

Unia i fuzja personalna w polskim prawie ochrony konkurencji

Spis treści

- I. Wstęp
- II. Unia a fuzja personalna
- III. Unia i fuzja personalna w uokik z 2000 r.
- IV. Unia i fuzja personalna w uokik z 2007 r.
 1. Przejęcie kontroli i stosunek dominacji w świetle uokik z 2007 r.
 2. Konfiguracja podmiotowa w unii personalnej według uokik z 2007 r.
 3. Moment zgłoszenia zamiaru dokonania fuzji personalnej
- V. Praktyka decyzyjna Prezesa UOKiK w zakresie unii (fuzji) personalnych
 1. Decyzje Prezesa UOKiK z dnia 18 listopada 2008 r., sygn. DKK–89/08 oraz DKK–88/08 (sprawa *Sadrob* i *Exdrob*)
 2. Decyzja Prezesa UOKiK z 22 października 2013 r. nr DKK–132/2013 (sprawa *TERG* oraz *Electro.pl*)
- VI. Podsumowanie

Streszczenie

Pojęcie unii i fuzji personalnej odnosi się do sytuacji, w której określone osoby fizyczne pełnią jednocześnie funkcje w organach dwóch przedsiębiorców. Wskazana instytucja jest uregulowana niejednolicie w różnych systemach prawa ochrony konkurencji. W prawie polskim unia (fuzja) personalna stanowi element definicji „przejęcia kontroli”. Przedmiotem artykułu jest krytyczna analiza obecnych rozwiązań zawartych w uokik z 2007 r., z uwzględnieniem historycznego rozwoju regulacji, a także praktyki jej stosowania. Tezą artykułu jest stwierdzenie, że obecna regulacja unii (fuzji) personalnych jest w dużym stopniu wadliwa i powinna zostać zreformowana.

Słowa kluczowe: unia personalna; fuzja personalna; kontrola koncentracji; grupa kapitałowa

JEL: K21

I. Wstęp

W prawie ochrony konkurencji unia (fuzja) personalna to sytuacja, w której określone osoby fizyczne pełnią jednocześnie funkcje w organach dwóch przedsiębiorców. Wskazana instytucja jest uregulowana niejednolicie w różnych systemach prawa ochrony konkurencji. Przykładowo, amerykańskie prawo antymonopolowe zabrania unii personalnych (*interlocking directorates*)

* Doktorant WPiA UW; aplikant adwokacki; prawnik w zespole prawa konkurencji kancelarii Dentons Europe Oleszczuk sp. k. E-mail: adrianbielecki@gmail.com. Tekst przedstawia osobiste poglądy autora.

pomiędzy konkurentami, przy zastrzeżeniu określonych progów *de minimis*¹. Prawo włoskie przewiduje podobny zakaz, którego zakres jest jednakże ograniczony do sektora finansowego (Falce, 2013, s. 457 i n). Unijne prawo ochrony konkurencji wprost nie reguluje unii personalnych, jednak bywały one przedmiotem zainteresowania Komisji Europejskiej² (Moavero Milanese i Winterstein, 2002, s. 15–18).

Zagadnienie unii (fuzji) personalnej w polskiej ustawie z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. 2007 Nr 50, poz. 331 ze zm.; dalej: uokik z 2007 r.) występuje w ramach definicji przejęcia kontroli. Zgodnie z art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r., przez przejęcie kontroli „rozumie się (...) 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; uprawnienia takie tworzą w szczególności: (...) członkowie jego zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego)”. Cytowany przepis budzi wiele wątpliwości, odnoszących się zarówno do jego interpretacji, jak i do samego sensu istnienia.

Niniejszy artykuł ma na celu krytyczną analizę obecnej regulacji unii (fuzji) personalnej w polskim prawie konkurencji. Przede wszystkim należy podkreślić, że wskazany przepis w sposób wadliwy pod względem językowym i merytorycznym formułuje definicję przejęcia kontroli. Co do zasady, unia (fuzja) personalna w kształcie uregulowanym w art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r. może być skutkiem bądź zewnętrzną oznaką przejęcia kontroli, a nie jego przyczyną. W związku z tym, *de lege ferenda* art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r. powinien zostać wykreślony. Niezależnie od powyższego, *de lege lata* art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r. jest elementem prawa powszechnie obowiązującego, musi zatem być stosowany zarówno przez przedsiębiorców, jak i przez organ ochrony konkurencji. W konsekwencji, jednym z celów niniejszego artykułu jest także próba interpretacji omawianego przepisu w obecnym brzmieniu.

Punktem wyjścia rozważań są uwagi terminologiczne. Dalej nastąpi opis instytucji unii i fuzji personalnej w ustawie z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konsumentów i konkurencji (Dz.U. 2000 Nr 122, poz. 1319; dalej: uokik z 2000 r.). Następnie omówiona zostanie problematyka unii i fuzji personalnej na gruncie uokik z 2007 r. oraz dokonana analiza praktyki stosowania przepisów przez organ antymonopolowy, a następnie przedstawione zostanie podsumowanie.

II. Unia a fuzja personalna

Doktryna polskiego prawa ochrony konkurencji dotychczas niewiele uwagi poświęcała pojęciom unii i fuzji personalnej (fuzji faktycznej). Pomimo że wskazane pojęcia są pokrewne, z perspektywy poprawności terminologicznej zasadne wydaje się ich rozróżnienie. Wskazany podział jest konsekwencją podziału na posiadanie oraz przejęcie kontroli. Zgodnie z proponowaną terminologią, unia personalna to stan posiadania kontroli (ujęcie statyczne), podczas gdy fuzja personalna to proces przejęcia kontroli (ujęcie dynamiczne). Obydwa pojęcia stanowią inne podejście do instytucji kontroli sprawowanej za pomocą władztwa personalnego w prawie konkurencji³. Pomimo

¹ Section 8 of the Clayton Antitrust Act of 1914 (Pub.L. 63–212, 38 Stat. 730); zob. American Bar Association (2011).

² Decyzja Komisji Europejskiej z 26.06.2002 r. w sprawie nr COMP/M.2650 – *Haniel/Cementbouw/JV* (CVK), pkt 27.

³ Pojęcia „władztwa personalnego” używa K. Kohutek (Kohutek i Sieradzka, 2014, s. 152).

określonego sformułowania art. 4 pkt 4 oraz art. 13 ust. 2 pkt 2 uokik z 2007 r. wskazującego na dynamiczny aspekt tego pojęcia, z perspektywy systemu kontroli koncentracji, jak i szerzej – prawa ochrony konkurencji, równie istotne jest ujęcie statyczne obejmujące strukturę podmiotową rynku po dokonaniu koncentracji.

Prezes UOKiK, co do zasady, nie ocenia zgodności z prawem konkurencji samej transakcji (przejęcia kontroli), ale skupia się raczej na wynikającym z transakcji stanie posiadania kontroli i związanej z tym zmianie struktury rynku⁴. Stosownie do art. 18 uokik z 2007 r., Prezes UOKiK wydaje zgodę na dokonanie koncentracji, w wyniku której konkurencja na rynku nie zostanie istotnie ograniczona, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku. W świetle przywołanego przepisu kluczowy jest „wynik” koncentracji, czyli stan będący jej efektem. Podobnie, punkt 6 preambuły rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. UE L/24 z 29.01.2004 r.; dalej: rozporządzenie 139/2004) wskazuje, że kontrola koncentracji na poziomie unijnym dokonywana jest z punktu widzenia ich wpływu na strukturę konkurencji we Wspólnocie.

Należy również wskazać, że ustalenie istnienia stosunku dominacji (kontroli) może mieć szersze implikacje aniżeli procedura kontroli koncentracji. Pojęcie kontroli w prawie ochrony konkurencji jest elementem definicji pojęcia grupy kapitałowej. Zgodnie z art. 4 pkt 4 uokik z 2007 r. przez grupę kapitałową rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Z kolei pojęcie grupy kapitałowej może mieć znaczenie choćby z perspektywy zasięgu oddziaływania zakazu antykonkurencyjnych porozumień z art. 6 uokik (Zawłocka-Turno, 2012, s. 51–52 oraz tam powołana literatura). W związku z tym prawidłowa wykładnia przepisów regulujących instytucję przejęcia kontroli jest niezwykle istotna.

III. Unia i fuzja personalna w uokik z 2000 r.

W uokik z 2000 r. instytucja unii personalnej pełniła dwojaką funkcję. Po pierwsze, była elementem definicji przedsiębiorcy dominującego opisanym w art. 4 pkt 3 lit. c) uokik z 2000 r. Po drugie, podlegała reżimowi kontroli koncentracji jako specyficzny typ koncentracji wskazany w art. 12 ust. 3 pkt 2 uokik z 2000 r. (obok innych tzw. parakoncentracji, w tym nabycia określonego mniejszościowego pakietu udziałów lub akcji). Obydwa przepisy pełniły inne funkcje, a także dotyczyły nieco odmiennych typów unii (fuzji) personalnych.

Art. 4 pkt 3 uokik z 2000 r. definiował przedsiębiorcę dominującego poprzez wskazanie katalogu przypadków, w których występuje relacja dominant – podmiot zależny. Jednakże, w odróżnieniu od obecnie obowiązującej ustawy, w uokik z 2000 r. wywieranie decydującego wpływu na przedsiębiorcę nie odgrywało roli korygującej wobec wskazanego katalogu, lecz stanowiło jeden z jego elementów. Zgodnie z art. 4 pkt 3 lit. e) uokik z 2000 r. przedsiębiorca dominujący to przedsiębiorca, który wywiera decydujący wpływ na działalność innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), w szczególności na podstawie umowy przewidującej zarządzanie innym przedsiębiorcą (przedsiębiorcą zależnym) lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę. Innym, równoważnym elementem tego katalogu była unia personalna. Stosownie do art. 4 pkt 3 lit. c) uokik z 2000 r., pojęcie „przedsiębiorcy dominującego” odnosiło się bowiem także do

⁴ Wyjątkiem na gruncie prawa UE może być doktryna ograniczeń dodatkowych lub akcesoryjnych (*ancillary restraints*).

sytuacji, gdy więcej niż połowa członków zarządu przedsiębiorcy była jednocześnie członkami zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego).

Pojęciem „przedsiębiorcy dominującego” ustawodawca posługiwał się w art. 14 uokik z 2000 r., który stanowił, iż dokonanie koncentracji przez przedsiębiorcę zależnego uważało się za jej dokonanie przez przedsiębiorcę dominującego. Ponadto, zgodnie z art. 94 ust. 3 uokik z 2000 r., w przypadku gdy koncentracji dokonywał przedsiębiorca dominujący za pośrednictwem co najmniej dwóch przedsiębiorców zależnych, zgłoszenia zamiaru tej koncentracji powinien był dokonywać przedsiębiorca dominujący.

Jednocześnie, w uokik z 2000 r., ustawodawca odrębnie zdefiniował pojęcia „przejęcia kontroli”⁵ i „grupy kapitałowej”⁶, co mogło rodzić problemy ze stosowaniem tamtej ustawy. Kształt przepisów wywoływał choćby niepewność co do znaczenia pojęcia przedsiębiorcy dominującego z perspektywy ustalenia zasięgu grupy kapitałowej⁷. Podobnie, analiza stanu faktycznego przejęcia kontroli musiała być dokonywana w oparciu o łączne rozpatrzenie definicji przejęcia kontroli oraz przedsiębiorcy dominującego (Skoczny i in., 2014, s. 115). W związku z tymi problemami, postulowano wykreślenie z uokik z 2000 r. definicji pojęcia „przedsiębiorcy dominującego”⁸.

Ponadto, uokik z 2000 r. przewidywała również obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji polegającej na dokonaniu określonego rodzaju fuzji personalnej. Zgodnie z art. 12 ust. 3 pkt 2 uokik z 2000 r., obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji dotyczył również objęcia przez tę samą osobę funkcji członka organu zarządzającego albo organu kontrolnego u konkurujących ze sobą przedsiębiorców. W doktrynie wskazano, że jest to przykład tzw. parakoncentracji (Modzelewska-Wąchal, 2002, s. 138; podział na koncentracje i parakoncentracje został jednak poddany krytyce w: Skoczny i in., 2014, s. 594).

Obowiązkowi zgłoszenia na podstawie art. 12 ust. 3 pkt 2 uokik z 2000 r. podlegał zamiar dokonania fuzji personalnej jedynie pomiędzy konkurentami. Ponadto, wskazany przepis dotyczył fuzji personalnych odnoszących się nie tylko do członków zarządu i rady nadzorczej, lecz także szerzej do członków organu zarządzającego lub kontrolnego. Dodatkowo, obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji na podstawie art. 12 ust. 3 pkt 2 uokik z 2000 r. nie był uzależniony od spełnienia dodatkowych przesłanek, np. proporcji osób będących zaangażowanych w unię personalną tak, jak to miało miejsce w art. 4 pkt 3 uokik z 2000 r.

Wskazane rozwiązania ustawowe odnoszące się do unii (fuzji) personalnej były przedmiotem krytyki (Janusz, Sachajko i Skoczny, 2001, s. 193; Sołtysiński i Kanton, 2010, s. 199). W konsekwencji, w trakcie przygotowywania uokik z 2007 r. zrezygnowano z zawarcia w ustawie obowiązku zgłaszania fuzji personalnej mającej charakter parakoncentracji. Wskazuje się, że takie działanie było elementem ogólnego trendu ograniczającego katalog koncentracji podlegających zgłoszeniu do Prezesa UOKiK (Szwaj, 2010, s. 234–235).

⁵ Stosownie do art. 4 pkt 13 uokik z 2000 r., ilekroć w ustawie była mowa o „przejęciu kontroli – rozumie się przez to wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na określonego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców; uprawnienia takie tworzą w szczególności: a) prawo do całego albo do części mienia przedsiębiorcy, b) prawa lub umowy przynajmniej decydujący wpływ na skład, wynik głosowania lub decyzje organów przedsiębiorcy”.

⁶ Zgodnie z art. 4 pkt 14 uokik z 2000 r. definiującym grupę kapitałową – „rozumie się przez to wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę”.

⁷ Podsumowanie prac Grupy roboczej Stowarzyszenia Prawa Konkurencji d/s zmian w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów z dn. 15 grudnia 2000 r., z późn. zmianami oraz w niektórych aktach wykonawczych do ustawy, Warszawa, dn. 17 marca 2006 r.

⁸ Ibidem.

IV. Unia i fuzja personalna w uokik z 2007 r.

1. Przejęcie kontroli i stosunek dominacji w świetle uokik z 2007 r.

Uokik z 2007 r. wprost reguluje jedynie zagadnienie fuzji personalnej, a więc władztwa personalnego w ujęciu dynamicznym. Fuzja personalna jest uregulowana w art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r. jako przykład wystąpienia szerszej instytucji przejęcia kontroli.

Przejęcie kontroli jest zdefiniowane w art. 4 pkt 4 uokik z 2007 r. Wskazana definicja składa się z części ogólnej oraz katalogu sytuacji, w których według ustawodawcy szczególnie może dojść do przejęcia kontroli. Najbardziej istotny element stanowi pierwsza część wskazanego przepisu, definiująca przejęcie kontroli jako „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”. Istotą przejęcia kontroli w myśl cytowanej regulacji jest „wywieranie decydującego wpływu”. W tym kontekście należy zauważyć, że nie ogranicza się jedynie do jego rzeczywistego wywierania, lecz obejmuje również uzyskanie realnej możliwości jego wywierania⁹ (Kohutek i Sieradzka, 2014, s. 144; Banasiński i Piontek, 2009, s. 77).

Ważnym problemem jest zakres przedmiotowy decyzji organizacyjnych, jakich dotyczyć powinno wywieranie decydującego wpływu. W polskiej doktrynie prawa konkurencji można wyróżnić w tej materii dwie grupy stanowisk. Zgodnie z pierwszym z nich, możliwość wywierania decydującego wpływu należy rozumieć szeroko jako odnoszącą się do wszelkich istotnych aspektów funkcjonowania przedsiębiorcy, zarówno wewnętrznych, takich jak organizacja przedsiębiorcy, jak i zewnętrznych, tj. działalności przedsiębiorstwa na rynku, w tym podejmowania decyzji operacyjnych i strategicznych (Modzelewska-Wąchal, 2002, s. 41; Kohutek i Sieradzka, 2014, s. 144). Wymienia się w tym kontekście uchwały w przedmiocie prowadzenia działalności gospodarczej przedsiębiorcy oraz ustalanie polityki przedsiębiorstwa (Kohutek i Sieradzka, 2014, s. 144). Stosownie do drugiego poglądu, wywieranie decydującego wpływu powinno odnosić się do spraw najważniejszych, rozstrzygających o funkcjonowaniu i rozwoju kontrolowanego przedsiębiorcy (Stawicki i Stawicki, 2011, s. 104). Biorąc pod uwagę wskazane stanowiska, wydaje się, że wystarczająca jest możliwość podejmowania najważniejszych decyzji o charakterze strategicznym. Decyzje dotyczące bieżącej działalności, dokonywane na poziomie operacyjnym są istotne z perspektywy krótkoterminowej. W perspektywie długoterminowej możliwość podejmowania decyzji strategicznych warunkuje również kształt późniejszych decyzji operacyjnych. W tym kontekście, kluczowy jest decydujący głos w podejmowaniu właśnie decyzji strategicznych.

Należy jednak zwrócić uwagę, że mechanizm kontroli koncentracji jest elementem szerszego systemu prawa ochrony konkurencji. W związku z tym, pojęcie wywierania decydującego wpływu powinno być rozpatrywane w kontekście całości tego systemu, a zatem powinno odnosić się do decyzji, które mogłyby stanowić praktyki ograniczające konkurencję. Jeśli podmiot A jest w stanie spowodować, że podmiot B dopuści się zachowania będącego praktyką ograniczającą konkurencję, to można uznać, że wywiera na ten podmiot decydujący wpływ w rozumieniu prawa antymonopolowego.

⁹ Wyr. Sądu Pierwszej Instancji UE z dnia 23 lutego 2006 r. w sprawie *Cementbouw* przeciwko *Komisji*, sygn. T-282/02, pkt 58.

Zgodnie z brzmieniem ustawy, decydujący wpływ może być wywierany poprzez wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień. Stosownie do art. 4 ust. 4 lit. c uokik z 2007 r. uprawnienia takie występuje w szczególności, gdy członkowie zarządu lub rady nadzorczej przedsiębiorcy stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego).

Biorąc pod uwagę brzmienie art. 4 pkt 4 lit. a)-f) uokik z 2007 r., należy zauważyć, że *de facto* nie wszystkie formy wywierania decydującego wpływu mają charakter „uprawnień”. Zgodnie ze słownikową definicją przez uprawnienie należy rozumieć „prawo do czegoś przysługujące lub nadane komuś”¹⁰. Pojęcie „uprawnienia” jest czasem zastępowane pojęciem „prawa podmiotowego” (Stawecki i Winczorek, 2003, s. 78). Zgodnie z definicją zaproponowaną przez A. Woltera prawem podmiotowym jest wynikająca ze stosunku prawnego sfera możliwości postępowania w określony sposób, przyznana przez normę prawną w celu ochrony interesów podmiotu uprawnionego i przez normę prawną zabezpieczona (Wolter, Ignatowicz i Stefaniuk, 2001, s. 128). W tym kontekście, forma określona w art. 4 pkt 4 lit. c) uokik 2007 r., odnosząca się do fuzji personalnej, nie ma charakteru uprawnienia w sensie technicznoprawnym, a jest to jedynie pewien stan faktyczny¹¹.

Jednakże, ustawodawca we wstępie do katalogu z art. 4 pkt 4 lit. a)-f) uokik z 2007 r., słusznie posługuje się terminem „uprawnienia” w kontekście przejęcia (istnienia) kontroli. Zgodnie z przytoczonymi definicjami uprawnienie jest środkiem ochrony pewnej sfery możliwości postępowania przysługującej konkretnemu podmiotowi. Podmiot uprawniony może w granicach prawa korzystać dowolnie z przysługującego mu uprawnienia i poprzez to korzystanie wywierać decydujący wpływ na przedsiębiorcę zależnego. Z kolei unia personalna opisana w art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r. nie ma takiego charakteru, ponieważ ani relacja wynikająca z określonej unii personalnej, ani tym bardziej członek zarządu „nie przysługuje” potencjalnemu przedsiębiorcy dominującemu. Unia personalna sama w sobie nie jest narzędziem służącym do wywierania decydującego wpływu, lecz może mu jedynie towarzyszyć.

Ponadto, uprawnienie zabezpiecza sferę możliwości postępowania określonego podmiotu. Jednocześnie, obecne sformułowanie przesłanek unii personalnej powoduje możliwość krzyżowego wystąpienia stosunku dominacji i zależności w przypadku, gdy ponad połowa członków zarządu jednego przedsiębiorcy stanowi jednocześnie ponad połowę składu zarządu drugiego przedsiębiorcy. W takiej sytuacji może wystąpić trudność w określeniu, która spółka wywiera decydujący wpływ na działalność drugiej spółki. W doktrynie wyrażono pogląd, iż w takich przypadkach może zajść tzw. podwójna dominacja, co oznacza, że obydwie spółki są wobec siebie wzajemnie dominujące i zależne. Pogląd o występowaniu podwójnej dominacji na gruncie uokik z 2000 r. wyrażała E. Modzelewska-Wąchal (2002, s. 41). Na gruncie uokik z 2007 r. podobny pogląd wyraził E. Stawicki (Stawicki i Stawicki, 2011, s. 113). Zdaniem tego autora przy ocenie, który z przedsiębiorców jest dominujący zasadne byłoby posługiwanie się kryteriami określonymi w art. 4 § 3–5 ustawy z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. 2000 Nr 94, poz. 1037; dalej: ksh). Stanowisko o występowaniu podwójnej dominacji przyjmuje również M. Będkowski-Kozioł (Skoczny i in., 2014, s. 121).

¹⁰ Słownik Języka Polskiego PWN. Pozyskano z: <http://sjp.pwn.pl/szukaj/uprawnienie.html> (21.11.2016).

¹¹ Na marginesie należy zauważyć, że wskazany przepis zawiera błąd językowy („uprawnienie tworzą (...) członkowie zarządu”), na co w doktrynie zwrócił uwagę K. Kohutek (Kohutek i Sieradzka, 2014, s. 153).

Wydaje się, że pojęcie „podwójnej dominacji” jest sprzeczne z istotą terminu dominacja. Według Słownika Języka Polskiego dominacja oznacza „przewagę nad osobą, grupą ludzi lub państwem, umożliwiającą decydowanie o nich według swej woli” lub też „przewagę ilościową, jakościową lub znaczeniową jednej rzeczy nad inną”¹². Z istoty przewagi wynika stwierdzenie, że dwie strony nie mogą mieć wobec siebie wzajemnie przewagi w tej samej sferze. Wprawdzie istnieje możliwość wystąpienia przewagi krzyżowej, ale występuje ona tylko w sytuacji, gdy każda ze stron ma przewagę na innym polu. Brzmienie przepisów pozwalające na wystąpienie dominacji krzyżowej jest wadliwością ustawy. W związku z powyższym, *de lege ferenda*, należy postulować wykreślenie art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r. stanowiącego, iż unia personalna prowadzi do wywierania decydującego wpływu.

Z kolei *de lege lata*, co do zasady należy dążyć do określenia jednego z przedsiębiorców jako dominującego. W praktyce mogą się jednak zdarzyć wypadki, w których obydwa podmioty połączone unią personalną „wywierają” taki sam wpływ na siebie nawzajem. W takiej sytuacji, wydaje się, że przedsiębiorcy nie są wobec siebie dominującymi lub zależnymi, lecz występuje między nimi specyficzna relacja współzależności¹³.

Kluczową kwestią dla oceny ewentualnego wystąpienia „przejęcia kontroli” jest ustalenie charakteru katalogu wyrażonego w art. 4 pkt 4 lit. a)–f) uokik z 2007 r. Należy zgodzić się z poglądem K. Kohutka, że wyliczenie to ma wyłącznie charakter przykładowy oraz pomocniczy w zakresie ustalania czy w danym przypadku doszło do uzyskania możliwości wywierania decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę (Kohutek i Sieradzka, 2014, s. 143). Zdaniem A. Piszcz katalog z art. 4 pkt 4 uokik z 2007 r. stanowi w praktyce swego rodzaju check-listę z pytaniami skierowanymi do przedsiębiorcy – w przypadku pozytywnej odpowiedzi na którekolwiek z sześciu pytań sformułowanych na podstawie wskazanego katalogu, należy przejść do oceny czy występujące uprawnienie jest wystarczające do wywierania decydującego wpływu (Piszcz, 2013, s. 50). Następnie należy ustalić czy nie istnieją inne uprawnienia umożliwiające wywieranie decydującego wpływu (Piszcz, 2013, s. 50).

Poprzedzenie wyliczenia z art. 4 pkt 4 lit. a)–f) uokik z 2007 r. zwrotem „w szczególności” oznacza zatem, że ustawodawca zakłada istnienie innych, nienazwanych przypadków wywierania decydującego wpływu na przedsiębiorcę. Przykładowo można wskazać silną ekonomiczną zależność wynikającą z umowy kluczowej do prowadzenia działalności danego przedsiębiorcy. Jednakże użycie zwrotu „w szczególności” rodzić może pewne wątpliwości. Zgodnie z § 153 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz.U. z dnia 5 lipca 2002 r.), jeżeli nie jest możliwe sformułowanie definicji zakresowej (wyliczającej elementy składowe zakresu) w jednym przepisie prawnym i objęcie nią całego zakresu definiowanego pojęcia można objaśnić znaczenie danego określenia przez przykładowe wyliczenie jego zakresu, wyraźnie wskazując przykładowy charakter wyliczenia przez posłużenie się zwrotami: „w szczególności” albo „zwłaszcza”. Tak rozumiany zwrot „w szczególności” mógłby sugerować, że spełnienie jakiegokolwiek przesłanki z art. 4 pkt 4 lit. a)–f) uokik z 2007 r. warunkuje bezwzględnie zaistnienie przejęcia kontroli. Jednocześnie, nie zawsze wystąpienie jednej z sytuacji, o których mowa w art. 4 pkt 4 lit. a)–f) uokik z 2007 r. powoduje, że zachodzi możliwość

¹² Słownik Języka Polskiego PWN. Pozyskano z: <http://sjp.pwn.pl/szukaj/dominacja.html> (21.11.2016).

¹³ Zaistnienie tego typu relacji nie wyklucza uznania współzależnych podmiotów za jeden organizm gospodarczy. Szerzej na temat jednego organizmu gospodarczego zob. Semeniuk, 2015.

wywierania decydującego wpływu prowadzącego do przejęcia kontroli. Pojęcie wywierania decydującego wpływu jako element definicji przejęcia kontroli musi być interpretowane nierozłącznie z pojęciem uprawnień. W związku z tym, do uznania przejęcia kontroli istotna jest całościowa ocena sytuacji danego przedsiębiorcy, a nie mechaniczne ustalenie zaistnienia przejęcia kontroli w przypadku wystąpienia któregośkolwiek z uprawnień wskazanych w art. 4 pkt 4 lit. a)–f) uokik z 2007 r. Przesłanka wywierania decydującego wpływu odgrywa w tym wypadku rolę korygującą wobec katalogu uprawnień zawartego w omawianym przepisie (Piszcz, 2013, s. 50).

Ustawa wskazuje również, że uprawnienia mogą osobno albo łącznie pozwalać na wywieranie decydującego wpływu. W praktyce bardzo często dochodzi do kumulacji tych uprawnień. Jednakże, przy zaistnieniu innych okoliczności zapewniających możliwość wywierania decydującego wpływu wystarczające może być uzyskanie jednego uprawnienia wyliczonego w katalogu z art. 4 pkt 4 lit. a)–f) uokik z 2007 r., a nawet brak żadnego ze wskazanym tam uprawnień. Zwrot „w szczególności” wskazuje, że uprawnienia niewskazane w katalogu z art. 4 pkt 4 lit. a)–f) uokik z 2007 r. również mogą wpływać na ocenę przejęcia kontroli nad przedsiębiorcą.

Przepis art. 4 pkt 4 lit. a)–f) uokik z 2007 r. nie dokonuje hierarchizacji uprawnień wskazujących na przejęcie kontroli. Niektóre przypadki cechują się większym prawdopodobieństwem umożliwienia wywierania decydującego wpływu niż inne. W kontekście prowadzonych rozważań, szczególnie interesujący przypadek może wystąpić, gdy następuje kolizja pomiędzy powiązaniem kapitałowymi oraz wynikającymi z nich uprawnieniami do głosowania a powiązaniem personalnymi.

Niektórzy komentatorzy wskazują, że dominacja w formie unii personalnej może zaistnieć bez posiadania większości kapitałowej w przedsiębiorcy zależnym (Skoczny i in. 2014, s. 121) lub nawet bez posiadania jakiegokolwiek udziału kapitałowego (Kohutek i Sieradzka, 2014, s. 152). Należy przychylić się do drugiego z tych poglądów. Nie można wykluczyć sytuacji, w której np. silna zależność ekonomiczna decydowałaby faktycznie o posiadaniu decydującego wpływu na działalność przedsiębiorcy zależnego przy jednoczesnym występowaniu unii personalnej. Jednakże same powiązania personalne mogą być jedynie skutkiem lub zewnętrzną oznaką przejęcia kontroli. W tym kontekście K. Kohutek słusznie zwraca uwagę, że unia personalna jest „rozpoznawalnym” na zewnątrz powiązaniem pomiędzy przedsiębiorcami (Kohutek i Sieradzka, 2014, s. 144). Nie oznacza to jednak, jak wydaje się sugerować autor, że unia personalna automatycznie umożliwia choćby potencjalne wywieranie decydującego wpływu (Kohutek i Sieradzka, 2014, s. 144).

Jednocześnie, sytuacja, w której przedsiębiorca dominujący pozbawiony jest udziału kapitałowego w przedsiębiorcy zależnym jest w praktyce raczej przypadkiem wyjątkowym. Jako zasadę należy bowiem przyjąć prymat powiązań kapitałowych i wynikających z nich uprawnień do głosowania. Ekonomicznymi właścicielami spółki są ich udziałowcy i co do zasady to oni wpływają na kluczowe decyzje dotyczące działalności przedsiębiorcy (Sołtyński i in., 2015, s. 499).

Przy ocenie kolidujących ze sobą „uprawnień” można pomocniczo korzystać z reguł wykładni ustalonych w art. 4 § 3–5 ksh. Ogólny przepis z art. 4 § 1 pkt 4 ksh, definiujący pojęcie spółki dominującej, zawiera katalog podobny do katalogu z art. 4 pkt 4 uokik z 2007 r., z tą zasadniczą różnicą, że pojęcie „decydującego wpływu” nie pełni funkcji korygującej wobec uprawnień zawartych w katalogu, lecz jest samodzielnym elementem tego katalogu. Jest to regulacja podobna do tej z uokik z 2000 r. Jak zauważono, art. 4 § 3–5 ksh wskazują pewne reguły interpretacyjne odnoszące się do kolizji uprawnień z ogólnego katalogu z art. 4 § 1 pkt 4 ksh. Stosownie do

art. 4 § 3 ksh pierwszeństwo należy przyznać większemu procentowi głosów na zgromadzeniu wspólników lub na walnym zgromadzeniu. W przypadku równej liczby głosów, za spółkę dominującą uważa się spółkę, która wywiera wpływ na spółkę zależną również poprzez inne powiązanie z katalogu z art. 4 § 1 pkt 4 ksh. W dalszej kolejności, stosownie do art. 4 § 4 ksh należy uznać, że o dominacji decyduje większa liczba powiązań ze wskazanego katalogu. Jeśli na podstawie powyższych reguł wciąż nie można ustalić, która ze spółek jest spółką dominującą, obie spółki są wzajemnie dominującymi i zależnymi.

Co do zasady, przepisy prawa spółek przyjmują prymat powiązań kapitałowych, co dobitnie pokazuje wskazany art. 4 § 3 ksh. Jak zostało podniesione powyżej, wydaje się, że podobna reguła może funkcjonować przy wykładni art. 4 pkt 4 uokik z 2007 r. Podobnie art. 4 § 5 ksh, wskazujący, że w wyjątkowych sytuacjach należy uznać pewną fikcję wzajemnej dominacji, może znaleźć zastosowanie w prawie ochrony konkurencji. Jednakże, w przypadku uokik z 2007 r. niezasadne wydaje się stosowanie reguły wyrażonej w art. 4 § 4 ksh. Nie zawsze większa ilość powiązań powinna decydować o możliwości wywierania decydującego wpływu. W okolicznościach konkretnej sprawy, uprawnienie do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego) może mieć większą wagę aniżeli unia personalna połączona np. z umową o przekazywanie części zysku.

W kontekście uprawnień wymienionych w katalogu z art. 4 pkt 4 uokik z 2007 r., E. Stawicki wyraził pogląd, zgodnie z którym uprawnienie z art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r. dubluje uprawnienie wskazane w art. 4 pkt 4 lit. b) uokik z 2007 r. (Stawicki i Stawicki, 2011, s. 112). W tym miejscu należy zauważyć, że wskazane przepisy mają nieco odmienny zakres zastosowania. Art. 4 pkt 4 lit. b) uokik z 2007 r. dotyczy uprawnienia do powoływania określonych osób jako członków organu przedsiębiorcy, podczas gdy art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r. dotyczy sytuacji faktycznej mogącej być efektem skorzystania z uprawnienia, o którym mowa w art. 4 pkt 4 lit. b) uokik z 2007 r., albo wynikającą z innych okoliczności pozostających poza zakresem art. 4 pkt 4 lit. b) uokik z 2007 r. Jednakże, powyższy pogląd jest słuszny o tyle, o ile zgłoszenie zamiaru koncentracji, polegającego na przejęciu kontroli w sposób opisany w art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r., jest w zasadzie możliwe jedynie w przypadku wcześniejszego wystąpienia sytuacji opisanej w art. 4 pkt 4 lit. b) uokik z 2007 r.

W doktrynie prezentowany jest także pogląd, zgodnie z którym do zaistnienia unii personalnej konieczne jest wystąpienie stosunku konkurencyjnego pomiędzy przedsiębiorcami (Karasiewicz, Stankiewicz i Wierzbowski, 2014, s. 1060). Powyższy pogląd był słuszny w świetle uokik z 2000 r., jednak w świetle uokik z 2007 r. utracił aktualność, ponieważ ani art. 13 ust. 2 pkt 2, ani art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r. nie zawierają jakiegokolwiek odniesienia do stosunku konkurencyjnego pomiędzy uczestnikami koncentracji polegającej na przejęciu kontroli nad przedsiębiorcą.

2. Konfiguracja podmiotowa w unii personalnej według uokik z 2007 r.

Unia personalna występuje w sytuacji, gdy określone osoby fizyczne są członkami organów różnych podmiotów. Jednakże, art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r. dotyczy jedynie unii personalnej z określoną konfiguracją podmiotową, a współwystępujący członek organu (*interlocking director*) musi pełnić określoną funkcję w świetle art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r. Brzmienie przepisu art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r. wskazuje na to, że przy ocenie przejęcia kontroli należy brać pod uwagę

członków zarządu lub rady nadzorczej potencjalnej spółki dominującej oraz członków zarządu potencjalnej spółki zależnej.

W odniesieniu do spółki dominującej istotne jest „pochodzenie” osób, które poprzez pełnienie określonych funkcji w spółce zależnej są „środkiem” kontroli nad tą spółką. W odróżnieniu od poprzednio obowiązującej uokik z 2000 r., prawodawca przyjął, że nie ma znaczenia czy osoby pełniące funkcje w organach spółek zależnych stanowią większość w spółkach dominujących. Kluczowe jest uznanie, że stanowią oni większość w spółce zależnej. W praktyce unia personalna może wystąpić w dwóch typach konfiguracji podmiotowych. Po pierwsze, współwystępujący członek organu może być członkiem zarządu spółki dominującej i zależnej. Po drugie, członek rady nadzorczej spółki dominującej może być członkiem zarządu spółki zależnej. W każdym z tych wypadków, współwystępujący członkowie organów muszą jednak stanowić większość w organach spółki zależnej.

Art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r. przewiduje, że współwystępujący członkowie organów przedsiębiorcy powinni pełnić w spółce dominującej funkcję członka zarządu lub rady nadzorczej. Taka regulacja w zamyśle ustawodawcy ma zapewnić powiązania pomiędzy tą osobą a przedsiębiorcą w takim stopniu, aby mógł posłużyć spółce jako „środek” do przejęcia kontroli. W spółkach kapitałowych zarząd prowadzi sprawy spółki i reprezentuje spółkę¹⁴. W przypadku spółek osobowych, co do zasady nie powołuje się zarządu, a sprawy spółki prowadzą wspólnicy¹⁵, jedynie zaś w spółce partnerskiej przepisy kodeksu spółek handlowych przewidują możliwość powołania zarządu¹⁶. Również przepisy ustawy z dnia 16 września 1982 r. – Prawo spółdzielcze (Dz.U. 2016, poz. 21; dalej: prawo spółdzielcze) przewidują, że zarząd kieruje działalnością spółdzielni oraz reprezentuje ją na zewnątrz¹⁷. Rada nadzorcza jest z kolei organem sprawującym stały nadzór nad działalnością przedsiębiorcy¹⁸. W prawie polskim organ ten występuje w spółkach kapitałowych, spółce komandytowo-akcyjnej czy spółdzielni.

W świetle art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r., unia personalna zachodzi jedynie, gdy współwystępujący członkowie organów stanowią większość w zarządzie przedsiębiorcy zależnego. Jak wskazano powyżej, to zarząd jest organem wykonawczym przedsiębiorcy, którego głównym zadaniem jest reprezentacja i prowadzenie spraw. Organ ten najczęściej podejmuje kluczowe decyzje dotyczące działalności przedsiębiorcy. W konsekwencji poprzez działania współwystępującego członka organu w ramach zarządu przedsiębiorcy zależnego, hipotetycznie przedsiębiorca dominujący mógłby wywierać decydujący wpływ, o którym mowa w art. 4 pkt 4 uokik z 2007 r.

Jednocześnie, należy wskazać, że przepisy innych gałęzi prawa mają wpływ na ograniczony zakres występowania unii personalnych. W tym kontekście istnieją dwie główne grupy ograniczeń – ogólne zakazy podejmowania działalności konkurencyjnej oraz szczególne zakazy obejmowania funkcji w strukturze przedsiębiorcy zależnego.

Po pierwsze, przepisy regulujące wewnętrzną strukturę przedsiębiorcy, takie jak kodeks spółek handlowych czy prawo spółdzielcze, przewidują ogólne ograniczenia dotyczące podejmowania

¹⁴ W przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością reguluje to art. 201 § 1 ksh, w przypadku zaś spółki akcyjnej art. 386 § 1 ksh.

¹⁵ W przypadku spółki jawnej reguluje to art. 39 § 1 ksh.

¹⁶ Zob. art. 97 § 1 ksh.

¹⁷ Art. 48 § 1 prawa spółdzielczego.

¹⁸ W przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością reguluje to art. 219 § 1 ksh, spółki akcyjnej – art. 382 § 1 ksh, spółki komandytowo-akcyjnej – art. 143 § 1 ksh, spółdzielni – art. 44 prawa spółdzielczego.

działalności konkurencyjnej przez członków organów spółek. Stosownie do art. 211 § 1 ksh (w odniesieniu do spółki z o.o.) oraz art. 380 § 1 ksh (w odniesieniu do spółki akcyjnej) członek zarządu nie może bez zgody spółki zajmować się interesami konkurencyjnymi ani też uczestniczyć w spółce konkurencyjnej między innymi jako członek organu spółki kapitałowej bądź uczestniczyć w innej konkurencyjnej osobie prawnej jako członek organu. Zgodnie z § 2 wskazanego przepisu, jeżeli umowa spółki nie stanowi inaczej, zgody udziela organ uprawniony do powołania zarządu. Podobnie, art. 56 § 3 prawa spółdzielczego przewiduje, że członkowie rady nadzorczej i zarządu spółdzielni nie mogą zajmować się interesami konkurencyjnymi wobec spółdzielni, a w szczególności uczestniczyć jako członkowie władz przedsiębiorców prowadzących działalność konkurencyjną wobec spółdzielni. Naruszenie zakazu konkurencji stanowi podstawę odwołania członka rady lub zarządu. Ponadto, istnieje możliwość wystąpienia kontraktowych obostrzeń ograniczających występowanie unii personalnych. Przykładowo, przedsiębiorca działający jako pracodawca wobec członka organu może na podstawie art. 101¹ ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks Pracy (Dz.U. 2014, poz. 1502) zawrzeć umowę o zakazie konkurencji w trakcie trwania stosunku pracy.

Po drugie, istnieją szczególne zakazy podejmowania działalności w strukturze przedsiębiorcy zależnego. Przepisy art. 214 § 3 ksh oraz art. 387 § 3 ksh wprowadzają generalny zakaz łączenia funkcji członka rady nadzorczej w spółce dominującej z członkostwem w zarządzie spółki lub spółdzielni zależnej (Skoczny i in., 2014, s. 121 oraz powołana tam literatura). Celem tej regulacji jest zapewnienie, aby osoba faktycznie zależna od zarządu spółki dominującej nie wchodziła w skład rady nadzorczej spółki dominującej, gdyż wówczas osoba nadzorowana byłaby jednocześnie osobą nadzorującą (Szwaja, Szumański, Szajkowski, Sołtysiński, Tarska i Herbet, 2014).

Powyższe zakazy znacząco ograniczają możliwość wystąpienia unii personalnej, jednak jej nie wykluczają. Po pierwsze, powyższe zakazy mogą nie znaleźć zastosowania w konkretnej sprawie, np. poprzez wyrażenie zgody na działalność konkurencyjną członka zarządu w trybie art. 211 § 2 ksh lub art. 380 § 2 ksh. Po drugie, zakres zastosowania art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r. obejmuje również przedsiębiorców podlegających prawu spółek innego państwa, którego przepisy mogą nie zawierać analogicznych zakazów.

3. Moment zgłoszenia zamiaru dokonania fuzji personalnej

Fuzja personalna to przejęcie kontroli w rozumieniu art. 13 ust. 2 pkt 2 uokik z 2007 r. Prezes UOKiK w swoich wytycznych wskazuje, że fuzja personalna (rozumiana jako szereg powiązań personalnych) podlega zgłoszeniu w procedurze kontroli koncentracji jedynie w przypadku, gdy zachodzi przejęcie kontroli, a więc zachodzi rzeczywista fuzja personalna (rozumiana jako uzyskanie decydującego wpływu na przedsiębiorcę za pośrednictwem powiązań personalnych)¹⁹.

W odniesieniu do fuzji personalnej istotnym problemem praktycznym może być kwestia ustalenia odpowiedniego momentu na dokonanie zgłoszenia zamiaru koncentracji. W przypadku tego typu sytuacji faktycznej nie zawsze można jednoznacznie wskazać moment powstania zamiaru. Czasami wypełnienie przesłanki z art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r. nie musi wcale wynikać z zamiaru koncentracji przez przedsiębiorców, lecz może być po prostu zbiegiem okoliczności. W takiej sytuacji, ciężko jednak mówić o wywieraniu decydującego wpływu na przedsiębiorcę.

¹⁹ Wyjaśnienia w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK, 2015.

Jeśli jednak unia personalna rzeczywiście jest powiązana z przyczyną powstania możliwości wywierania decydującego wpływu, koniecznym jest zgłoszenie zamiaru dokonania koncentracji polegającej na dokonaniu fuzji personalnej. Zgłoszeniu podlega zamiar dokonania koncentracji, zatem moment dokonania zgłoszenia powinien nastąpić przed ostatecznym dokonaniem operacji. Powołanie członków zarządu spółki kapitałowej następuje z chwilą nominacji, a nie z chwilą wpisu danej osoby do rejestru, gdyż wpis ten nie ma charakteru konstytutywnego, ale jedynie deklaratoryjny (Sołtysiński i in., 2015, s. 520). W konsekwencji, w przypadku powoływania członka zarządu uchwałą zgromadzenia wspólników lub walnego zgromadzenia akcjonariuszy zgłoszenia należy dokonać przed podjęciem uchwały²⁰.

Taka konstrukcja pokazuje jednak ułomność przepisu z art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r. Zamiar dokonania koncentracji zgłaszany do Prezesa UOKiK musi być dostatecznie skonkretyzowany²¹ (Karasiewicz, Stankiewicz i Wierzbowski, 2014, s. 1077; Skoczny i in., 2014, s. 590). Zakres dowodów wskazywanych przez Prezesa UOKiK w Wyjaśnieniach w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK prowadzi do wniosku, że zgłoszenie zasadniczo powinno być oparte na wiążących dokumentach, np. umowach warunkowych. Jednocześnie, zdaniem Prezesa UOKiK nie są wystarczające przykładowo oświadczenia organów zarządzających przedsiębiorcy.

W konsekwencji, zgłoszenie zamiaru koncentracji polegającej na unii personalnej w kształcie określonym w art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r. jest możliwe głównie w sytuacji gdy (przyszły) przedsiębiorca dominujący dysponuje uprzednio (tj. przed dokonaniem fuzji personalnej) uprawnieniami do powoływania większości członków zarządu (przyszłego) przedsiębiorcy zależnego²². W takiej sytuacji (przyszły) przedsiębiorca dominujący ma pełną kontrolę nad procesem fuzji personalnej i może wykazać swój zamiar, przy czym do konkretyzacji tego zamiaru mogłoby dojść w przypadku przyjęcia oświadczenia lub podjęcia uchwały o powołaniu członka organu pod warunkiem wydania przez Prezesa UOKiK zgody na koncentrację. Jednocześnie wcześniejsze²³ posiadanie uprawnienia do powoływania większości członków zarządu spółki zależnej wypełnia normę z art. 4 pkt 4 lit. b) uokik z 2007 r. W takim wypadku zbędne jest jednakże późniejsze powoływanie się na art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r.

V. Praktyka decyzyjna Prezesa UOKiK w zakresie unii (fuzji) personalnych

Praktyka decyzyjna Prezesa UOKiK odnosząca się do unii (fuzji) personalnych w kontekście przejęcia kontroli nie jest szczególnie bogata. Poniżej zaprezentowane zostaną wybrane trzy decyzje, w których Prezes UOKiK podejmował bezpośrednio wskazaną problematykę.

²⁰ Zob. Decyzja Prezesa UOKiK z 22 października 2013 r. nr DKK-132/2013.

²¹ Wyjaśnienia w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK, 2015, s. 46.

²² Wydaje się, że w drodze wyjątku możliwe byłoby wykazanie zamiaru powołania większości organu podmiotu zależnego na potrzeby postępowania zgłoszeniowego również wtedy, gdy faktyczna możliwość powołania takiej większości przez podmiot dominujący jest niepewna. Przykładem takiej sytuacji jest zamiar powołania większości organu przez akcjonariusza mniejszościowego w przypadku wystąpienia akcjonariatu rozproszonego.

²³ To znaczy mające miejsce przed powołaniem określonej osoby na stanowisko.

1. Decyzje Prezesa UOKiK z dnia 18 listopada 2008 r., sygn. DKK–89/08 oraz DKK88/08 (sprawa *Sadrob* i *Exdrob*)

Decyzje Prezesa UOKiK z dnia 18 listopada 2008 r., sygn. DKK–89/08 oraz DKK–88/08 wydane zostały w okresie obowiązywania uokik z 2007 r., ale wiele kluczowych elementów stanu faktycznego sprawy miało miejsce podczas obowiązywania uokik z 2000 r.

W dniu 7 lutego 2008 r. do Prezesa UOKiK wpłynęło zgłoszenie zamiaru koncentracji polegające na połączeniu Płockich Zakładów Drobiarskich „Sadrob” S.A. (dalej: Sadrob) z Kutnowskimi Zakładami Drobiarskimi „Exdrob” S.A. (dalej: Exdrob). Z informacji przedstawionych w zgłoszeniu wynikało jednak, iż w chwili zgłoszenia planowanego połączenia pomiędzy obydwoma spółkami zachodziła unia personalna, ponieważ dwaj członkowie trzyosobowego zarządu Exdrob zajmowali jednocześnie stanowiska w trzyosobowym zarządzie Sadrob. Prezes UOKiK ustalił, że w dniu 1 września 2005 r. obydwie spółki miały jednego współwystępującego członka trzyosobowego zarządu każdej ze spółek. Następnie z dniem 5 września 2005 r., w wykonaniu uchwały rady nadzorczej Exdrob, osoba pełniąca funkcję prezesa zarządu spółki Sadrob objęła funkcję w trzyosobowym zarządzie spółki Exdrob.

W związku z tym, Prezes UOKiK zwrócił zgłoszenie zamiaru koncentracji polegającej na połączeniu Sadrob i Exdrob, a następnie wszczął postępowanie wyjaśniające w sprawie wstępnego ustalenia istnienia obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji polegającej na przejęciu przez Exdrob kontroli nad Sadrob bądź koncentracji polegającej na przejęciu przez Sadrob kontroli nad Exdrob. W dalszej kolejności Prezes UOKiK wszczął odrębne postępowania w sprawie nałożenia na Sadrob kary pieniężnej z tytułu dokonania koncentracji polegającej na przejęciu kontroli nad Exdrob bez uprzedniej zgody organu antymonopolowego oraz w sprawie nałożenia na Exdrob kary pieniężnej z tytułu dokonania koncentracji polegającej na przejęciu kontroli nad Sadrob bez uprzedniej zgody organu antymonopolowego. W konsekwencji wydał dwie decyzje o sygnaturach DKK–89/08 oraz DKK–88/08.

W decyzji DKK–88/08 skierowanej do Sadrob, Prezes UOKiK uznał, że przedsiębiorca naruszył art. 12 ust. 2 pkt 2 uokik z 2000 r. poprzez dokonanie koncentracji polegającej na przejęciu kontroli nad Exdrob bez zgody organu antymonopolowego. W konsekwencji, Prezes UOKiK nałożył na Sadrob karę pieniężną w wysokości 40 tys. zł. Z kolei w decyzji DKK–89/08 skierowanej do Exdrob, Prezes UOKiK umorzył postępowanie jako bezprzedmiotowe.

W obydwu decyzjach Prezes UOKiK odrębnie traktował unię personalną, polegającą na przejęciu kontroli, objętą obowiązkiem kontroli koncentracji na podstawie art. 12 ust. 2 pkt 2 uokik z 2000 r., oraz unię personalną, będącą parakoncentracją, objętą obowiązkiem kontroli koncentracji na podstawie art. 12 ust. 3 pkt 2 uokik z 2000 r.

Według organu antymonopolowego, przy ocenie obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji polegającej na przejęciu przez Exdrob kontroli nad Sadrob istotny był fakt, iż objęcie przez drugiego z członków zarządu Sadrob funkcji członka zarządu Exdrob spowodowało, iż członkowie zarządu Sadrob zaczęli stanowić większość w zarządzie Exdrob, a członkowie zarządu Exdrob zaczęli stanowić większość w zarządzie Sadrob. W efekcie zdaniem Prezesa UOKiK doszło do sytuacji, którą można określić mianem wzajemnego przejęcia kontroli nad sobą przez obie wyżej wymienione spółki. Podkreślić również należy, iż do przejęcia przez Sadrob kontroli nad

Exdrob, jak i przez – Exdrob kontroli nad Sadrob doszło w wyniku objęcia funkcji, a zatem jednej czynności. Dlatego, pomimo wzajemnego przejścia kontroli przez obie z wyżej wymienionych spółek, w ocenie organu zamiar przejścia kontroli można było przypisać w takiej sytuacji wyłącznie Sadrob. Świadczyć miał o tym fakt, iż to w zarządzie tej spółki większość członków zarządu pierwotnie stanowiły osoby, które następnie w wyniku wyżej wymienionego objęcia funkcji przez drugiego członka zarządu Sadrob zaczęły stanowić również większość członków w zarządzie Exdrob. W ocenie Prezesa Urzędu przejście przez Exdrob kontroli nad Sadrob było zatem jedynie konsekwencją przejścia przez Sadrob kontroli nad Exdrob. W takich okolicznościach Exdrob nie miał zamiaru przejścia kontroli nad Sadrob.

Prezes UOKiK wskazał jednocześnie, iż objęcie przez drugiego członka zarządu Sadrob funkcji członka zarządu Exdrob nosiło także znamiona koncentracji, o której mowa w art. 12 ust. 3 pkt 2 uokik z 2000 r., tj. objęcia przez tę samą osobę funkcji członka organu zarządzającego albo organu kontrolnego u konkurujących ze sobą przedsiębiorców. Sadrob i Exdrob byli wobec siebie konkurentami zajmującymi się produkcją mięsa drobiowego i jego przetworów. Jednakże, zdaniem Prezesa UOKiK, ocena zamiaru przedmiotowej koncentracji jako fuzji personalnej, będącej parakoncentracją, nie byłaby celowa. Po pierwsze, nie oddałaby pełnych skutków rynkowych tej koncentracji. Prezes UOKiK zauważył, że fuzje personalne nie zawsze muszą prowadzić do przejścia kontroli. Jednocześnie, Prezes UOKiK uznał, że jeśli fuzja personalna spełnia również przesłanki koncentracji polegającej na przejściu kontroli, powinna być zgłoszona i oceniana jako koncentracja polegająca na przejściu kontroli.

Po drugie, obowiązująca w momencie orzekania uokik z 2007 r. nie zawiera analogicznego uregulowania do przepisu z art. 12 ust. 3 pkt 2 uokik z 2000 r. Tym samym, uokik z 2007 r. nie nakłada już na przedsiębiorców obowiązku notyfikacji organowi antymonopolowemu fuzji personalnych będących parakoncentracjami. Zmiana stanu prawnego, wywołana wejściem w życie nowego aktu prawnego spowodowała w ocenie Prezesa UOKiK depenalizację obowiązku zgłoszenia opisanego zamiaru koncentracji, polegającej na dokonaniu fuzji personalnej, organowi antymonopolowemu, wobec czego nie mamy do czynienia z istnieniem ciągłości stanu bezprawności. W konsekwencji, po uchyleniu uokik z 2000 r. nie ma podstaw do nakładania kary pieniężnej za brak zgłoszenia fuzji personalnej będącej parakoncentracją.

W związku z powyższym, Exdrob, nie mając zamiaru dokonania koncentracji polegającej na przejściu kontroli, naruszył jedynie uchylony w momencie orzekania obowiązek zgłoszenia zamiaru fuzji personalnej będącej parakoncentracją. Biorąc pod uwagę te okoliczności, decyzją o sygn. DKK–89/08 Prezes UOKiK umorzył postępowanie w sprawie nałożenia kary pieniężnej na Exdrob za naruszenie obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji.

Odnosząc się do uzasadnienia decyzji, należy podzielić pogląd Prezesa UOKiK, zgodnie z którym wystąpienie fuzji personalnej nie zawsze musi prowadzić do przejścia kontroli. W tym kontekście dziwi jednak brak pogłębionej analizy okoliczności mogących wskazywać na wywieranie decydującego wpływu na działalność Exdrob przez Sadrob, szczególnie w decyzji o sygn. DKK-88/08 nakładającej karę na Sadrob. Prezes UOKiK, przyznając, że nie każda fuzja personalna prowadzi do przejścia kontroli, nie zawarł w uzasadnieniu argumentacji przemawiającej za tezą, że w tym konkretnym przypadku Sadrob przejął kontrolę nad Exdrob. W szczególności, organ antymonopolowy nie wskazał dodatkowych okoliczności mogących decydować o wywieraniu

decydującego wpływu, poza wymienionym objęciem funkcji przez współwystępujących członków organów. Takie działanie zasługuje na krytykę, w praktyce zaprzecza bowiem stanowisku, zgodnie z którym wystąpienie fuzji personalnej nie oznacza automatycznie przejęcia kontroli.

2. Decyzja Prezesa UOKiK z 22 października 2013 r. nr DKK–132/2013 (sprawa *TERG* oraz *Electro.pl*)

Zagadnienie fuzji personalnej było również przedmiotem decyzji Prezesa UOKiK z 22 października 2013 r. (sygn. DKK–132/2013). W przywołanej decyzji, organ ochrony konkurencji nałożył na TERG S.A. (dalej: TERG) 40 tys. zł kary z tytułu dokonania bez uzyskania zgody Prezesa UOKiK koncentracji, polegającej na przejęciu przez TERG S.A. kontroli nad *Electro.pl* sp. z o.o. (dalej: *Electro.pl*).

W niniejszej sprawie, TERG sam poinformował Prezesa UOKiK o dokonaniu koncentracji bez zgody organu antymonopolowego oraz przedstawił okoliczności sprawy. TERG wskazało, że trzej akcjonariusze tej spółki byli jednocześnie udziałowcami *Electro.pl*. Ponadto, *Electro.pl* nabywała towary od TERG, kadzę *Electro.pl* stanowili zaś pracownicy wynajmowani od TERG.

W niniejszej sprawie Prezes UOKiK dość mechanicznie podszedł do oceny pod kątem ewentualnego dokonania koncentracji bez zgody organu antymonopolowego. Ze stanu faktycznego wynikało, że nadzwyczajne zgromadzenie wspólników *Electro.pl* w drodze uchwały powołało na stanowisko prezesa jednoosobowego zarządu *Electro.pl* osobę, która w tym czasie pełniła funkcję przewodniczącego rady nadzorczej TERG. Zdaniem Prezesa UOKiK oznaczało to, że TERG S.A. przejęła nad *Electro.pl* kontrolę w rozumieniu art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r., dokonując tym samym koncentracji w rozumieniu art. 13 ust. 2 pkt 2 uokik z 2007 r. bez uprzedniej notyfikacji zamiaru Prezesowi UOKiK.

W uzasadnieniu decyzji Prezes UOKiK wskazał, że spełnione zostały przesłanki, uzasadniające obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji, ponieważ jego zdaniem: 1) spełniono próg obrotowy, o którym mowa w art. 13 ust. 1 pkt 2 uokik z 2007 r.; 2) objęcie przez członka rady nadzorczej TERG S.A. funkcji prezesa w jednoosobowym zarządzie *Electro.pl* jest sposobem koncentracji, określonym w art. 13 ust. 2 pkt 2 uokik z 2007 r. w związku z art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r.; 3) nie wystąpiły przesłanki z art. 14 uokik z 2007 r., wyłączające obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji.

Fragment analizy Prezesa UOKiK zawarty w punkcie 2) może wywoływać wątpliwości co do poprawności. Uzasadnienie decyzji nie zawiera pogłębionej analizy dotyczącej charakteru powiązań personalnych pomiędzy zainteresowanymi spółkami. Wręcz przeciwnie, treść uzasadnienia decyzji może sugerować, że każde powiązanie, które odpowiada brzmieniu art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r. niejako automatycznie powoduje obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji polegającej na przejęciu kontroli nad przedsiębiorcą. Takie rozumowanie jest jednak sprzeczne z wykładnią zarówno literalną, jak i celowościową przepisów art. 4 pkt 4 lit. c) w związku z art. 13 ust. 2 pkt 2 uokik z 2007 r. Aby uznać, że konkretna fuzja personalna prowadzi do przejęcia kontroli podlegającego zgłoszeniu, Prezes UOKiK powinien dokonać wszechstronnej analizy wszelkich okoliczności, mogących przesądzić o wywieraniu decydującego wpływu na przedsiębiorcę zależnego, a nie ograniczać się jedynie do wskazania wystąpienia okoliczności określonej w art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r.

Ponadto, Prezes UOKiK uznał, że uchwała o powołaniu na członka zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością ma charakter konstytutywny. W konsekwencji, zgłoszenie zamiaru

koncentracji w niniejszej sprawie powinno według organu nastąpić najpóźniej przed podjęciem uchwały zgromadzenia wspólników Electro.pl.

Należy wskazać jednocześnie, że jednym z argumentów przedstawianych przez TERG na swoją obronę było twierdzenie, zgodnie z którym niedopełnienie obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK wynikało z nieświadomości co do istnienia takiego obowiązku. W ocenie TERG czynność nie dotyczyła bezpośrednio spółki, lecz osoby pełniącej funkcję członka rady nadzorczej. Wbrew pozorom, wskazany argument nie jest pozbawiony racji. W mojej ocenie odpowiada on częściowo treści uwag zgłaszanych przez Stowarzyszenie Prawa Konkurencji w 2008 r. wobec brzmienia uokik z 2007 r. W dokumencie zawierającym propozycje nowelizacji Stowarzyszenie proponowało wykreślenie art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r. W ocenie Stowarzyszenia „z punktu widzenia prawa antymonopolowego pojawia się zasadnicze pytanie: kto dominuje nad kim i dzięki czemu?”²⁴. Współwystępujący członek organu nie musi być konieczne „środkiem” przejęcia kontroli, w sposób analogiczny do innych uprawnień wskazanych w art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r. W tym kontekście nie można zapomnieć o oczywistym wręcz fakcie – mianowicie, że przyczyny współwystępowania członka organu u dwóch przedsiębiorców mogą mieć charakter inny niż międzyorganizacyjny (dotyczący organizacji, a nie osoby członka organu). W naukach społecznych powstało wiele teorii próbujących wytłumaczyć wskazany fenomen. W tym kontekście, oprócz wiodącej grupy teorii powiązań międzyorganizacyjnych, należy wymienić teorie stwierdzające, że współwystępowanie członków organu wynika z indywidualnych cech danej osoby, np. jej umiejętności, chęci podniesienia statusu społecznego (Mizruchi, 1996, s. 271–298). Uzasadnienie decyzji o sygn. DKK–132/2013 nie wskazuje jednak, aby Prezes UOKiK dokonał analizy w kontekście poszukiwania rzeczywistej natury przyczyn powstania unii personalnej między TERG i Electro.pl.

VI. Podsumowanie

Podsumowując, należy jeszcze raz krytycznie odnieść się do obecnej regulacji unii (fuzji) personalnej w kształcie określonym w art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r. Jak wynika z powyższych rozważań, regulacja unii personalnej w prawie konkurencji w kształcie określonym w art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r. jest w dużym stopniu wadliwa. Unia (fuzja) personalna w kształcie uregulowanym w art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r. może być skutkiem bądź zewnętrzną oznaką przejęcia kontroli, a nie jego przyczyną. Obecne brzmienie przepisów powoduje zarówno teoretyczne, jak i praktyczne problemy. W związku z tym, zasadna jest zmiana obecnej definicji przejęcia kontroli poprzez wykreślenie art. 4 pkt 4 lit. c) uokik z 2007 r.

Jednocześnie, jeśli wolą ustawodawcy jest ograniczenie lub kontrola operacji polegających na dokonywaniu fuzji personalnych skutkujących powstaniem unii personalnych, istnieje możliwość wprowadzenia ogólnego zakazu dokonywania określonego rodzaju fuzji personalnych lub rozszerzenie zakresu obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji również na tego typu operacje, jak miało to miejsce na gruncie uokik z 2000 r. Jakakolwiek ewentualna zmiana w tym zakresie powinna jednak zostać dokonana po przeprowadzeniu pogłębionej debaty, wskazana tematyka pozostaje zaś poza zakresem niniejszych rozważań.

²⁴ Stanowisko Grupy Roboczej Stowarzyszenia Prawa Konkurencji w sprawie propozycji zmian przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Pozyskano z: <http://www.spk.com.pl/uploads/pdf/2008-10-06/Postulaty%20Grupy%20Roboczej.pdf> (21.11.2016).

Bibliografia

- American Bar Association. (2011). *Interlocking directorates: handbook on Section 8 of the Clayton Act*. Chicago: Section of Antitrust Law, American Bar Association.
- Banasiński, C. i Piontek, E. (red.). (2009). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: LexisNexis.
- Falce, V. (2013). Interlocking directorates: an Italian antitrust dilemma. *Journal of Competition Law & Economics*, (9), <http://dx.doi.org/10.1093/joclec/nht002>.
- Janusz, R., Sachajko, M. i Skoczny, T. (2001). Nowa ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. *Kwartalnik Prawa Publicznego*, (3).
- Karasiewicz, K., Stankiewicz, R. i Wierzbowski, M. (2014). Kontrola koncentracji przedsiębiorców. W: Kępiński M. (red.), *System Prawa Prywatnego*. Tom 15. *Prawo konkurencji*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Kohutek, K. (2013). *Komentarz do rozporządzenia nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw*. Lexel.
- Kohutek, K. i Sieradzka, M. (2014). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Lex a Wolters Kluwer.
- Mizruchi, M. (1996). What Do Interlocks Do? An Analysis, Critique, and Assessment of Research on Interlocking Directorates. *Annual Review of Sociology*, 22, <http://dx.doi.org/10.1146/annurev.soc.22.1.271>.
- Moavero Milanese, E. i Winterstein, A. (2002). Minority shareholdings, interlocking directorships and the EC Competition Rules – Recent Commission practice. *Competition Policy Newsletter*, February, 1, 15–18.
- Modzelewska-Wąchal, E. (2002). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: TWIGGER.
- Piszcz, A. (2013). Grupa kapitałowa czy nie, czyli trudności z kwalifikacją i ich skutki. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 3(2).
- Skoczny, T. (red.). (2014). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Semeniuk, P. (2015). *Koncepcja jednego organizmu gospodarczego*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW.
- Sołtysiński, S. i Kanton K. (2010). Kryteria zgłaszania zamiaru koncentracji do Prezesa UOKiK – uwagi de lege lata i de lege ferenda. W: M. Krasnodębska-Tomkiel (red.), *Zmiany w polityce konkurencji na przestrzeni ostatnich dwóch dekad*. Warszawa: UOKiK.
- Sołtysiński, S. (red.). (2015). *Prawo spółek kapitałowych. System Prawa Prywatnego*. Tom 17A. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Stawecki, T. i Winczorek, P. (2003). *Wstęp do prawoznawstwa*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Stawicki, A. i Stawicki, E. (red.). (2011). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Szwaj, M. (2010). Ewolucja kontroli koncentracji w Polsce. W: Krasnodębska-Tomkiel M. (red.), *Zmiany w polityce konkurencji na przestrzeni ostatnich dwóch dekad*. Warszawa: UOKiK.
- Szwaja, J. i in. (2014). *Kodeks spółek handlowych. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz do artykułów 151-300*. Tom II. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Wolter, A., Ignatowicz, J. i Stefaniuk, K. (2001). *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*. Warszawa: LexisNexis.
- Zawłocka-Turno, A. (2012). Zmowa przetargowa czy działanie zgodne z prawem? Problemy na styku prawa konkurencji i prawa zamówień publicznych. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 4(1).