się zdarzyć sytuacje (*false negatives* i *false positives*), w których zidentyfikowana przez wykonawcę czy też zamawiającego „grupa kapitałowa” nie będzie tożsama z prawdziwym „jednym organizmem gospodarczym”. Dlatego też zarówno zamawiający, jak i Krajowa Izba Odwoławcza („KIO”) powinni być bardziej wstrzeźliwi w stosowaniu sankcji wobec przedsiębiorców (czyli np. sankcji wykluczenia z postępowania wskutek złożenia niezgodnej z prawdą listy z 26 ust. 2d ustawy o pzp), którzy „niepoprawnie” zidentyfikowali jeden organizm gospodarczy. Owa wstrzeźliwość jest szczególnie istotna zważywszy na fakt, że „wskutek nowelizacji [ustawy o] pzp problematyka ustalania składu grupy kapitałowej i przynależności do niej konkretnych podmiotów uległa upowszechnieniu”, a w postępowaniach o udzielenie zamówienia biorą udział „liczni przedsiębiorcy, niejednokrotnie różniący się między sobą pod względem skali ich działalności czy dostępu do

¹⁰¹ A. Piszczyk, *Grupa kapitałowa czy nie, czyli trudności z kwalifikacją i ich skutki*, iKAR 2013, 3(2), s. 46.

¹⁰² Zob. podrozdział III.3.3.

usług prawniczych”¹⁰³. Duża część tych przedsiębiorców nie miała wcześniej styczności z pojęciami, którymi posługuje się uokk¹⁰⁴.

Na koniec należy zauważyć, że pojęcie grupy kapitałowej występuje również w innych aktach ustawowych z zakresu polskiego publicznego prawa gospodarczego, takich jak Prawo farmaceutyczne¹⁰⁵, Prawo telekomunikacyjne¹⁰⁶ czy też Prawo bankowe¹⁰⁷.

3.4.2. Zmowy przetargowe w ramach grupy kapitałowej

Przypomnieć należy, że, zgodnie z 24 ust. pkt 5 ustawy o pzp, wykonawcy należący do tej samej grupy kapitałowej mogą składać oferty w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod warunkiem wykazania, że „istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia”. Przykładowo, w wyroku ze stycznia 2013 r. KIO uznała, że wykonawcy powiązani kapitałowo lub osobowo mają możliwość składania ofert w tym samym postępowaniu przetargowym, natomiast zabronione jest uzgadnianie składanych ofert pomiędzy odrębnymi uczestnikami przetargu¹⁰⁸. Oczywiście jeżeli wykonawcy należący do tej samej grupy kapitałowej ustalają między sobą warunki składania ofert, nie zachowują się oni zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i nie powinni mieć możliwości uczestniczenia w postępowaniu.

Czy jednak ustalanie między sobą treści składanych ofert i inne antykonkurencyjne praktyki pomiędzy podmiotami należącymi do grupy kapitałowej, które w innych okolicznościach byłyby znową przetargową w rozumieniu

¹⁰³ A. Piszcz, *Grupa kapitałowa...*, *op. cit.*, s. 48.

¹⁰⁴ Na problemy w poprawnej identyfikacji przynależności do grupy kapitałowej zwracają też uwagę L. Kot i A. Stokłosa. Autorzy postulują rezygnację z odwołania się do uokk i zamieszczenia w Prawie zamówień publicznych autonomicznej definicji grupy kapitałowej. Zob. L. Kot, A. Stokłosa, *Pojęcie grupy kapitałowej w świetle ustawy – Prawo zamówień publicznych*, PPH nr 7/2015, s. 21–22.

¹⁰⁵ Ustawa z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (Dz.U. z 2001 r. Nr 126 poz. 1381 ze zm.).

¹⁰⁶ *Op. cit.* Zob. A. Piszcz, *Grupa kapitałowa...*, s. 45.

¹⁰⁷ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (Dz.U. z 1997 r. Nr 140 poz. 939 ze zm.). Pojęcie grupy kapitałowej wykorzystywane jest w prawie bankowym na potrzeby skonsolidowanego nadzoru bankowego, zob. F. Zoll, *Prawo bankowe. Komentarz*, Zakamycze 2005, baza LEX („jednostka dominująca (...) oraz jednostki zależne, mimo że są to prawnie samodzielne podmioty, traktowane są na potrzeby nadzoru skonsolidowanego jako jeden organizm gospodarczy”).

¹⁰⁸ Wyrok KIO z 22.01.2013 r.; KIO 2295/12. Przegląd innych, podobnych orzeczeń KIO: zob. A. Piszcz, *Grupa kapitałowa...*, *op. cit.*, s. 47.

art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk, są sprzeczne z uokk, a tym samym umożliwiają Prezesowi UOKiK nałożenie administracyjnej kary pieniężnej na podstawie art. 106 uokk? Podglądy doktryny polskiego prawa konkurencji nie są w powyższym względzie do końca jasne¹⁰⁹, podobnie jak niejasne wydaje się orzecznictwo KIO¹¹⁰. Wydaje się, że na powyższe pytanie należy dać odpowiedź negatywną. Porozumienia, a więc również zmywy przetargowe, zawarte w ramach grupy kapitałowej oraz jednego organizmu gospodarczego są przecież, na mocy koncepcji jednego organizmu gospodarczego, wyłączone z zastosowania przepisów o antykonkurencyjnych porozumieniach. Powyższa konkluzja wcale nie musi prowadzić do stwierdzenia, że w polskim systemie prawa istnieje luka pozwalająca przedsiębiorcom należącym do jednego organizmu gospodarczego uczestniczyć w nieuczciwych praktykach przetargowych. W prawie polskim istnieje chociażby art. 305 § 1 kk, który, penalizując „udaremnianie lub utrudnianie przetargu publicznego”, nie uzależnia wcale takiego „udaremniania” od istnienia „porozumienia” i dopuszcza unilateralne „udaremnianie” przetargu (zresztą samo „porozumienie” w rozumieniu kk nie musi być wcale rozumiane jak porozumienie w rozumieniu polskiego i europejskiego prawa konkurencji i obejmować może najpewniej porozumienie podmiotów należących do „jednego organizmu gospodarczego”). Podobnie przepisy prawa zamówień publicznych pozwalają na wykluczenie z postępowania i odrzucenie ofert wykonawców, którzy dopuścili się nieuczciwych praktyk¹¹¹. Zawsze też nieuczciwe praktyki

¹⁰⁹ Nie do końca jasne wydaje się, jakie stanowisko w powyższym zakresie przyjmuje A. Zawłocka-Turno (A. Zawłocka-Turno, *Zmowa przetargowa czy działanie zgodne z prawem? Problemy na styku prawa konkurencji i prawa zamówień publicznych*, iKAR 2012 4(1)). Z jednej strony autorka wydaje się *de lege lata* opowiadać za niemożliwością zastosowania art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk do zmyw przetargowych zawartych w ramach jednego organizmu gospodarczego, powołując się na koncepcję *single economic unit* i podkreślając, że art. 6 uokk „powinien być stosowany do wewnątrzgrupowych porozumień jedynie w wyjątkowych wypadkach” (*ibidem*, s. 51). Z drugiej jednak strony autorka powołuje (wydaje się, że z aprobatą) stanowisko francuskiego organu konkurencji, które „przewiduje (...) wyjątek od wynikającej z koncepcji jednego organizmu gospodarczego zasady wyłączenia uzgodnień wewnątrzgrupowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję” w stosunku do zmyw przetargowych (*ibidem*, s. 52).

¹¹⁰ Przykładowo w wyroku z 14.09.2010 r. (KIO/UZP 1874/10, baza LEX) KIO, powołując się jednak na koncepcję „jednego organizmu gospodarczego”, stwierdziło istnienie zmywy przetargowej pomiędzy spółkami, w sytuacji gdy jedna ze spółek posiadała 100% udziałów w drugiej (zob. A. Zawłocka-Turno, *ibidem*, s. 54).

¹¹¹ Przykładowo, art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy o pzp pozwala zamawiającemu odrzucić ofertę, która „stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”. Pojęcie czynu nieuczciwej konkurencji jest niewątpliwie szersze niż zmywa przetargowa z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokk przede wszystkim dlatego, że czyn

przetargowe mogą stanowić delikt w rozumieniu art. 415 kc lub w rozumieniu art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji¹¹².

Nie wydaje się jednak, żeby kompetencję do karania „zmowy przetargowej” zawartej w ramach „jednego organizmu gospodarczego” posiadał Prezes UOKiK. Co prawda art. 106 ust. 1 pkt 1 uokk daje Prezesowi UOKiK kompetencję do nałożenia kary na przedsiębiorcę, który „dopusił się stosowania praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów”, a zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 uokk przez „praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów” rozumie się również „czyny nieuczciwej konkurencji”, jednakże pewnym nadużyciem wydaje się mówienie o naruszeniu „zbiorowych interesów konsumentów” w sytuacji, w której konsument jest tylko jeden i jest nim zamawiający. Nie wydaje się jednocześnie, że pożądana byłaby zmiana prawa dająca Prezesowi UOKiK kompetencję do karania „zmów przetargowych” pomiędzy przedsiębiorcami należącymi do jednego organizmu gospodarczego. Nie jest bowiem rolą organów konkurencji ściganie każdego przejawu nieuczciwego zachowania rynkowego. Przywołane powyżej przepisy kk, ustawy o pzp oraz kc wydają się zatem wystarczające.

3.4.3. Konsorcja przetargowe: wspólni przedsiębiorcy a koncepcja jednego organizmu gospodarczego

Tematem z pogranicza zagadnień związanych z samodzielnością przedsiębiorstwa i jednym organizmem gospodarczym są też konsorcja przetargowe. Zgodnie z art. 23 ust. 1 ustawy o pzp wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia¹¹³. W doktrynie przyjęło się określać takich wspólnych wykonawców mianem konsorcjów¹¹⁴. Może zatem pojawić się wątpliwość, jak należy powyższe konsorcja traktować w świetle przepisów prawa konkurencji, a więc również w świetle koncepcji *single economic unit*.

Na początku należy zaznaczyć, że konsorcja powinny być analizowane pod kątem koncepcji jednego organizmu gospodarczego w kontekście eksklu-

nieuczciwej konkurencji może być działaniem unilateralnym i, w przeciwieństwie do nadużycia pozycji dominującej z art. 9 uokk, nie wymaga istnienia pozycji dominującej.

¹¹² Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 1993 r. Nr 47 poz. 211 ze zm.).

¹¹³ Zob. A. Chrzęszcz, *Konsorcjum w zamówieniach publicznych*, PPH nr 7/2012, nr 7, s. 41.

¹¹⁴ Zob. np. K. Gałczyńska-Lisik, *Konsorcjum w świetle prawa zamówień publicznych*, PPH nr 10/2006; R. Świstak, *Konsorcjum w świetle prawa zamówień publicznych-polemika*, PPH nr 3/2007; A. Zawłocka-Turno, *Zmowa przetargowa...*, *op. cit.*, s. 45–50; T. Kocowski [w:] A. Borkowski, M. Guziński, K. Horubski, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, W. Miemieć, M. Szydło, *Prawo zamówień publicznych*, Kolonia Limited 2008, s. 74

zywnym¹¹⁵. Należy zgodzić się jednak z A. Zawłocką-Turno¹¹⁶ i powiedzieć, że w przeważającej większości przypadków, ze względu na z definicji czasowy charakter, konsorcja powinny być traktowane jak zwykłe porozumienia w rozumieniu art. 6 uokk i art. 101 TFUE. Konsorcja, w zależności od stopnia bagatelności integracji ekonomicznej¹¹⁷, powinny więc być, w świetle prawa konkurencji, traktowane:

- co do zasady – jak porozumienia pomiędzy wykonawcami poddane kontroli pod kątem art. 6 uokk albo art. 101 TFUE;
- w razie niebagatelnego stopnia integracji oraz „trwałości”, ale przy jednoczesnym braku „prawdziwej samodzielności” – jak „notyfikowalne” *joint ventures* (a więc *joint ventures* o pełnym zakresie funkcji, czy „koordynacyjne” *joint ventures*), niebędące jednak samodzielnym organizmem gospodarczym (*single economic unit*);
- w razie niebagatelnego stopnia integracji, „trwałości” oraz „prawdziwej samodzielności” (czyli konsorcja niepodlegające kontroli, wyłącznej lub wspólnej) – jak „notyfikowalne” *joint ventures*, będące jednocześnie odrębnym jednym organizmem gospodarczym.

4. Wnioski

4.1. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego a pokrewne instytucje prawa ochrony konkurencji

Rozważania dokonane w niniejszym rozdziale wykazały, że zastosowanie norm dotyczących instytucji „związku przedsiębiorców” oraz doktryny nadużycia tzw. „kolektywnej pozycji dominującej”, występujących w prawie ochrony konkurencji, różni się w znaczący sposób od zastosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego.

Jeżeli chodzi o instytucję związku przedsiębiorców, związek taki należy zasadniczo traktować jedynie jako porozumienie pomiędzy samodzielnymi przedsiębiorcami, a nie jako odrębny i samodzielny podmiot prawa antymonopolowego. W konsekwencji kwalifikacja danej praktyki gospodarczej jako praktyki dokonanej przez związek przedsiębiorców przesądza o objęciu owej praktyki przepisami o antykonkurencyjnych porozumieniach (art. 6

¹¹⁵ Zob. podrozdział 1.2.3.

¹¹⁶ A. Zawłocka-Turno, *Zmowa przetargowa...*, s. 45–46.

¹¹⁷ Zob. podrozdział II.3.4.2.

uokk, art. 101 TFUE), a nie przepisami o nadużyciu pozycji dominującej (art. 9 uokk, art. 102 TFUE).

Jeżeli chodzi o doktrynę nadużycia kolektywnej pozycji dominującej, to wydaje się, że doktryna ta ma znaczenie na innym etapie zastosowania norm prawa antymonopolowego niż koncepcja jednego organizmu gospodarczego. Doktryna nadużycia kolektywnej pozycji dominującej dotyczy merytorycznego etapu stosowania prawa ochrony konkurencji, na którym badana jest antykonkurencyjność danej praktyki. W kontekście antymonopolowej oceny *ex ante* doktryna ta ma związek z ekonomiczną teorią oligopolu, a w kontekście oceny *ex post* służy ona do poddania multilateralnych zachowań samodzielnych przedsiębiorców (czyli „porozumień”) ocenie pod kątem merytorycznych standardów antykonkurencyjności wypracowanych na gruncie art. 102 TFUE (lub art. 9 uokk). Z kolei koncepcja jednego organizmu gospodarczego istnieje w prawie konkurencji, żeby ocenić samodzielność przedsiębiorców i ich „granice” jeszcze przed badaniem antykonkurencyjności danej praktyki.

W świetle rozważań dokonanych w niniejszym rozdziale, tabela 8 pokazuje różnice pomiędzy koncepcją jednego organizmu gospodarczego a instytucją związku przedsiębiorców i doktryną nadużycia kolektywnej pozycji dominującej.

Tabela 8. Hierarchia powiązań: jeden organizm gospodarczy a związek przedsiębiorców i kolektywna pozycja dominująca

	Podmioty powiązane tworzą „jeden organizm gospodarczy”	Możliwość zastosowania art. 101 TFUE lub art. 6 uokk	Możliwość zastosowania art. 102 TFUE lub art. 9 uokk
Podmioty tworzące „jeden organizm gospodarczy”	Tak	nie	tak
Związek przedsiębiorców	Nie	tak	nie, ale w świetle orzecznictwa TSUE, możliwość drugiego z zastosowań doktryny nadużycia kolektywnej pozycji dominującej podczas oceny <i>ex post</i> ¹¹⁸
Oligopol	Nie	nie (brak „porozumienia”)	nie, ale w świetle orzecznictwa TSUE możliwość pierwszego z zastosowań doktryny nadużycia kolektywnej pozycji dominującej podczas oceny <i>ex ante</i> ¹¹⁹

¹¹⁸ Zob. podrozdział VIII.2.2.2.

¹¹⁹ Zob. podrozdział VIII.2.2.2.

4.2. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego a inne dziedziny prawa

Rozważania dokonane w niniejszym rozdziale wykazały również, że pomimo występowania na gruncie innych niż prawo ochrony konkurencji dziedzin prawa (prawo pomocy publicznej, polskie prawo energetyczne, systemy prawa korporacyjnego oraz polskie prawo zamówień publicznych) instytucji pokrewnych do koncepcji jednego organizmu gospodarczego w prawie antymonopolowym, należy z dużą ostrożnością podchodzić do „przeniesienia” rozważań dotyczących zastosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego w prawie konkurencji na ocenę zastosowania tych instytucji w innych dziedzinach prawa. Niekiedy orzecznictwo w powyższych dziedzinach prawa wprost odwołuje się do antymonopolowej koncepcji jednego organizmu gospodarczego (prawo pomocy publicznej, prawo energetyczne), niekiedy zaś takie odwołania czynione są w piśmiennictwie (doktryna *piercing of corporate veil*, prawo zamówień publicznych). Zdarza się, że pojęciom występującym w omawianych dziedzinach prawa towarzyszą podobne cele, co koncepcji jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji (prawo energetyczne, prawo zamówień publicznych i, do pewnego stopnia, prawo pomocy publicznej). Niekiedy zaś są to cele mocno odmienne (doktryna *piercing of corporate veil* w prawie korporacyjnym).

Tam, gdzie instytucjom występującym w innych niż prawo konkurencji dziedzinach prawa przyświecają cele podobne do celów koncepcji jednego organizmu gospodarczego w prawie antymonopolowym, stosowanie i interpretacja tych instytucji w praktyce nie powinny odchodzić zbyt od, postulowanego w tej pracy, zastosowanie koncepcji jednego organizmu gospodarczego (jak ma to niesłusznie miejsce w orzecznictwie polskich sądów dotyczącym pojęcia „rynku konkurencyjnego” w prawie energetycznym¹²⁰). Ewentualnie zastosowanie tych instytucji może podlegać pewnej modyfikacji ze względu na specyfikę danej dziedziny prawa (taka modyfikacja postulowana jest w niniejszej pracy w kontekście koncepcji jednego organizmu gospodarczego w prawie pomocy publicznej¹²¹).

¹²⁰ Zob. podrozdział VIII.3.2.

¹²¹ Zob. podrozdział VIII.3.1.

Rozdział IX

Zakończenie

1. Niejednorodna analiza zastosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego

W niniejszej pracy poddane zostały analizie prawa ochrony konkurencji (przede wszystkim normy prawa polskiego oraz prawa UE) dotyczące zastosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego.

Wysoce funkcjonalny charakter koncepcji jednego organizmu gospodarczego spowodował, że wypracowanie standardów interpretacji tej koncepcji pozostawiono praktyce stosowania prawa antymonopolowego. Powyższe okazało się sporą szansą, ale również wyzwaniem. W opinii autora, wnioski dotyczące stosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego przedstawione w niniejszej pracy, mieszczą się w dopuszczalnej wykładni norm prawnych, choć czasami uwagi „balansują” na granicy tej wykładni.

Analiza dokonana w niniejszej pracy prowadzona była w celu usystematyzowania dotychczasowych poglądów wyrażanych w piśmiennictwie, orzecznictwie oraz w praktyce decyzyjnej organów ochrony konkurencji (przede wszystkim Komisji Europejskiej oraz Prezesa UOKiK).

Czynione rozważania koncentrowały się na uzyskaniu odpowiedzi na pytanie, czy koncepcja jednego organizmu gospodarczego powinna podlegać jednorodnemu rozumieniu podczas stosowania różnych norm prawa ochrony konkurencji. Dla dokonania powyższej analizy konieczne okazało się zbadanie uzasadnienia istnienia w prawie ochrony konkurencji koncepcji jednego organizmu gospodarczego, skonfrontowanie tej koncepcji z naukami ekonomicznymi (w szczególności z tzw. teorią firmy) oraz przegląd podstawowych poglądów dotyczących koncepcji jednego organizmu gospodarczego wyrażanych w piśmiennictwie, orzecznictwie oraz praktyce decyzyjnej organów konkurencji.

Odpowiedź na wyżej postawione pytanie wydaje się być negatywna. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego, choć opiera się na tym samym zjawisku ekonomicznym, przybiera odmienne znaczenie i podlega niejednorodnej analizie w zależności od rodzajów norm prawa antymonopolowego, dla których stosowania jest ona wykorzystywana. Poszczególnym normom prawa ochrony konkurencji przyświecają bowiem często odmienne cele i funkcje, w zależności od których koncepcja jednego organizmu gospodarczego powinna podlegać zróżnicowanemu zastosowaniu.

Wyodrębnione w tej pracy różne „etapy” (tj. etap „oceny *ex ante*” i „oceny *ex post*”), „konteksty” (tj. kontekst „inkluzywny” oraz „ekskluzywny”), „wymiar” (tj. wymiar „względny” i „absolutny”), a także „aspekty” (tj. aspekt „materialny” i „formalny”) koncepcji jednego organizmu gospodarczego miały właśnie związek z niejednorodną analizą zastosowania tej koncepcji.

2. Zastosowanie koncepcji jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji

2.1. Uzasadnienie istnienia koncepcji jednego organizmu gospodarczego

Koncepcja jednego organizmu gospodarczego jest głęboko związana z ekonomicznymi pryncypiami prawa antymonopolowego, a pogląd danej osoby (ekonomisty, sędziego, urzędnika, naukowca) na powyższe pryncypia może wpływać na zakres zastosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego i samo uznanie potrzeby jej istnienia. Przykładowo osoba o „liberalnych” poglądach na gospodarke, mająca poczucie „przeregulowania” stosunków gospodarczych przez reguły konkurencji, może mieć tendencję do ekspansywnego stosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego, ponieważ koncepcja ta pozwala m.in. na wyłączenie w pewnych przypadkach porozumień pomiędzy przedsiębiorcami spod antymonopolowej oceny. Z drugiej strony zastosowanie koncepcji jednego organizmu gospodarczego wymusza mocne rozróżnienie na praktyki unilateralne i multilateralne, wobec którego osoby o liberalnych poglądach gospodarczych są zwykle sceptyczne (ponieważ w ocenie takich osób antymonopolowa ocena danej praktyki powinna się sprowadzać do oceny, „łącznej” lub pojedynczej, siły rynkowej przedsiębiorców, a nie do oceny unilateralnego lub multilateralnego charakteru takiej praktyki). W związku z powyższym autor niniejszej pracy, choć starał się do analizy koncepcji jednego organizmu gospodarczego podejść w sposób obiektywny, być może sam nie ustrzegł się wpływu swojego ekonomiczno-politycznego światopoglądu na dokonaną analizę.

2.2. Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w świetle nauk ekonomicznych i teorii firmy

Dokonana w niniejszej pracy analiza pozwoliła stwierdzić, że nauki ekonomiczne, w szczególności tzw. „teoria firmy” mogą dostarczyć pomocnych kryteriów dla określenia poprawnego (lub pożądanego) zastosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji. W szczególności poglądy ekonomistów dotyczące kryteriów wyodrębnienia tzw. „firmy” mogą z powodzeniem służyć prawnikom do sformułowania kryteriów wyodrębnienia „jednego organizmu gospodarczego”. Powyższymi kryteriami mogą być (jak było to postulowane w niniejszej pracy), w tzw. kontekście ekskluzywnym – niebagatelny poziom ekonomicznej integracji zasobów „w ramach” firmy, a, w tzw. kontekście inkluzywnym – brak kontroli.

2.3. Podstawowe poglądy piśmiennictwa, sądów oraz organów konkurencji na koncepcję jednego organizmu gospodarczego

Analiza dokonana w niniejszej pracy pokazała, że wśród osób zajmujących się prawem antymonopolowym (w tym sędziów) często istnieje tendencja do ignorowania, wydawałoby się uniwersalnych, ekonomicznych intuicji dotyczących zastosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego w imię, czasami wybiórczego, skupiania się na poszczególnych normach prawa ochrony konkurencji. Dokonana w tej pracy analiza prowadzi do wniosku, że prawnicy powinni być nadzwyczaj ostrożni przy formułowaniu poglądów dotyczących koncepcji jednego organizmu gospodarczego sprzecznych z, wydawałoby się, uniwersalnymi spostrzeżeniami ekonomicznymi dotyczącymi tej koncepcji.

3. Wykorzystanie koncepcji jednego organizmu gospodarczego podczas antymonopolowej oceny koncentracji

Rozważania poczynione w niniejszej pracy unaoczyły, że stosowanie koncepcji jednego organizmu gospodarczego w prawie antymonopolowym wiąże się ze swoistym „strukturalno-behawioralnym” („ilościowo-jakościowym”) *continuum* w zależności od rodzaju norm prawnych, dla których ta koncepcja jest wykorzystywana.

Dokonana analiza prowadzi do wniosku, że podczas antymonopolowej oceny koncentracji, która ma charakter *ex ante*, stosowanie koncepcji jed-

nego organizmu gospodarczego powinno mieć bardziej „strukturalno-ilościowy” charakter niż ma to miejsce w wypadku oceny *ex post* (a więc podczas zastosowania przepisów o nadużyciu pozycji dominującej oraz przepisów o antykonkurencyjnych porozumieniach), a w konsekwencji charakter bardziej „pobieżny”. Powyższy wniosek uzasadniony jest funkcją i charakterem przepisów dotyczących antymonopolowej oceny koncentracji.

4. Wykorzystanie koncepcji jednego organizmu gospodarczego dla oceny działalności wspólnych przedsiębiorców

Dla uzyskania odpowiedzi na pytanie o sposób zastosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego do oceny działalności tzw. „wspólnych przedsiębiorców” (ang. *joint ventures*) konieczne okazało się przeanalizowanie antymonopolowych przepisów dotyczących działalności wspólnych przedsiębiorców, w szczególności przepisów dotyczących uprzedniej (*ex ante*) oceny ich działalności. Dokonana w niniejszej pracy analiza pozwoliła stwierdzić, że głównym kryterium poddania *joint venture* uprzedniej ocenie koncentracji powinno być zasługiwanie przez *joint venture* na tzw. przywilej koncentracji. Z kolei podstawowym kryterium pozwalającym na ocenę zasługiwania przez *joint venture* na „przywilejowi koncentracji” powinno być zbadanie, czy wspólny przedsiębiorca charakteryzuje się niebagatelnym poziomem integracji ekonomicznej zasobów (czyli tzw. „pełnym zakresem funkcji”). Poczynione w niniejszej pracy rozważania pokazały jednak, że nie każdy poddany obowiązkowi notyfikacji wspólny przedsiębiorca powinien być traktowany jako nowy, odrębny od podmiotów założycielskich, jeden organizm gospodarczy. Nawet bowiem wspólni przedsiębiorcy o tzw. „pełnym zakresie funkcji” mogą w dalszym ciągu podlegać tzw. kontroli (lub części, tzw. „współkontroli”) ze strony podmiotów założycielskich.

5. Względny wymiar koncepcji jednego organizmu gospodarczego

Z przeanalizowanych w tej pracy przepisów, orzecznictwa i poglądów naukowych płynie wniosek, że kryteria zastosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego w jej względnym wymiarze, tj. przede wszystkim w odniesieniu do relacji agencyjnych i pracowniczych, powinny opierać się zaś głównie na ekonomicznej analizie takich konkretnych relacji. Powyższa analiza powinna polegać przede wszystkim na zbadaniu ryzyka i kosztów ponoszonych przez strony badanej relacji. Wbrew potocznej opinii, ocena

ponoszonych przez „agenta” (lub „pracownika”) oraz „pryncypała” (lub „pracodawcy”) kosztów jest kryterium o wiele bardziej wiarygodnym niż ocena ryzyka (przede wszystkim ryzyka czysto prawnego), i powinna być kryterium stosowanym priorytetowo.

6. Formalny aspekt koncepcji jednego organizmu gospodarczego

Dokonana w niniejszej pracy analiza formalnego aspektu koncepcji jednego organizmu gospodarczego, a więc analiza kwestii tzw. „przypisania” odpowiedzialności za naruszenie prawa antymonopolowego pokazała, że dla zastosowania tej koncepcji w aspekcie formalnym mają znaczenie nie tylko argumenty *stricte* ekonomiczne, ale również argumenty prawne, w tym argumenty „słusnościowe”. Przypisanie odpowiedzialności, w szczególności na gruncie polskiego porządku prawnego, powinno być możliwe jedynie po wykazaniu spełnienia przesłanek „winy”. Takie przypisanie odpowiedzialności powinno też następować z poszanowaniem standardów ochrony praw człowieka oraz zasady osobistej odpowiedzialności. Oczywiście zarówno zasada winy, jak i standardy ochrony praw człowieka oraz zasada osobistej odpowiedzialności powinny być w prawie ochrony konkurencji rozumiane w sposób dostosowany do specyfiki norm antymonopolowych. Poczynione w tej pracy rozważania unaocniły, że w kontekście przypisania odpowiedzialności za naruszenie prawa antymonopolowego w szczególności przydatne wydają się spostrzeżenia związane z zagadnieniem przypisywania winy tzw. podmiotom kolektywnym.

7. Materialny aspekt koncepcji jednego organizmu gospodarczego

Rozważania poczynione w niniejszej pracy pokazały, że cele materialnego aspektu koncepcji jednego organizmu gospodarczego (polegającego przede wszystkim na „zwolnieniu” porozumienia zawartego „w ramach” takiego „organizmu” spod zastosowania przepisów o antykonkurencyjnych porozumieniach) mają mocniejszy związek z argumentami ekonomicznymi, niż z argumentami „prawnymi” i „słusnościowymi” (jak ma to miejsce w aspekcie „formalnym” koncepcji jednego organizmu gospodarczego). Stąd, dla zastosowania materialnego aspektu koncepcji *single economic unit*, w większości przypadków, wystarczy analiza okoliczności czysto „strukturalnych” (np. fakt udziału jednej spółki w kapitale zakładowym drugiej spółki). W wyjątkowych okolicznościach istnienie „jednego organizmu gospodar-

czego” można wykazać za pomocą specyficznej ekonomicznej analizy behawioralnej, polegającej na zbadaniu, czy postępowanie dwóch, z pozoru odrębnych, podmiotów posiada tzw. „niezależne ekonomiczne uzasadnienie”.

8. Wykorzystanie koncepcji jednego organizmu gospodarczego na potrzeby zastosowania pokrewnych instytucji prawa ochrony konkurencji oraz w innych dziedzinach prawa

Niniejsza praca pokazała też, że ocena różnego rodzaju „zgrupowań” działających na rynku podmiotów ma znaczenie nie tylko w kontekście zastosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego, ale również na gruncie pozostałych norm regulacji antymonopolowej oraz w innych niż prawo ochrony konkurencji przepisach regulujących działalność gospodarczą.

Dokonana w niniejszej pracy analiza wykazała jednak, że należy być nadzwyczaj ostrożnym w przenoszeniu spostrzeżeń dotyczących zastosowania w prawie antymonopolowym koncepcji jednego organizmu gospodarczego na inne normy regulacji antymonopolowej. Chodzi przede wszystkim o normy dotyczące instytucji „związku przedsiębiorców” oraz te związane z doktryną nadużycia tzw. „kolektywnej pozycji dominującej”. Ponadto przeprowadzona w tej pracy analiza dała negatywną odpowiedź na pytanie, czy rozważania dotyczące zastosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji można wprost „przenieść” na instytucje pokrewnej do tej koncepcji występujące w innych niż prawo ochrony konkurencji dziedzinach prawa (chodzi o takie dziedziny prawa jak prawo pomocy publicznej UE, polskie prawo energetyczne, prawo spółek oraz polskie prawo zamówień publicznych).

9. Uwagi końcowe

Jak wspomniano wcześniej, głównym wnioskiem płynącym z niniejszej pracy jest potrzeba niejednorodnego zastosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego w zależności od celów i funkcji poszczególnych norm antymonopolowych. Powyższa niejednorodna analiza zasługuje na krótkie omówienie w kontekście, popularnych ostatnimi czasy, postulatów tzw. ekonomicznego podejścia w prawie ochrony konkurencji¹ oraz przewidywalno-

¹ Przykładowo w „*Priorytetach UOKiK*” z 9.05.2014 r. nowy Prezes UOKiK, Adam Jasser zapowiedział, że „analiza ekonomiczna [będzie] podstawą podejmowania decyzji admi-

ści tego prawa. W zakresie postulatu przewidywalności prawa konkurencji szczególnie istotny jest postulat stosowania w prawie antymonopolowym tzw. bezpiecznych przystani dla przedsiębiorców (ang. *safe harbours*), czyli przepisów jednoznacznie określających, kiedy dane postępowanie przedsiębiorców będzie zgodne z regułami konkurencji.

W zakresie postulatu „ekonomicznego podejścia” w prawie ochrony konkurencji, autor niniejszej pracy jest co do zasady jego zwolennikiem, również na gruncie zastosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego. Jak było to już wspomniane, dokonana w niniejszej pracy interpretacja prawa często odbywała się „na granicy” dopuszczalnych reguł wykładni, przede wszystkim w związku z potrzebą uwzględnienia – najczęściej właśnie ekonomicznych – funkcji i celów norm antymonopolowych. Jednocześnie należy jednak zauważyć, że postulat ekonomicznego podejścia do zastosowania norm ochrony konkurencji posiada swoje ograniczenia. Ograniczenia te wynikają właśnie z funkcji i celów, jakie przyświecają danych normom prawa antymonopolowego. Owe funkcje i cele nie zawsze muszą wyrastać z założeń „czysto” ekonomicznych. Najlepszym przykładem jest, analizowany w tej pracy, tzw. formalny aspekt koncepcji jednego organizmu gospodarczego związany z przypisaniem odpowiedzialności za naruszenie prawa konkurencji. Ekonomiczne funkcje i cele norm związanych z formalnym aspektem koncepcji *single economic unit* są raczej drugorzędne w porównaniu do funkcji i celów prawnych i „słusnościowych” tej koncepcji, zgodnie z którymi odpowiedzialność prawną powinien ponosić co do zasady tylko taki podmiot, który dopuścił się zawinionego naruszenia prawa. W związku z powyższym postulat ekonomicznego podejścia do zastosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego jest oczywiście uzasadniony, ale jedynie tak długo, jak funkcje lub cele danyh norm prawa ochrony konkurencji nie wyrastają z innego niż ekonomiczne uzasadnienia. Ponadto, w kontekście, zasługującego co do zasady na aprobatę, postulatu „ekonomizacji” prawa ochrony konkurencji, warto na koniec zauważyć, że niekiedy za powyższym postulatem kryje się nie tyle potrzeba uwzględniania ekonomicznych pryncypiów norm antymonopolowych, co próba narzucenia pewnej (najczęściej neoklasycznej i liberalnej) ekonomicznej ideologii. Należy mieć świadomość powyższego ryzyka również w kontekście zastosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego².

nistracyjnych” (s. 7). Cały dokument dostępny pod adresem: http://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=10994&news_page=9, dostęp: 25.08.2015 r.

² Analiza wpływu ekonomicznych ideologii na poglądy dotyczące zastosowania koncepcji *single economic unit* została przedstawiona w podrozdziale II.2 niniejszej pracy.

W zakresie postulatu przewidywalności prawa ochrony konkurencji i stosowania tzw. bezpiecznych przystani w kontekście koncepcji jednego organizmu gospodarczego należy zwrócić uwagę, że akurat analiza zastosowania tej koncepcji nie najlepiej wpasowuje się w powyższy postulat. Skoro głównym wnioskiem płynącym z niniejszej pracy jest potrzeba niejednorodnego stosowania koncepcji *single economic unit* w zależności od funkcji i celów poszczególnych norm antymonopolowych, to wydaje się, że akurat normy dotyczące zastosowania tej koncepcji w znacznej mierze wymuszają każdorazową dokładną analizę danego przypadku. Stąd, niejako nieuchronnie, potrzeba niejednorodnego stosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego i każdorazowej dokładnej analizy zastosowania tej koncepcji w danym przypadku stoi w konflikcie z postulatem „bezpiecznych przystani” w prawie ochrony konkurencji. Dlatego, jeżeli rozważania dokonane w niniejszej pracy i płynące z niej wnioski mogą w jakikolwiek sposób pomóc w sformułowaniu nowych „bezpiecznych przystani”, będą to raczej, wykorzystywane niekiedy w świecie regulacji antymonopolowej, tzw. miękkie bezpieczne przystanie (ang. *soft safe harbours*)³. Powyższy wniosek o niewielkiej przydatności „bezpiecznych przystani” dla oceny zastosowania (bądź nie) koncepcji jednego organizmu gospodarczego wynika zresztą z samego charakteru zagadnienia *single economic unit*. To przecież właśnie przedsiębiorcy posiadają najpełniejszą wiedzę o łączących ich w rzeczywistości relacjach, w tym również o relacjach, których zbadania wymaga zastosowanie koncepcji jednego organizmu gospodarczego (np. relacji „kontroli”). Jeżeli zatem „bezpieczne przystanie” miałyby w zakresie zastosowania koncepcji *single economic unit* komukolwiek pomóc, to raczej organom konkurencji chcącym odszyfrować rzeczywiste relacje pomiędzy przedsiębiorcami, a nie samym przedsiębiorcom.

³ Ostatnio można zauważyć po stronie organów konkurencji tendencję do powoływania się na „miękkie bezpieczne przystanie”. W niedawno opublikowanych (2014 r.) przez Międzynarodową Sieć ds. Konkurencji (*International Competition Network, ICN*) siedmiostronicowych „Rekomendowanych Praktykach w sprawie drapieżnictwa cenowego” (*ICN Unilateral Conduct Working Group, Predatory Pricing Analysis Pursuant to Unilateral Conduct Laws, Recommended Practises*) zwraca uwagę częste odwoływanie się przez autorów do „miękkich bezpiecznych przystani” (słowo „*soft safe harbour*” zostało użyte w pkt 5 na stronie 2 oraz pkt II.2 na stronie 5 omawianego dokumentu). Dokument dostępny pod adresem: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc966.pdf>, dostęp: 25.08.2015 r.

Lista aktów prawnych

Akty prawne Stanów Zjednoczonych

Sherman Act (15 U.S.C. §§ 1-7);

Robinson-Patman Act (15 U.S.C. § 13);

Hart-Scott Rodino Antitrust Improvements Act (15 U.S.C. § 18a);

Internal Revenue Code (26 U.S.C.);

Clayton Act (15 U.S.C. §§ 12-27, 29 U.S.C. §§ 52-53).

Akty prawne, *quasi*-prawne UE i dokumenty o charakterze *soft-law* (chronologicznie)

Rozporządzenie Komisji (UE) nr 1407/2013 z 18.12.2013 r. w sprawie stosowania art. 107 i 108 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do pomocy *de minimis* (Dz.U.UE 2013 Nr L 352/1);

Traktat o Unii Europejskiej, Wersja Skonsolidowana (Dz.Urz.UE 2012 Nr C 326/13);

Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Wersja Skonsolidowana (Dz.Urz.UE 2012 Nr C 83/47);

Wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie stosowania art. 101 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej do horyzontalnych porozumień kooperacyjnych (Dz.Urz.UE 2011 Nr C 11/1);

Wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie ograniczeń wertykalnych (Dz. Urz.UE 2010 Nr C 130/1);

Communication from the Commission: Strategy for the effective implementation of the Charter of Fundamental Rights by the European Union, 19.10.2010, COM (2010) 573/4, dokument dostępny pod adresem: http://ec.europa.eu/justice/news/intro/doc/com_2010_573_4_en.pdf, dostęp: 25.08.2015 r.;

Skonsolidowane obwieszczenie Komisji dotyczące kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.Urz.UE 2008 Nr C 95/1);

Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz.Urz.UE 2007 Nr C 303/1);

- Wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące (Dz.Urz.UE 2007 Nr C 45/7);
- Wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie metody ustalania grzywnien nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a) rozporządzenia 1/2003 (Dz.Urz.UE 2006 Nr C 210/2);
- Komunikat Komisji w sprawie ograniczeń bezpośrednio związanych i koniecznych dla dokonania koncentracji (Dz.Urz.UE 2005 Nr C 56/24);
- Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z 20.01.2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.Urz.UE 2004 Nr L 21/1);
- Wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.Urz.UE 2004 Nr C 31/5);
- Skonsolidowane Rozporządzenie Komisji nr 802/2004 z 7.04.2004 r. w sprawie wykonania rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.Urz.UE 2004 Nr L 133/1);
- Wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie współpracy w ramach organów konkurencji (Dz.Urz.UE 2004 Nr C 101/43);
- Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z 16.12.2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz.Urz.UE 2003 Nr L 1/1);
- Wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie umów wyłącznościowych z agentami handlowymi (ang. *Notice on Exclusive Dealing Contracts with Commercial Agents*), Dz.Urz.UE 1962 Nr 139/2921, nieoficjalne tłumaczenie na język angielski:http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/notice_exclusive_contracts_en.pdf, dostęp: 25.08.2015 r.; akt prawny uchylony.

Polskie akty prawne lub quasi-prawne (chronologicznie)

- projekt ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (9.07.2013), www.uokik.gov.pl;
- rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie wyłączenia określonych porozumień specjalizacyjnych i badawczo-rozwojowych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz.U. z 2011 r. Nr 288 poz. 1691 ze zm.);
- rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 marca 2011 r. w sprawie wyłączenia niektórych rodzajów porozumień wertykalnych spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję (Dz.U. z 2011 r. Nr 81, poz. 441 ze zm.);
- wyjaśnienia w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK (Dz.Urz.UOKiK Nr 1 z 15.04.2011 r.);
- ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o izbach lekarskich (Dz.U. z 2009 r. Nr 219 poz. 1708 ze zm.);

- wyjaśnienia Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję (Dz.Urz.UOKiK.Nr 4 z 22.12.2008 r.);
- ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2007 r. Nr 50 poz. 331 ze zm.);
- rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 17 lipca 2007 r. w sprawie sposobu obliczania obrotu przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji (Dz.U. z 2007 r. Nr 134 poz. 935 ze zm.);
- ustawa z dnia 29 czerwca 2007 r. o zasadach pokrywania kosztów powstałych u wytwórców w związku z przedterminowym rozwiązaniem umów długoterminowych sprzedaży mocy i energii elektrycznej (Dz.U. z 2007 Nr 130 poz. 905 ze zm.);
- ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. z 2004 r. Nr 171 poz. 1800 ze zm.);
- ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. z 2013 r. poz. 672 ze zm.);
- ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2004 r. Nr 19 poz. 177 ze zm.);
- ustawa z dnia 18 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz.U. z 2002 r. Nr 197 poz. 1661 ze zm.);
- ustawa z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (Dz.U. z 2001 r. Nr 126 poz. 1381 ze zm.);
- ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2000 r. Nr 94 poz. 1037, ze zm.);
- ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (Dz.U. z 1997 r. Nr 140 poz. 939 ze zm.);
- ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. z 1997 r. Nr 16, poz. 93 ze zm.);
- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r., nr 78, poz. 483 ze zm.);
- ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 1993 r. nr 47 poz. 211 ze zm.);
- ustawa z dnia 23 maja 1991 r. o organizacjach pracodawców (Dz.U. z 1991 r. Nr 55, poz. 235 ze zm.);
- ustawa z dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich (Dz.U. z 1991 r. Nr 41 poz. 179 ze zm.);
- ustawa z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie (Dz.U. z 1991 r. Nr 22 poz. 91 ze zm.);
- ustawa z dnia 30 maja 1989 r. o izbach gospodarczych (Dz.U. z 2009 r. Nr 84, poz. 710 ze zm.);
- ustawa z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze (Dz.U. z 1982 r. Nr 16 poz. 124 ze zm.);
- ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. z 1974 r. Nr 24 poz. 141 ze zm.);
- ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 1964 r. Nr 16 poz. 93 ze zm.).

Inne akty prawne lub *quasi*-prawne

Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 4.11.1950 r. (Dz.U. z 1993 r. Nr 61 poz. 284 ze zm);

Investigations of Consumated and Non-Notifiable Mergers, the EU's Contribution, Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement, 25 February 2014, [http://search.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2014\)19&docLanguage=En](http://search.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2014)19&docLanguage=En), dostęp: 25.08.2015 r.;

Investigations of Consumated and Non-Notifiable Mergers, the Poland's Contribution, Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement, 25 February 2014, [http://search.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2014\)18&docLanguage=En](http://search.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2014)18&docLanguage=En), dostęp: 25.08.2015 r.;

International Competition Network, *Defining „Merger” Transactions for Purposes of Merger Review*, dokument przygotowany przez Grupę Roboczą ds. Koncentracji Międzynarodowej Sieci Konkurencji (ICN), <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc327.pdf>, dostęp: 25.08.2015 r.;

prawo konkurencji (*Competition Ordinance*) Hong Kongu, <http://www.legislation.gov.hk>), dostęp: 25.08.2015 r.;

rosyjska ustawa o ochronie konkurencji (Федеральный закон № 135-ФЗ „О защите конкуренции”), wersja ujednolicona, <http://fas.gov.ru/legislative-acts>, dostęp: 25.08.2015 r.;

Priorytety UOKiK z 9.05.2014 r., http://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=10994&news_page=9, dostęp: 25.08.2015 r.;

ICN Unilateral Conduct Working Group, Predatory Pricing Analysis Pursuant to Unilateral Conduct Laws, Recommended Practises (2014), <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc966.pdf>, dostęp: 25.08.2015 r.

Lista orzeczeń i decyzji

Wyroki sądów Stanów Zjednoczonych (chronologicznie)

American Needle v. National Football League, 130 S.Ct. 2201, 9 (2010);
Valuepest v. Bayer., Case No. 07-1760, 2009 U.S. App. 3, 4th Cir., 2009;
Leegin Creative Leather Products v. PSKS, 551 U.S. 877, 2007;
Port Dock & Stone Corporation v. Oldcastle Northeast, 507 F.3d 117, 2d Cir. 2007;
Verizon Communications v. Law Offices of Curtis V. Trinko, 540 U.S. 398, 2004;
City of Mt. Pleasant v. Assosiated Electric Cooperative, 838 F.2d 268, 8th Cir. 1994;
Caribe BMW v. Bayerische Motoren Werke, 19 F.3d 745, 1st Cir. 1994;
New York v. Kraft Gen. Foods, 926 F. Supp. 321, S.D.N.Y. 1995;
Superior Trial Lawyers Association v. Federal Trade Commission, 391 U.S. 367, 1990;
Matschuita Elec. Indus. v. Zenith Radio, 475 U.S. 574, 1986;
Morrison v. Murray Biscuit, 797 F.2d 1430, 7th Cir. 1986;
Copperweld v. Independence Tube, 467 U.S. 752, 1984;
Society of National Professional Engineers v. United States, U.S. 435 U.S. 679, 1978;
Simson v. Union Oil, 377 U.S. 13, 1969;
Sunkist Growers v. Winkler & Smith Citrus Products, 370 U.S. 19, 1962;
Timken Roller Bearing v. United States, 341 U.S. 593, 1951;
Kiefer-Stewart v. Joseph E. Seagram & Sons, 340 U.S. 211, 1951;
United States v. Yellow Cab, 332 U.S. 218, 1947;
United States v. Aluminum Co. of America, 148 F. 2d 416, 2nd Cir. 1945;
United States v. General Electric, 272 U.S. 476, 1926;
Dr. Miles Medical v. John D. Park and Sons, 220 U.S. 373, 1911.

Wyroki sądów UE, decyzje Komisji Europejskiej i opinie Rzeczników Generalnych (chronologicznie)

wyrok TSUE z 4.12.2014 r. w sprawie C-413, *FNV Kunsten Informatie en Media p. Staat der Nederlanden*;

- wyrok TSUE z 19.06.2014 r. w sprawie C-243/12 P; wyrok TSUE z 23.09.2013 r., w sprawie C-179/12 P;
- wyrok TSUE z 8.05.2013 r. w sprawie C-508/11 P *Eni p. Komisji*;
- wyrok Sądu z 12.12.2012 r. w sprawie T-332/09 *Electrabel p. Komisji*;
- wyrok Sądu z 27.09.2012 r. w sprawie T-344/06 *Total p. Komisji*;
- wyrok Sądu z 27.09.2012 r. w sprawie T-347/06 *Nynäs Petroleum i Nynäs Belgium p. Komisji*;
- wyrok TSUE z 19.07.2012 r. w sprawie C-628/10;
- wyrok Sądu z 6.07.2012 r. w sprawie T-411/07 *Aer Lingus Group p. Komisji*;
- decyzja Komisji Europejskiej z 30.03.2012 r. w sprawie M.6447 *LAG/BMI*;
- wyrok Sądu z 6.03.2012 r. w sprawie T-64/06 *FLS Plast p. Komisji*;
- wyrok Sądu z 2.02.2012 r. w sprawie T-76/08 *El du Pont de Nemours i inni p. Komisji*;
- wyrok Sądu z 2.02.2012 r. w sprawie T-77/08 *Dow Chemicals p. Komisji*;
- wyrok TSUE z 29.09.2011 r. w sprawie C-521/09 P *Elf Aquitaine p. Komisji*;
- wyrok Sądu z 12.07.2011 r. w sprawie T-132/07 *Fuji Electric p. Komisji*;
- wyrok Sądu z 16.06.2011 r. w sprawie T-185/06 *L'Air liquide, société anonyme pour l'étude et l'exploitation des procédés Georges Claude p. Komisji*;
- wyrok Sądu z 16.06.2011 r. w sprawie T-196/06 *Edison p. Komisji*;
- wyrok Sądu z 16.06.2011 r. w sprawie T-197/06, *FMC Corp p. Komisji*;
- wyrok Sądu z 24.03.2011 r. w sprawie T-376/06 *Legris Industries p. Komisji*;
- wyrok TSUE z 20.01.2011 r. w sprawie C-90/09 P *General Química i inni p. Komisji*;
- wyrok Sądu z 27.10.2010 r. w sprawie T-24/05 *Alliance One International i inni p. Komisji*;
- wyrok Sądu z 16.12.2010 r. w sprawie C-480/09 P *AceaElectrabel Produzione p. Komisji*;
- wyrok ETS z 10.09.2009 r. w sprawie C-97/08 P, *Akzo Nobel i inni p. Komisji*;
- decyzja Komisji Europejskiej z 10.06.2009 r. w sprawie COMP/M.4994 *Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône*;
- decyzja Komisji Europejskiej z 28.07.2009 r. w sprawie IV/M.1543 *Sanofi/Synthélabo*;
- wyrok SPI z 8.10.2008 r. w sprawie T-69/04 *Schunk i Schunk Kohlenstoff-Technik p. Komisji*;
- decyzja Komisji Europejskiej z 1.10.2008 r. w sprawie COMP/39.181 *Candle Waxes*;
- wyrok ETS z 14.12.2006 r. w sprawie C-217/05 *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio p. Compañía Española de Petróleos*;
- wyrok SPI z 27.09.2006 r. w sprawie T-314/01, *Coöperatieve Verkoopen Productievereniging van Aardappelmeel en Derivaten Avebe p. Komisji*;
- decyzja Komisji Europejskiej z 29.11.2006 r. w sprawie COMP/F/38.638 *Butadiene Rubber and Emulsion Styrene Butadiene Rubber*;
- wyrok ETS z 11.07.2006 r. w sprawie C-39/94 *Syndicat français de l'Express international i inni p. La Poste i inni*;
- wyrok ETS z 29.06.2006 r. w sprawie C-289/04 *Showa Denko p. Komisji*;
- decyzja Komisji Europejskiej z 3.05.2006 r. w sprawie COMP/F/38.620 *Hydrogen Peroxide i Perborate*;
- wyrok SPI z 23.02.2006 r. w sprawie T-282/02 *Cementbouw p. Komisji*;

- wyrok SPI z 15.10.2005 r. w sprawie T-325/01 *DaimlerChrysler p. Komisji*;
decyzja Komisji Europejskiej z 20.07.2005 r. w sprawie COMP/M.3858 *Lehman Brothers/Starwood/Le Meridien*;
- wyrok SPI z 26.01.2005 r. w sprawie T-193/02 *Laurent Piau p. Komisji*;
decyzja Komisji Europejskiej z 12.03.2004 r. w sprawie COMP/M.3330 *RTL/M6*;
wyrok Sądu SPI z 11.12.2003 r. w sprawie T-66/99 *Minoan Lines p. Komisji*;
wyrok ETS z 18.10.2003 r. w sprawie C-338/00 P *Volkswagen p. Komisji*;
decyzja Komisji Europejskiej z 30.04.2003 r. w sprawie COMP/M.2903 *Daimler-Chrysler/Deutsche Telekom/JV*;
- decyzja Komisji Europejskiej z 10.02.2003 r. w sprawie COMP/M.3071 *Carnival Corporation/P&O Princess (II)*;
- wyrok SPI z 6.06.2002 r. w sprawie T-342/99 *Airtours p. Komisji*;
wyrok ETS z 19.02.2002 r. w sprawie C-309/99 *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh i Price Waterhouse Belastingadviseurs p. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*;
- decyzja Komisji Europejskiej z 11.02.2002 r. w sprawie COMP/M.2632 *Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV*;
- opinia Rzecznika Generalnego Legera przedstawiona 10.07.2001 r. w sprawie C 309/99 *Wouters, J.W. Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs p. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*;
- wyrok ETS z 16.11.2000 r. w sprawie C-286/98 P *Mo och Domsjö p. Komisji*;
wyrok SPI z 14.10.2000 r. w sprawie T-137/02 *Pollmeier Malchow p. Komisji*;
decyzja Komisji Europejskiej z 11.10.2000 r. w sprawie COMP/M.1845 *AOL/Time Warner*;
- opinia Rzecznika Generalnego Mischo przedstawiona 18.05.2000 r. w sprawie C-286/98 P *Mo och Domsjö p. Komisji*;
- wyrok ETS z 16.03.2000 r. w połączonych sprawach C-395/96 i C-396/96 *Compagnie maritime belge p. Komisji*;
- wyrok SPI z 7.10.1999 r. w sprawie T-228/97 *Irish Sugar p. Komisji*;
decyzja Komisji Europejskiej z 12.05.1999 r. w sprawie IV/M.151 *Renault/Nissan*;
- wyrok SPI z 25.03.1999 r. w sprawie T-102/96 *Gencor p. Komisji*;
- opinia Rzecznika Generalnego Jacobsa przedstawiona 29.02.1999 r. w sprawie C-67/96 (sprawa *Albany*), połączonych sprawach C-115/97 i C-116/97, oraz sprawie C-117/97 i C-219/97;
- wyrok ETS z 28.01.1999 r. w sprawie C-67/96 *Albany International p. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*;
- wyrok SPI z 25.06.1998 r. w połączonych sprawach T-371/94 i T-394/94 *British Airways i inni p. Komisji*;
- decyzja Komisji Europejskiej z 20.05.1998 r. w sprawie IV/M.1016 *Price Waterhouse/Coopers&Lybrand*;
- wyrok SPI z 14.05.1998 r. w sprawie T-309/94 *NV Koninklijke p. Komisji*;
- wyrok ETS z 24.10.1996 r. w sprawie C-73/95 *Viho Europe p. Komisji*;
- decyzja Komisji Europejskiej z 7.10.1996 r. w sprawie IV/M.823 *John Deere Capital/Lombard North Central*;

decyzja Komisji Europejskiej z 7.12.1995 r. w sprawie IV/M.660 RTZ/CRA;
wyrok ETS z 24.10.1995 r. w sprawie C-266/93 *Bundeskartellamt v Volkswagen i VAG Leasing*;
wyrok ETS z 6.04.1995 w sprawie C-310/93 P *BPB Industries i British Gypsum p. Komisji*;
wyrok SPI z 10.03.1992 r. w połączonych sprawach T-68/89, T-77/89 i T-78/89 *Società Italiana Vetro, Fabbrica Pisana i PPG Vernante Pennitalia p. Komisji*;
wyrok SPI z 10.03.1992 r. w sprawie T-11/89 *Shell International Chemical Company p. Komisji*;
wyrok ETS z 23.04.1991 r. w sprawie C-41/90 *Hoefner i Elser p. Macrotron*;
decyzja Komisji Europejskiej z 16.01.1991 r. w sprawie IV/32.732 *IJsselcentrale i inni*;
decyzja Komisji Europejskiej z 21.11.1990 r. w sprawie M.18 *Ag/Amev*;
wyrok ETS z 18.10.1989 r. w sprawie 374/87 *Orkem p. Komisji*;
wyrok ETS z 12.07.1984 r. w sprawie C-170/83 *Hydrotherm Gerätebau p. Compact del Dott Mario Andreoli & C. Sas*;
wyrok ETS z 28.10.1983 r. w sprawie 107/82 *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken p. Komisji*;
wyrok ETS z 7.06.1983 r. w połączonych sprawach 100-103/80 *Pioneer Electronic i inni p. Komisji*;
decyzja Komisji Europejskiej z 27.11.1981 r. w sprawie IV/30.188 *Moet et Chandon*;
wyrok ETS z 12.07.1979 r. w połączonych sprawach 32 i 36-82/78 *BMW Belgium p. Komisji*;
wyrok ETS z 16.12.1975 r. w sprawie 40/73 *Coöperatieve Vereniging „Suiker Unie” p. Komisji*;
wyrok ETS z 31.11.1974 r. w sprawie C-15/74 *Centrafarm i Adriaan de Peijper p. Sterling Drug*;
wyrok ETS z 06.03.1974 r. w połączonych sprawach 6 i 7/73 *Istituto Chemioterapico Italiano i Commercial Solvents Corporation p. Komisji*;
wyrok ETS z 14.07.1972 r. w sprawie C-48/69 *Imperial Chemical Industries p. Komisji*;
wyrok ETS z 25.10.1971 r. w sprawie C-22/71 *Béguelin Import p. S.A.G.L. Import Export*;
wyrok ETS z 13.07.1966 r. w połączonych sprawach C-56/64 do 58/64 *Établissements Consten i Grundig-Verkaufs*.

Wyroki sądów polskich (chronologicznie)

wyrok SOKiK z 13.12.2013 r., XVII Ama 174; 173; 176; 175; 178; 177/10;
wyrok SOKiK z 7.10.2013 r., XVII AmA 181/11;
postanowienie SN z 21.06.2013 r., III SK 58/12;
wyrok SN z 8.05.2013 r., III SK 34/12;
wyrok SA w Warszawie z 17.01.2013 r., VI Aca 995/12;
wyrok SA w Warszawie z 18.07.2012 r., VI A Ca 203/12;
wyrok SN z 28.10.2010 r., I GSK 720/09;

wyrok SN z 14.04.2010 r., III SK 1/10;
wyrok SN z 3.09.2009 r., III SK 9/09;
postanowienie SN z 5.05.2009 r., IV KK 427/08;
wyrok SA w Warszawie z 10.07.2008 r., VI ACa 92/08;
wyrok SN z 06.12.2007 r., III SK 16/07;
wyrok SA w Warszawie z 4.12.2007 r., VI ACa 848/07;
wyrok SA w Warszawie z 13.02.2007 r., IV Aca 819/06;
wyrok SA w Warszawie z 16.11.2006 r., VI ACa 554/06;
wyrok SN z 9.08.2006 r., III SK 6/06;
wyrok SN z 19.01.2001 r., CKN 1036/98.

Decyzje i postanowienia Prezesa UOKiK (chronologicznie)

decyzja Prezesa UOKiK z 17.06.2013 r., DKK-77/2013;
decyzja Prezesa UOKiK z 21.12.2012 r., DKK-103/2012;
decyzja Prezesa UOKiK z 30.12.2011 r., RBG-28/2011;
decyzja Prezesa UOKiK z 21.12.2011 r., RBG-27/2011;
decyzja Prezesa UOKiK z 23.11.2011 r., DOK-8/2011;
decyzja Prezesa UOKiK z 6.09.2011 r., RKT-25/2011;
decyzja Prezesa UOKiK z 27.07.2011 r., RKR-24/2011;
decyzja Prezesa UOKiK z 31.12.2010 r., DOK-11/2010;
decyzja Prezesa UOKiK z 24.12.2010 r., RPZ 31/2010;
decyzja Prezesa UOKiK z 4.10.2010 r., RWR-24/2010;
decyzja Prezesa UOKiK z 8.12.2009 r., DOK-7/09;
decyzja Prezesa UOKiK z 28.08.2009 r., RPZ 12/2009;
decyzja Prezesa UOKiK z 14.03.2007 r., DOK-34/07;
decyzja Prezesa UOKiK z 18.10.2006 r., DOK-107/06;
decyzja Prezesa UOKiK z 29.05.2006 r., DOK-49/06;
postanowienie Prezesa UOKiK z 15.02.2006 r., DOK-2-073-30/05;
decyzja Prezesa UOKiK z 14.09.2004 r., DOK-91/2004;
decyzja Prezesa UOKiK z 16.07.2004 r., RWA 21/2004;
decyzja Prezesa UOKiK z 30.01.2004 r., RKT-410-01/04/AW;
decyzja Prezesa UOKiK z 20.05.2002 r., DDF-31/2002.

Wyroki i decyzje innych sądów oraz organów (chronologicznie)

wyrok KIO z 22.01.2013 r.; KIO 2295/12;
wyrok ETPCz z 11.09.2011 r. w sprawie *Menarini Diagnostics p. Wlochom*, nr skargi 43509/08;
In the Competition Appeal Court of South Africa, *Mittal Steel South Africa v. Harmony Gold Mining*, Case No. 7/CAC/Apr 07 (2009);
wyrok ETPCz z 23.11.2006 r. w sprawie *Jussila p. Finlandii*, nr skargi 73053/01;

- wyrok ETPCz z 16.04.2002 r. w sprawie *Societe Colas i inni p. Francji*, nr skargi 37971/97;
- State of New York Public Service Commission, *In the Matter of Competitive Opportunities Regarding Electric Services*, Opinia nr 96-12, [http://www3.dps.ny.gov/pscweb/WebFileRoom.nsf/Web/C935F4479ADEB49A852575F200475D99/\\$File/94-E-0952%20Op.%20No.%2094-12%20.pdf?OpenElement](http://www3.dps.ny.gov/pscweb/WebFileRoom.nsf/Web/C935F4479ADEB49A852575F200475D99/$File/94-E-0952%20Op.%20No.%2094-12%20.pdf?OpenElement), dostęp: 25.08.2015 r.;
- decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 11.07.1989 r. w sprawie *Sténuit p. Francji*, nr skargi 11598/85;
- wyrok ETPCz z 7.10.1988 r. w sprawie *Salabiaku p. Francji*, nr skargi 10519/83;
- wyrok ETPCz z 23.11.1976 r. w sprawie *Engel i inni. p. Holandii*, nr skarg 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72.

Literatura (alfabetycznie)

- Akerlof, George A. i Robert J. Shiller. *Zwierzęce instynkty. Czy ludzka psychika napędza globalną gospodarkę i jaki to ma wpływ na przemiany światowego kapitalizmu*. Warszawa: Wydawnictwo Studio Emka, 2010.
- Anderson, Robert D. i William E. Kovacic. „Competition Policy and International Trade Liberalisation: Essential Complements to Ensure Good Performance in Public Procurement Markets.” *PPLR* 18 (2009).
- Andriychuk, Oles. „Does Competition Matter? An Attempt of Analytical ‘Unbundling’ of Competition from Consumer Welfare: A Response to Miąsik.” *YARS* 2 (2009).
- Areeda, Phillip, E. i Herbert Hovenkamp. *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*. Aspen Publishers, 2010.
- Areeda, Phillip, E. „Intraenterprise Conspiracy in Decline.” *97 Harv. L. Rev.* 451 (1983–1984).
- Atlee, Laura, „Joint Venture...Subsidiary... What’s the Difference for Cartel Liability and Fines?” *CPI Antitrust Chronicle* April (2012).
- Aziewicz, Dariusz, „Kontrola nabywania pakietów mniejszościowych przez Komisję Europejską w planowanej reformie rozporządzenia 139/2004.” *iKAR* 9 (2014).
- Baker, Donald I. „The Superior Court Trial Lawyers Case – A Battle on the Frontier Between Politics and Antitrust.” W *Antitrust Stories*, red. Eleanor M. Fox i Daniel A. Crane. Foundation Press, 2007.
- Banasiński, Cezary i Eugeniusz Piontek (red.). *Uokk. Komentarz*. LexisNexis, 2009.
- Banasiński, Cezary i Monika Bychowska. „Pojęcie grypy kapitałowej na użytek polskiego i unijnego prawa konkurencji.” *PPH* 12 (2011).
- Bartosiewicz, Adam. „Przesłanki odpowiedzialności podmiotu zbiorowego – aspekty praktyczne.” *PPH* 2 (2004).
- Bendremer, Fredrik G. „Delaware LLCs and Veil Piercing: Limited Liability Has Its Own Limitations.” *Fordham J. Corp. & Fin. L.* 385 (2005).
- Bennett, Matthew. „Online Platforms: Retailers, Genuine Agents or None of the Above?” *CPI Europe Column* June (2012).
- Bergqvist, Christian. „The concept of an autonomous economic entity.” *E.C.L.R.* 24 (2003).

- Bernatt, Maciej. *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, 2011.
- Bieniek, Gerard. *Komentarz do Kc. Księga trzecia. Zobowiązania. Tom 1*. Warszawa: LexisNexis, 2009.
- Błachucki, Mateusz. *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców*. Warszawa: UOKiK, 2012.
- Block, Barry M. i Matthew D. Ridings. „Antitrust Conspiracies in Franchise Systems After American Needle.” *Franch. L.J.* 30 (2011).
- Bolatoglu, Hilmi. „The Concept of Economic Unity in Merger Cases: Lifting the Corporate Veil.” *E.C.L.R.* 30 (2009).
- Bolecki, Antoni, Stanisław Drozd, Sabina Famirska, Małgorzata Kozak, Marcin Kulesza, Andrzej Madala i Tomasz Wardyński. *Prawo konkurencji. Prawo w praktyce*. LexisNexis, 2011.
- Bolecki, Antoni. „Ograniczenia w sprzedaży przez Internet w umowach dystrybucyjnych.” *iKAR* 3 (2013).
- Bolecki, Antoni. „Problematyka równoległego stosowania prawa autorskiego i prawa antymonopolowego wobec organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi spojrzenie krytyczne (polemika do tekstu dr. Ingi Oleksiuk).” *PUG* 9 (2009).
- Bolecki, Antoni. *Wymiana informacji między konkurentami w ocenie organów ochrony konkurencji*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, 2013.
- Borkowski, Andrzej, Maciej Guziński, Krzysztof Horubski, Karol Kiczka, Leon Kieres, Tadeusz Kocowski, Wiesław Miemieć i Marek Szydło. *Prawo zamówień publicznych*. Kolonia Limited, 2008.
- Bronckers, Marco i Anne Vallery. „No Longer Presumed Guilty? The Impact of Fundamental Rights on Certain Dogmas of EU Competition Law.” *World Comp.*, 34 (2011).
- Brown, Adrian i Morris Schonberg. „Widening the Net: the General Court Extends the Principle of Successor Liability in EU Competition Law.” *E.C.L.R.* 34 (2013).
- Brożek, Bartosz i Jerzy Stelmach. *Metody prawnicze*. Kraków: WoltersKluwer, 2006.
- Brzezińska-Rawa, Anna. *Wprowadzenie do prawa antymonopolowego*. Toruń: 2009.
- Bychowska, Monika. „Zakaz porozumień ograniczających konkurencję.” *Glosa* 5 (2003).
- Bucior, Dariusz. Wypowiedzenie umowy agencyjnej. www.umowa-agencyjna.pl, dostęp: 1.05.2012 r.
- Burnside, Alec J. „Minority Shareholdings: An Overview of EU and National Case Law.” *e-Competitions* (September 2013).
- Burnside, Alec J. i Nandu Machiraju. „An Emerging Consensus on Minority Shareholdings?” *CPI, Europe Column* (October 2013).
- Buxton, Richard. „The Human Rights Act and the Substantive Criminal Law.” *Crim. L. Rev.* 331 (2000).

- Caro de Sousa, Pedro, „Minority Shareholdings and the Competing Merger Control Jurisdictions of the EU and National Competition Authorities: The Ryan Air /Aer Lingus Case.” *CPI Europe Column* (February 2013).
- Carstensen, Peter C., „The Efficiency Hypothesis Versus the Rent-Seeking Strategy Alternatives.” *Antitrust L.J.* 569 (2001).
- Cheng, Thomas, K. „The Corporate Veil Doctrine Revisited: A Comparative Study of the English and the U.S. Corporate Veil Doctrines.” *B.C. Int. & Comp. & L. Rev.* 34 (2011).
- Chrząszcz, Aneta, „Konsorcjum w zamówieniach publicznych.” *PPH* 7 (2012).
- „Companies Where Shareholders Have No Power — At All.” *247wallst.com*, 04.06.2012 r., dostęp: 10.05.2013 r.
- Coase, Ronald H. „The Nature of the Firm.” *Economica* 16 (1937).
- Conolly, Jenny. „An Overview of the Hong Kong Competition Ordinance.” *The Asia-Pacific Antitrust Review GCR Special Report* (2013).
- Connor, John M. „Recidivism Revealed: Private International Cartels 1990–2009.” *CPI* (Autumn 2010).
- Cooter, Robert i Thomas Ulen. *Ekonomiczna analiza prawa*. C.H. Beck, Warszawa: C.H. Beck, 2009.
- Cramton, Peter i Jesse A. Schwartz. „Collusive Bidding: Lessons from the FCC Spectrum Auctions.” *JRE* 17 (2000).
- Cyert, Richard M. i James G. March. *Behavioral Theory of the Firm*. Wiley-Blackwell, 1992.
- Dach, Zofia. *Mikroekonomia*. Wydawnictwo Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie, 2012.
- Danek, Magdalena. „Korzyści efektywnościowe w kontroli koncentracji przedsiębiorstw w systemach ochrony konkurencji Unii Europejskiej i Stanów Zjednoczonych Ameryki – porównanie prawno-ekonomiczne.” *ZNUJ. Prace z Prawa Własności Intelektualnej* 117 (2012).
- Depoortere, Frederik i Ingrid Vandenborre. „The European Commission Proposes Significant Changes to the EU Merger Regulation.” *e-Competitions* (June 2013).
- Derkowska, Agnieszka. „Jeszcze kilka refleksji o winie bezmiennej i winie w organizacji w pryzmacie odpowiedzialności lekarza w zespole i odpowiedzialności publicznego zakładu opieki zdrowotnej.” *PrawoiMedycyna.pl*, dostęp: 25.08.2015 r.
- Dyckjaer-Hansen i Karen, Katja Hoegh. „Succession of Liability for Competition Law Infringements with Special Reference to Due Diligence and Warranty Claims.” *E.C.L.R.* 24 (2003).
- Dudzik, Sławomir. *Pomoc państwa dla przedsiębiorstw publicznych w prawie Wspólnoty Europejskiej. Między neutralnością a zaangażowaniem*. Kraków: 2002.
- Dyl, Marcin i Rafał Stankiewicz. „Przejęcie wspólnej kontroli nad przedsiębiorcą jako przesłanka zgłoszenia zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK.” *PPH* 4 (2013).
- Faull, Jonathan i Ali Nikpay (red.). *The EC Law of Competition*. Oxford University Press, 2007.

- Fidała, Jarosław. „Narzucanie minimalnych i sztywnych cen odsprzedaży z punktu widzenia celu oraz skutków rynkowych.” *iKAR* 3 (2012).
- Flynn, John, Harry First i Darren Bush. *Free Enterprise And Economic Organization: Antitrust*. draft, 2012.
- Fox, Eleanor M. i Daniel A. Crane (red.). *Global Issues in Antitrust and Competition Law*. West, 2010.
- Fox, Eleanor, M. „We Protect Competition, You Protect Competitors.” *World Comp.* 26 (2000).
- Gańczyńska-Lisik, Katarzyna. „Konsorcjum w świetle prawa zamówień publicznych.” *PPH* 10 (2006).
- Gilo, David. „Retail Competition Percolating Through to Suppliers and the Use of Vertical Integration, Tying, and Vertical Restraints to Stop It.” *Yale J. on Reg.* 20 (2003).
- Goodman, Shaun. „Application of Article 101 TFEU.” W *EU Competition Law, Volume III, Cartels and Collusive Behaviour: Restrictive Agreements and Practices Between Competitors*, Mario Siragusa, Cesare Rizza (red.). Deventer, Claves & Casteels, 2012.
- Gronowski, Stanisław. *Uokk. Komentarz*. Warszawa: 1999.
- Gardocki, Lech (red.). *Komentarz do EKPCz*. Warszawa: 2010.
- Heimler, Alberto. „Cartels in Public Procurement.” *J. Competition L. & Econ.* 8 (2012).
- Hofstetter, Karl i Melanie Ludescher. „Fines against Parent Companies in EU Antitrust Law: Setting Incentives for Best Practice Compliance.” *World Comp.* 33 (2010).
- Investigations of Consumated and Non-Notifiable Mergers, Note by the OECD Secretariat*. Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement, 25 February 2014, www.oecd.org, dostęp: 10.10.2015 r.
- Jones, Alison. „The Boundaries of an Undertaking in EU Competition Law.” *ECJ* 8 (2012).
- Jones, Alison i Brenda Suftrin. *EU Competition Law, Text, Cases and Materials*. University Press, 2011.
- Joshua, Julian, Yves Botteman i Laura Atlee. „You Can’t Beat the Percentage” – The Parental Liability Presumption in EU Cartel Enforcement.” *GCR The European Antitrust Review* (2012).
- Jurczyk, Zbigniew. „Cele polityki antymonopolowej w teorii i praktyce.” W *Konkurencja w gospodarce współczesnej*, Cezary Banasiński i Edward Stawicki (red.), Warszawa: 2007.
- Jurkowska-Gomułka, Agata. *Publiczne i prywatne egzekwowanie zakazów praktyk ograniczających konkurencję*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, 2013.
- Kant, Immanuel. *Uzasadnienie metafizyki moralności*. Wydawnictwo Antyk, 2001.
- Kaznowski, Andrzej i Mikołaj Stasiak. *Komentarz do rozporządzenia Komisji (WE) nr 1998/2006 z dnia 15 grudnia 2006 r. w sprawie stosowania art. 87 i 88 Traktatu do pomocy de minimis*. baza LEX.

- Kidyba, Andrzej (red.). *Kc. Komentarz. Tom III*. Warszawa: WoltersKluwer, 2010.
- Kiliański, Kamil. „Porozumienia franchisingowe w świetle prawa konkurencji Wspólnoty Europejskiej.” *KPP* 4 (2000).
- Kluziak, Rafał. „Dual-listing – podwójny problem czy podwójna szansa.” *www.parkiet.com*, dostęp: 10.05.2013 r.
- Knight, Frank H. *Risk, Uncertainty, and Profit*. Boston: Hart, Schaffner & Marx, 1921.
- Koenig, Christian. „Determining the Addressee of a Decision Ordering the Recovery of State Aid after the Sale of Substantial Assets of the Undertaking in Receipt of Aid.” *E.C.L.R.* 22 (2001).
- Kohutek, Konrad. *Glosa do wyroku s. apel. z dnia 13 lutego 2007 r., VI ACa 819/06*. baza LEX.
- Kohutek, Konrad i Małgorzata Sieradzka. *Komentarz do uokk*. WoltersKluwer, baza LEX, 2008.
- Kohutek, Konrad. „Stosowanie art. 81 TWE po reformie wspólnotowego prawa konkurencji (ze szczególnym uwzględnieniem sytuacji przedsiębiorstw).” *EPS* 3 (2006).
- Kohutek, Konrad i Małgorzata Sieradzka. *Uokk. Komentarz*. Warszawa: WoltersKluwer, 2008.
- Kolasiński, Marcin. „The Economic Approach in Polish Courts: Permitted Agency Agreements or Prohibited Price Fixing? Case comment to the judgment of the Appeal Court in Warsaw of 13 February 2007 – Roche and Hand-Prod (Ref. No. VI AcA 819/06).” *YARS* 1 (2008).
- Kolasiński, Marek K. „Zastosowanie prawa antymonopolowego do sportu w Stanach Zjednoczonych.” *RPEiS* 1 (2010).
- Kończak, Jacek. „Piercing the corporate veil – odpowiedzią na nadużycie formy prawnej spółki?” *Pr. Sp.* 5,6 (2009).
- Korah, Valentine. *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practise*. Hart Publishing, 2007.
- Kot, Leszek i Angelina Stokłosa. „Pojęcie grupy kapitałowej w świetle ustawy – Prawo zamówień publicznych.” *PPH* 7 (2015).
- Kowalik-Bańczyk, Krystyna. *Prawo do obrony w unijnych postępowaniach antymonopolowych w kierunku unifikacji standardów proceduralnych w Unii Europejskiej*. Warszawa: WoltersKluwer, 2012.
- Kowalik-Bańczyk, Krystyna. „Problematyka ochrony praw podstawowych w unijnych postępowaniach w sprawach z zakresu ochrony konkurencji.” *Zeszyty Natolińskie* 39 (2010).
- Kozak, Małgorzata. „Umowa agencyjna w świetle artykułu 101 TFUE. Jak gonić króliczka, aby go nie złapać.” *iKAR* 4 (2012).
- Krasnodębska-Tomkiel, Małgorzata. *Wspólnotowe prawo konkurencji. Skutki dla Polski*. Warszawa: 2006.
- Król-Bogomilska, Małgorzata. *Kary pieniężne w prawie antymonopolowym*, Warszawa: 2001.
- Król-Bogomilska, Małgorzata. *Zwalczanie karteli w prawie antymonopolowym i karnym*. Warszawa: SCHOLAR, 2013.

- Lang, Wiesław, Jerzy Wróblewski i Sylwester Zawadzki. *Teoria państwa i prawa*. Warszawa, 1979.
- La Rocca, Laura. „The Controversial Issue of the Parent Company Liability for the Violation of EC Competition Rules by the Subsidiary.” *E.C.L.R.* 32 (2010).
- Lawrance, Sophie i Pat Treacy. „An Agent of Change? The Court of First Instance Considers the Competition Law Treatment of Agents.” *C.T.L.R.* 12 (2006).
- Leary, Thomas B. i Erica S. Mintzer. „The Future of Resale Price Maintenance, Now That Doctor Miles Is Dead.” *N.Y.U. J. L. & Bus.* 4 (2007).
- Leupold, Bettina. „Effective Enforcement of EU Competition Law Gone Too Far? Recent Case Law on the Presumption of Parental Liability.” *E.C.L.R.* 34 (2013).
- Lewandowski, Robert. „Granice ustanowione przez prawo antymonopolowe w ramach kształtowania postanowień umowy spółki jawnej.” *Pr. Sp.* 7–8 (2006).
- Materiały ze szkolenia pracowników Komisji Europejskiej dotyczącego Skonsolidowanego obwieszczenia jurysdykcyjnego „Jurisdictional Issues under the EU Merger Regulation, Merger Training,” 14.10.2013 r.* niepubl.
- Materna, Grzegorz. „Glosa do wyroku SN z dnia 6 grudnia 2007 r., III SK 16/07.” *Glosa 1* (2009).
- Materna, Grzegorz. *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji*. Oficyna, 2009.
- Materna, Grzegorz. „Umowne klauzule antykonkurencyjne w transakcjach koncentracji przedsiębiorstw – orzecznictwo wspólnotowe i polskie.” *Glosa 2* (2005).
- Materna, Grzegorz. „Zastosowanie zakazu porozumień ograniczających konkurencję do układów zbiorowych pracy.” *EPS 4* (2015).
- Materna, Grzegorz. „Zastosowanie zakazu porozumień ograniczających konkurencję do umów agencyjnych w świetle rozporządzenia Rady Ministrów z 30 marca 2011 r.” *iKAR 5* (2013).
- McCann, Michael, A. „American Needle v. NFL: An Opportunity To Reshape Sports Law.” *Yale L.J.* 726 (2009-2010).
- Miąsik, Dawid. „A short comment on Andriychuk.” *YARS 2* (2009).
- Miąsik, Dawid. „Controlled Chaos with Consumer Welfare as the Winner – a Study of the Goals of Polish Antitrust Law.” *YARS 1* (2008).
- Milewski, Roman i Eugeniusz Kwiatkowski (red.). *Podstawy ekonomii*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 2005.
- Modzelewska de Raad, Małgorzata. „System kar pieniężnych w polskiej ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów – potrzeba i kierunek dalszych zmian.” *iKAR 2* (2015).
- Modzelewska-Wąchal, Elżbieta. *Uokk. Komentarz*. Warszawa, 2002.
- Motta, Massimo. *Competition Policy. Theory and Practice*. Cambridge University Press, 2004.
- Morawski, Lech. *Wstęp do prawoznawstwa*. TNOiK, 2006.
- Muszyński, Mariusz. „Polska Karta Praw Podstawowych po Traktacie Lizbońskim, charakter prawny i granice związania.” *PS 1* (2009).
- Mycko-Katner, Izabela. *Umowa agencyjna*. Oficyna, 2012.

- Nestoruk, Igor B. „Kontrola koncentracji w prawie antymonopolowym – obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji.” *PUG* 9 (2008).
- Nicolaides, Phedon, Maria Kleis i Mihalīs Kekeleki. „Cumulation of De minimis Aid to Enterprises that Form a Single Economic Unit.” *EStAL* 1 (2008).
- Nita, Barbara. „Model odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zagrożone pod groźbą kary.” *PiP* 6 (2003).
- Nowicki, Marek A. *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do EKPCz*. baza LEX.
- Oh, Peter B. „Veil-Piercing.” *Tex. L. Rev.* 89 (2010).
- Olaerts, Mieke i Caroline Cauffman. „Quimica: Further Developing the Rules on Parent Company Liability.” *E.C.L.R.* 32 (2011).
- Olejniczak, Adam (red.). *System prawa prywatnego. Tom 6*. Warszawa: C.H. Beck, 2009.
- Oleksiuk, Inga. „Problematyka równoległego stosowania prawa autorskiego i prawa antymonopolowego wobec organizacji zbiorowego zarządzania prawami autor-skimi.” *PUG* 1 (2009).
- Oplustil, Krzysztof. „Wykluczenie akcjonariuszy mniejszościowych ze spółki (tzw. squeeze out) w prawie europejskim, niemieckim i polskim (analiza prawnoporównawcza z uwzględnieniem aspektu konstytucyjnego.” *St. Pr.* (2003).
- Peritz, Rudolph J. R. „Nervine and Knavery: The Life and Times of Dr. Miles Medical Company.” W *Antitrust Stories*, Eleanor M. Fox i Daniel A. Crane (red.). Foundation Press, 2007.
- Pietrzykowski, Krzysztof (red.). *Kc. Komentarz. Tom I*. Warszawa: C.H. Beck, 2011.
- Pindyck, Robert i Daniel Rubinfeld. *Microeconomics*. Pearson, 2009.
- Piszcz, Anna. „Grupa kapitałowa czy nie, czyli trudności z kwalifikacją i ich skutki.” *iKAR* 3 (2013).
- Piszcz, Anna. „Nowe elementy regulacji prawnej kar pieniężnych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów.” *iKAR* 2 (2015).
- Piszcz, Anna. *Sankcje w polskim prawie antymonopolowym*. Białystok: Temida2, 2013.
- Pol, Eduardo-Fernandez. *An Appreciative Model of Schumpeterian Evolution, Working Paper 07–17*. University of Wollongong, 2007.
- Polley, Romina. *Parental Liability in Joint Venture Cases, 19th St.Gallen International Competition Law Forum ICF, June 7th and 8th 2012*. <http://ssrn.com/abstract=2214847>, dostęp: 25.08.2015 r.
- Pope, David. „Some Reflections on Italian Flat Glass.” *E.C.L.R.* 14 (1993).
- Potulski, Jacek. *Glosa do postanowienia SN z dnia 5 maja 2009 r. Wina podmiotu zbiorowego*. baza LEX.
- Posner, Richard A. *Antitrust Law*. The University of Chicago Press, 2001.
- Posner, Richard A. *Economic Analysis of Law*. Aspen Publishers, 2007.
- Posner, Richard A. „The Professional Versus the Business Model in Law and Medicine.” *BeckerPosnerBlog*, dostęp: 10.05.2013 r.
- de Pree, Jolling i Stefan C. H. Molin. „Shareholder Liability for Joint Venture Infringements in the European Union.” *Fordham Int'l L.J.* 34 (2011).
- Prell, Owen T. „Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.: An End to the Intraenterprise Conspiracy Doctrine.” *Cornell L. Rev.* 71 (1986).

- Colombia – Peer Review of Competition Law and Policy 2009*. <http://www.oecd.org/countries/colombia/44110853.pdf>. dostęp: 25.08.2015 r.
- Report from the Commission on Competition Policy 2012*. European Union. Luksemburg, 2013.
- Riesenkampff, Aleksander i Udo Krauthausen. „Liability of Parent Companies for Antitrust Violations of Their Subsidiaries.” *E.C.L.R.* 31 (2010).
- Romanowski, Michał. „W sprawie potrzeby nowej regulacji grup kapitałowych w Polsce.” *PPH* 7 (2008).
- Rose, Vivien i David Bailey (red.). *Bellamy & Child: European Union Law of Competition*. Oxford University Press, 2013.
- Rose, Vivien i Peter Roth (red.). *Bellamy & Child: European Community Law of Competition*. Oxford University Press, 2008.
- Rosiak, Przemysław K. „Postępowanie w sprawach antymonopolowych.” W *Konkurencja*, Zdzisław Brodecki (red.). Warszawa: 2004.
- Rott-Pierzyk, Ewa. *Umowa agencyjna po nowelizacji. Komentarz do art. 758-764(9) Kc*. baza LEX.
- Rubinstein, Gregg A. „Are Franchisees Independent Contractors? Not Everyone Agrees.” *Franchising W.M.*, 2008.
- Rubinfeld, Daniel. „Market Definition with Differentiated Products: The Post/Nabisco Cereal Merger.” *Antitrust L.J.* 163 (2000).
- Sachajko, Marek. „Istota i charakterystyka antymonopolowych kar pieniężnych.” *RPEiS* 1 (2002).
- Schmalensee, Richard i Robert Willig. *Handbook of Industrial Organization*. North Holland, 1989.
- Sedlacek, Tomas. *Ekonomia dobra i zła*. Warszawa: Wydawnictwo Studio Emka, 2012.
- Semiński, Piotr. „Kto posiada pozycję dominującą w Internecie? Uwagi o usługach internetowych i naturze reklamy na tle polskiego i europejskiego prawa konkurencji.” *iKAR* 5 (2013).
- Semiński, Piotr. „Polskie zmnwy przetargowe – krytyka.” *iKAR* 1 (2013).
- Semiński, Piotr. „Responsibility of States and International Organizations Under the European and the US Competition Law. OPEC – the Exemplary Case.” W *Responsibility in International Law*, Szymon Zaręba (red.). University of Warsaw, 2011.
- Semiński, Piotr. *Wina i strona podmiotowa w prawie konkurencji*. Katedra Prawa Własności Intelktualnej Uniwersytetu Jagiellońskiego, WoltersKluwer 2012.
- Shopenhauer, Arthur. *O podstawie moralności*. Kraków: Wydawnictwo Zielona Sowa, 2004.
- Skoczny, Tadeusz (red.). *Uokk. Komentarz*. Warszawa: C. H. Beck, 2009.
- Sójka-Zielińska, Katarzyna. *Historia prawa*. Warszawa: LexisNexis, 2004.
- Sprawozdanie z 5 Warsztatu CARS. Zastosowanie zakazu porozumień ograniczających konkurencję do umów agencyjnych w świetle rozporządzenia Rady Ministrów z 30 marca 2011 r. 20 czerwca 2013 r.*, Wydział Zarządzania UW. *iKAR* 5 (2013).
- Stankiewicz, Rafał. „Joint ventures w prawie antymonopolowym.” *PPH* 8 (2007).

- Stawicki, Aleksander i Edward Stawicki (red.). *Komentarz do uokk*. WoltersKluwer, 2011.
- Stelmach, Jerzy. „Argument teleologiczny.” W *Kodeks argumentacyjny dla prawników*, Jerzy Stelmach. Zakamycze, 2003.
- Stelmach, Jerzy, Bartosz Brożek i Wojciech Załuski. *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*. Warszawa, 2007.
- Stelmach, Jerzy. „Spór o ekonomiczną analizę prawa.” W *Analiza ekonomiczna w zastosowaniach prawniczych*, Jerzy Stelmach i Marta Soniewicka (red.). Warszawa: WoltersKluwer, 2007.
- Stelmach, Jerzy. *Teoria Prawa*. Kraków: Uniwersytet Jagielloński, 1998.
- Stępkowski, Łukasz. „Pojęcie przedsiębiorstwa a rozporządzenie Komisji (UE) nr 1407/2013 i pomoc de minimis.” *iKAR* 1 (2014).
- Stoczkiewicz, Marcin. *Pomoc państwa dla przedsiębiorstw energetycznych w prawie Unii Europejskiej*. baza LEX.
- Strasser, Kurt A. „Piercing the Veil in Corporate Groups.” *Conn. L. Rev.* 637 (2004-2005).
- Strzyczkowski, Kazimierz. *Prawo publiczne gospodarcze*. Lexis Nexis, 2010.
- Subiotto, Romano i Camille Dautricourt. „The Reform of European Distribution Law.” *World Comp.* 34 (2011).
- Syp, Szymon. „I czym tu się chwalić? Wykryte porozumienia antykonkurencyjne w 2013 r., 04.02.2014 r.” *korporacyjnie.pl*. dostęp: 10.05.2013 r.
- Szanciło, Tomasz. „Porozumienia ograniczające konkurencję.” *PPH* 8 (2006).
- Szot, Patrycja i Adam Zięba. „Umowy dystrybucyjne w przemyśle samochodowym w nowym systemie wyłączeń grupowych.” *iKAR* 3 (2012).
- Szydło, Marek. „Kontrola operacji koncentracyjnych w prawie wspólnotowym. Wybrane zagadnienia prawne.” *St. Eur.* 4 (2005).
- Szydło, Marek. „Kontrola wspólnych przedsiębiorstw (joint ventures) w prawie antymonopolowym.” *Pr. Sp.* 12 (2002).
- Szydło, Marek. „Leeway of Member States in Shaping the Notion of an Undertaking in Competition Law.” *World Comp.* 33 (2010).
- Szydło, Marek. „Łączenie się spółek akcyjnych a regulacja antymonopolowa.” *PPH* 5 (2005).
- Szydło, Marek. *Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji*. Oficyna, 2010.
- Świstak, Rafał. „Konsorcjum w świetle prawa zamówień publicznych – polemika.” *PPH* 3 (2007).
- Targosz, Tomasz. *Nadużycie osobowości prawnej*. Zakamycze, 2004.
- Townley, Christopher. „The Concept of an Undertaking: The Boundaries of the Corporation – A Discussion of Agency, Employees and Subsidiaries.” W *EC Competition Law. A Critical Assessment*. Giuliano Amato i Claus-Dieter Ehlermann (red.). Hart Publishing, 2007.
- Urbanek, Piotr. „Outsourcing w procesie restrukturyzacji przedsiębiorstwa w świetle teorii kosztów transakcyjnych.” *GN* 236 (2011).
- Uwagi Stowarzyszenia Prawa Konkurencji do Projektu założeń projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (wersja z 15.05.2012 r.*

- w zakresie punktu G, Kary pieniężne), 06.06.2012 r. <http://www.spk.com.pl/uploads/pdf/2012-06-06/Stanowisko%20grupy%20roboczej%20przes%C5%82ane%20do%20Urz%C4%99du.pdf>. dostęp: 25.08.2015 r.
- Van Bael Iwo i Jean-Francois Bellis. *Competition Law of the European Community*. Kluwer Law International, 2010.
- van Vormizeele, Philipp V. „The Fault Requirement in European Private Antitrust Litigation and Compliance Programmes as Exculpating or Mitigating Factor.” *G.C.L.R.* 3 (2010).
- Waller, Spencer W. „The Story of Alcoa: the Enduring Questions of Market Power, Conduct, and Remedy in Monopolization Cases.” W *Antitrust Stories*, Eleanor M. Fox i Daniel A. Crane (red.). Foundation Press, 2007.
- Whish, Richard i David Bailey. *Competition Law*. Oxford University Press, 2012.
- Whish, Richard i David Bailey. „Regulation 330/2010: The Commission’s New Block Exemption for Vertical Agreements.” *C.M.L. Rev.* 47 (2010).
- Wieczorek, Łukasz. „Prawne i ekonomiczne aspekty kolektywnej pozycji dominującej w prawie konkurencji.” *PPH* 7 (2011).
- Wieruszewski, Roman. „Rola i znaczenie Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej dla ochrony praw człowieka.” *PS* 2 (2008).
- Williamson, Oliver E. „Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives.” *Admin. Sci. Q.* 36 (1991).
- Williamson, Oliver E. „Delimiting Antitrust.” *Geo. U.L. Rev.* 76 (1987).
- Wils, Wouter. „EU Antitrust Enforcement Powers and Procedural Rights and Guarantees: The Interplay between EU Law, National Law, the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention on Human Rights.” *World Comp.* 34 (2011).
- Wils, Wouter. „The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review, and the European Convention on Human Rights.” *World Comp.* 33 (2010).
- Wils, Wouter. „The Undertaking as Subject of E.C. Competition Law and the Imputation of Infringements to Natural or Legal Persons.” *ELR* 25 (2000).
- Wincenciak, Mirosław. *Sankcje w prawie administracyjnym i procedura ich wymierzania*. Oficyna, 2008.
- Wittrock, Quentin R i Jeremy L. Johnson. „Can Franchisors Control Franchisee Prices?” *Franchise L.J.* 28 (2009).
- Włudyka, Tadeusz. *Polityka gospodarcza*. WoltersKluwer, 2007.
- Zajadło, Jerzy (red.). *Fascynujące ścieżki filozofii prawa*. Warszawa: LexisNexis, 2008.
- Zalega, Tomasz. *Mikroekonomia współczesna*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, 2011.
- Zawłocka-Turno, Agata. „Zmowa przetargowa czy działanie zgodne z prawem? Problemy na styku prawa konkurencji i prawa zamówień publicznych.” *iKAR* 4 (2012).
- Zhang, Angela H. i Mark Jephcott. „To File or not to File: the Treatment of Offshore Joint Venture under the EU and China’s Merger Control Regimes.” *CPI Asia Column* (2011).

-
- Zhang, Angela H. „Toward An Economic Approach to Agency Agreements.”
J. Competition L. & Econ. 9 (2013).
- Ziemiński, Zygmunt. *Logika praktyczna*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 1994.
- Zimmermann, Jan. *Prawo administracyjne*. Warszawa: WoltersKluwer, 2008.
- Zoll, Andrzej (red.). *Kk. Część ogólna. Komentarz*. Warszawa: 2007.
- Zoll, Fryderyk. *Prawo bankowe. Komentarz*. baza LEX.

Dotychczasowe publikacje Programu Wydawniczego CARS
(www.cars.wz.uw.edu.pl/publikacje)

- internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny (iKAR)*, 2015, numery 5–6.
- Marta Michałek, *Right to Defence in EU Competition Law: The Case of Inspections*, Warszawa 2015.
- Rajmund Molski, *Prawne i ekonomiczne aspekty polityki promowania narodowych czempionów*, Warszawa 2015.
- Konrad Stolarski, *Zakaz nadużywania pozycji dominującej na rynkach telekomunikacyjnych w prawie Unii Europejskiej*, Warszawa 2015.
- internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny (iKAR)*, 2015, numery 1–4.
- Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 2015, 8(11).
- Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 2014, 7(10).
- internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny (iKAR)*, 2014, numery 1–9.
- Telecommunications Regulation in Poland*. Edited by Stanisław Piątek, Warsaw 2013.
- Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 2013, 7(9).
- Mateusz Chołodecki, *Kontrola sądowa decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej*, Warszawa 2013.
- Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 2013, 6(8).
- Polish Airports in the European Union – Competitive Challenges, Regulatory Requirements and Development Perspectives*. Edited by Filip Czernicki and Tadeusz Skoczny, Warsaw 2013.
- Agata Jurkowska-Gomułka, *Publiczne i prywatne egzekwowanie zakazów praktyk ograniczających konkurencję*, Warszawa 2013.
- Antoni Bolecki, *Wymiana informacji między konkurentami w ocenie organów konkurencji*, Warszawa 2013.
- internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny (iKAR)*, 2013, numery 1–8.
- Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 2012, 5(7).
- Tadeusz Skoczny, *Zgody szczególne w prawie kontroli koncentracji*, Warszawa 2012.
- Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 2012, 5(6).
- internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny (iKAR)*, 2012, numery 1–6.
- Maciej Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*, Warszawa 2011.
- Ewelina D. Sage, *European Audiovisual Sector: Where business meets society's needs*, Warsaw 2011.
- Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 2011, 4(5).
- Stanisław Piątek, *Sieci szerokopasmowe w polityce telekomunikacyjnej*, Warszawa 2011.
- Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 2011, 4(4).
- Usługi portów lotniczych w Unii Europejskiej i Polsce II – wybrane zagadnienia*. Praca zbiorowa pod red. Filipa Czernickiego i Tadeusza Skoczno, Warszawa 2011.
- Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 2010, 3(3).
- Usługi portów lotniczych w Unii Europejskiej i w Polsce a prawo konkurencji i regulacje lotniskowe*. Praca zbiorowa pod red. Filipa Czernickiego i Tadeusza Skoczno, Warszawa 2010.
- Maciej Bernatt, *Spółeczna odpowiedzialność biznesu. Wymiar konstytucyjny i międzynarodowy*, Warszawa 2009.
- Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 2009, 2(2).
- Sprawa Microsoft – stadium, przypadku. Prawo konkurencji na rynkach nowych technologii*. Pod redakcją Dawida Miąsika, Tadeusz Skoczno, Małgorzaty Surdek, Warszawa 2008.
- Wylączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i w Polsce*. Pod redakcją Agaty Jurkowskiej i Tadeusza Skoczno, Warszawa 2008.
- Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 2008, 1(1).
- Stanisław Piątek, *Regulacja rynków telekomunikacyjnych*, Warszawa 2007.



Piotr Semeniuk

kieruje działem prawnym w centrum analitycznym Polityka Insight. Wcześniej pracował w wiodących międzynarodowych kancelariach w Warszawie oraz w Dyrekcji ds. Konkurencji w Brukseli. Specjalizuje się w prawie antymonopolowym oraz publicznym prawie gospodarczym. Obronił doktorat z prawa konkurencji na Uniwersytecie Jagiellońskim oraz ukończył studia LLM na Uniwersytecie Nowojorskim. Adwokat stanu Nowy Jork.

Z recenzji wydawniczych:

„Książka w bardzo szerokim zakresie analizuje koncepcję [...] jednego organizmu gospodarczego, [...] znaną w piśmiennictwie anglosaskim jako *single economic unit*. [...] Co szczególnie istotne, [...] jest książką „z pazurem”, ma szansę – co wydaje się ważne z punktu widzenia wydawcy – na wywołanie polemik i dyskusji. Autor odważnie formułuje własne opinie i sądy, opierając je na właściwie dobranych i zestawionych racjach. Autor nie waha się polemizować z poglądami przedstawicieli doktryny. Szczególnie cenne wydaje się krytyczne (ale nie bezzasadnie krytyczne) podejście Autora do polskiego orzecznictwa i praktyki decyzyjnej Prezesa UOKiK. Autora cechuje wręcz pewna bezkompromisowość poglądów, którą, szczególnie w przypadku młodych adeptów nauki, poczytuję za zaletę; dodatkowo, uzewnętrznienie tej cechy wydaje się pobudzająco wpływać na intensywność dyskursu naukowego. [...] Według mojej najlepszej wiedzy przedłożona do recenzji książka będzie stanowiła pierwsze tak kompleksowe opracowanie w polskim piśmiennictwie koncepcji jednego organizmu gospodarczego i choćby z tego względu, choć oczywiście przemawiają za tym liczne inne argumenty merytoryczne, jest ona warta publikacji w serii wydawniczej CARS”.

Prof. WSiIZ dr hab. Agata Jurkowska-Gomułka Wyższa Szkoła Informatyki i Zarządzania w Rzeszowie

„Monografia dr. Piotra Semeniuka jest pierwszą w piśmiennictwie polskim, która tak szeroko, rzetelnie i całościowo analizuje możliwość praktycznego zastosowania koncepcji jednego organizmu gospodarczego w prawie konkurencji. [...] stanowi cenne uzupełnienie piśmiennictwa polskiego z zakresu prawa i polityki konkurencji. [...] Jej treść może być interesująca nie tylko dla prawników i ekonomistów zainteresowanych problemami konkurencji, ale również osób z innych dyscyplin, środowisk akademickich oraz przedstawicieli biznes. [...] „Dokonując weryfikacji postawionych hipotez dr Piotr Semeniuk wykazał się szeroką, wszechstronnością i głęboką znajomością zagadnień antymonopolowych, umiejętnie i trafnie wkomponowując w nie doktrynę jednego organizmu gospodarczego. W wyjaśnianiu roli jednolitego organizmu gospodarczego w stosowaniu prawa konkurencji prymat daje jednak kryteriom ekonomicznym. Analiza ekonomiczna prawa antymonopolowego prowadzona przez autora świadczy o jego bogatym warsztacie badawczym i znajomości prawa oraz ekonomii. [...] Z pełnym przekonaniem [...] rekomenduję [...] Piotra Semeniuka do wydania w wersji książkowej przez CARS.

Prof. WSB dr hab. Zbigniew Jurczyk Wyższa Szkoła Bankowa we Wrocławiu