



**Aleksandra  
Woźniak**

---

**Kontrola koncentracji przedsiębiorców  
przez Prezesa UOKiK ze szczególnym  
uwzględnieniem joint venture  
na przykładzie decyzji DKK-178/2020  
w sprawie Nord Stream 2**





UNIwersytet Jagielloński  
w Krakowie  
Wydział Prawa i Administracji

Aleksandra Ewa Woźniak  
Nr albumu: 1126328

KONTROLA KONCENTRACJI PRZEDSIĘBIORCÓW  
PRZEZ PREZESA UOKiK  
ZE SZCZEGÓLNYM UWZGLĘDNIENIEM *JOINT VENTURE*  
NA PRZYKŁADZIE DECYZJI DKK-178/2020  
W SPRAWIE NORD STREAM 2

Praca magisterska wykonana pod kierunkiem  
dra hab. Artura Żurawika  
w Katedrze Prawa Publicznego Gospodarczego  
Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego



Kraków 2022

Copyright @ 2023 Aleksandra Woźniak. Wszelkie prawa zastrzeżone.

ISBN 978-83-64681-43-1

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów  
pl. Powstańców Warszawy 1, 00-950 Warszawa  
[www.uokik.gov.pl](http://www.uokik.gov.pl)

Skład i druk:  
Drukarnia Piotra Włodarskiego  
ul. Ksawerów 21  
02-656 Warszawa  
[www.wlodarski.pl](http://www.wlodarski.pl)

# Spis treści

|                                                                           |    |
|---------------------------------------------------------------------------|----|
| Wykaz skrótów i wyrażeń .....                                             | 6  |
| Wstęp.....                                                                | 8  |
| ROZDZIAŁ I. ....                                                          | 9  |
| 1. System kontroli koncentracji w Polsce .....                            | 9  |
| 1.1. Definicja konkurencji .....                                          | 9  |
| 1.2. Ochrona wolności konkurencji .....                                   | 10 |
| 2. Regulacja ochrony konkurencji w polskiej ustawie antymonopolowej. .... | 11 |
| 2.1. Płaszczyzna podmiotowa ochrony Uokik .....                           | 11 |
| 2.2. Definicja przedsiębiorcy w Uokik na tle regulacji .....              | 11 |
| 2.3. Ochrona przedsiębiorców i konsumentów w świetle ustawy .....         | 13 |
| 2.4. Płaszczyzna przedmiotowa regulacji Uokik .....                       | 14 |
| 3. Koncentracje przedsiębiorców .....                                     | 16 |
| 3.1. Brak legalnej definicji koncentracji .....                           | 17 |
| 3.2. Obowiązek notyfikacyjny koncentracji .....                           | 18 |
| 3.2.1. Charakter zgłoszenia koncentracji Prezesowi UOKiK .....            | 18 |
| 3.2.2. Podmioty objęte obowiązkiem zgłoszenia .....                       | 18 |
| 3.2.3. Zakres przedmiotowy koncentracji .....                             | 18 |
| 3.2.4. Wielkość obrotu powodująca obowiązek zgłoszenia .....              | 19 |
| 3.2.4.1. Alternatywa dotycząca obrotu krajowego i światowego .....        | 19 |
| 3.3. Rodzaje koncentracji .....                                           | 20 |
| 3.4. Nadzór nad koncentracjami .....                                      | 21 |
| 3.5. Rozstrzygnięcia w sprawach koncentracji .....                        | 22 |

|                                                                                          |           |
|------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 3.5.1. Wydanie decyzji wyrażającej zgodę na dokonanie koncentracji.                      | 22        |
| 3.5.2. Wyrażenie zgody warunkowe .....                                                   | 23        |
| 3.5.3. Decyzja zakazująca dokonania koncentracji .....                                   | 24        |
| <b>ROZDZIAŁ II.....</b>                                                                  | <b>25</b> |
| <b>1. Joint ventures .....</b>                                                           | <b>25</b> |
| 1.1. Definicja joint venture .....                                                       | 25        |
| 1.2. Podział poszczególnych joint ventures .....                                         | 26        |
| 1.2.1. Typ horyzontalny .....                                                            | 26        |
| 1.2.2. Typ wertykalny .....                                                              | 27        |
| 1.2.3. Typ konglomeratowy.....                                                           | 27        |
| 1.3. Definiowanie joint venture jako aliansu .....                                       | 28        |
| 1.3.1. Różnice między aliansem a fuzją .....                                             | 29        |
| 1.4. Jeden organizm gospodarczy .....                                                    | 30        |
| <b>2. Sposób utworzenia wspólnego przedsiębiorcy .....</b>                               | <b>33</b> |
| <b>3. Kooperacyjne i koncentracyjne wspólne przedsiębiorstwa w systemie prawa .....</b>  | <b>35</b> |
| <b>4. Joint ventures na tle prawa krajowego oraz unijnego.....</b>                       | <b>36</b> |
| 4.1. Polska ustawa antymonopolowa w przedmiocie joint venture .....                      | 36        |
| 4.2. Różnice między pojęciem joint venture w prawie polskim oraz prawie UE.....          | 37        |
| 4.3. Trudności kwalifikacyjne joint ventures w różnych regulacjach prawnych.....         | 38        |
| 4.4. Wnioski dotyczące polskiej regulacji obowiązku notyfikacyjnego joint ventures ..... | 39        |
| <b>ROZDZIAŁ III. ....</b>                                                                | <b>41</b> |
| <b>1. Treść rozstrzygnięcia decyzji oraz wstęp do uzasadnienia.....</b>                  | <b>41</b> |
| 1.1. Okoliczności wydania decyzji .....                                                  | 41        |

|                                                                                                         |           |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 1.2. Rozstrzygnięcie decyzji .....                                                                      | 41        |
| 1.3. Określenie właściwości organu .....                                                                | 42        |
| <b>2. Rozstrzygnięcie w przedmiocie joint venture .....</b>                                             | <b>43</b> |
| 2.1. Utworzenie wspólnego przedsiębiorcy .....                                                          | 45        |
| 2.2. Cel gospodarczy stron .....                                                                        | 45        |
| 2.3. Tożsamość prawna spółki w kontekście zarzutu utworzenia joint venture .....                        | 47        |
| <b>3. Analiza stanowiska stron z treści decyzji .....</b>                                               | <b>50</b> |
| <b>4. Wnioski w przedmiocie rozstrzygnięcia .....</b>                                                   | <b>51</b> |
| <b>5. Szczegółowe Uzasadnienie Zarzutów .....</b>                                                       | <b>52</b> |
| 5.1. Badanie istnienia pozycji dominującej oraz jej potencjalnego nadużycia w wyniku koncentracji ..... | 53        |
| 5.2. Ocena skutków rynkowych dokonanej koncentracji a podstawa rozstrzygnięcia .....                    | 54        |
| <b>6. Sankcje administracyjne zastosowane w decyzji .....</b>                                           | <b>57</b> |
| 6.1. Nałożenie kary na spółki uczestniczące w Nord Stream 2 .....                                       | 57        |
| 6.2. Wybór środka restytucyjnego .....                                                                  | 57        |
| 6.2.1. Nakaz rozwiązania umów finansowania .....                                                        | 58        |
| 6.3. Kara - podstawa nałożenia oraz jej wysokość .....                                                  | 59        |
| 6.3.1. Fakultatywność kary; działanie w ramach uznania administracyjnego .....                          | 59        |
| 6.3.2. Przyjęte przez Prezesa UOKiK przyjęte kryteria naruszenia .....                                  | 60        |
| 6.3.3. Miarkowanie wysokości kary.....                                                                  | 61        |
| 6.3.4. Analiza występowania okoliczności łagodzących oraz obciążających.....                            | 62        |
| <b>Podsumowanie .....</b>                                                                               | <b>63</b> |
| <b>Bibliografia .....</b>                                                                               | <b>65</b> |

# Wykaz skrótów i wyrażeń

CARS UW - Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych Uniwersytetu Warszawskiego

iKAR - Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny

KC - Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 z późn. zm.)

k.p.a. - Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2021 r. poz. 735 z późn. zm.)

Konstytucja PRL - Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej

k.s.h. - ustawa z dnia 15 września 2000r. - Kodeks spółek handlowych (Dz. U. z 2020 r., poz. 1526 z późn. zm.)

NS 2 - Nord Stream 2

NSA - Naczelny Sąd Administracyjny

Obwieszczenie Komisji - Obwieszczenie Komisji w sprawie pojęcia „wspólnych przedsiębiorstw o pełnym zakresie funkcji” przewidzianego w rozporządzeniu Rady (EWG) nr 4064/89 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw z dnia 2 marca 1998r. (98/C 66/01)

organ antymonopolowy - inaczej: Prezes UOKiK

PGNiG - Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo

Prawo przedsiębiorców - Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 162 z późn. zm.).

Prezes UOKiK - Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

polska ustawa zasadnicza - Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.)

Rozporządzenie 139/2004; rozporządzenie unijne - Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (rozporządzenie WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw) (Dziennik Urzędowy L 024, 29/01/2004 P. 0001 - 0022)

SN - Sąd Najwyższy

SOKiK - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

SUZ - Szczegółowe Uzasadnienie Zarzutów

TFUE - Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/2 z późn. zm.)

TK - Trybunał Konstytucyjny

UE - Unia Europejska



UOKiK - Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Uokik - ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2021 r. poz. 275)

(polska) ustawa antymonopolowa - Ustawa o ochronie z dnia 16 lutego 2007r. o konkurencji i konsumentów (Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2021 r. poz. 275)

# Wstęp

Niniejsza praca stanowi syntezę trzech komponentów zagadnień zamieszczonych w jej tytule, tj. koncentracji przedsiębiorców, problematyki joint venture w ujęciu krajowym oraz unijnym oraz decyzji Prezesa UOKiK w sprawie Nord Stream 2, której rozstrzygnięcie ma charakter kierunkowy w przedmiocie istoty wspólnego przedsiębiorcy w polskim systemie prawnym. O ile rozdział I, którego tematyka ogniskuje wokół regulacji ustawowej zawartej w Ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, zawiera treści szeroko opisane w przedmiotowych publikacjach i nie stanowi w istocie nowatorskiej koncepcji ujęcia tej problematyki, to rozdział II, koncentrując się na wąskim aspekcie antymonopolowej regulacji, obejmuje problematykę dopiero ewoluującą we współczesnej rzeczywistości gospodarczej. W treści rozważań nastąpi próba usystematyzowania materii wspólnego przedsiębiorcy, w unijnym porządku regulowanego jako wspólne przedsiębiorstwo (joint venture), poprzez zaprezentowanie ustawowych, orzeczniczych oraz doktrynalnych publikacji dostępnych w tym zakresie. Przedstawiona zostanie także problematyka niedoskonałości legislacyjnych wynikających z polskiej ustawy antymonopolowej oraz związane z tym konsekwencje i zagrożenia, a także prezentacja potencjalnych, proponowanych w toku przemian ustrojowych rozwiązań dotyczących wskazanych uchybień legislacyjnych i niezgodności z unijnym systemem prawnym. W rozdziale końcowym zostanie przedstawione zagadnienie decyzji polskiego organu antymonopolowego i jej analiza, która została zamieszczona w końcowym etapie niniejszych rozważań i która niewątpliwie w największym stopniu angażuje opinię publiczną. Ocena podjętego w przedmiotowej decyzji rozstrzygnięcia, mimo wskazywanego w medialnych doniesieniach możliwego politycznego wymiaru, zostanie dokonana wyłącznie w oparciu o przesłanki ustawowe, prezentowaną linię orzeczniczą w tym zakresie, oraz merytoryczne rozwiązania przyjęte w piśmiennictwie o analogicznej tematyce. Celem tego etapu pracy jest nie tylko merytoryczna analiza podjętego przez Prezesa UOKiK rozstrzygnięcia i zawartych w decyzji ustaleń oraz pozyskanych materiałów źródłowych, lecz również zaprezentowanie alternatywnego spojrzenia na zagadnienie wspólnego przedsiębiorcy oraz zamieszczenie postulatu zmian ustawowych w tym zakresie, które mogłyby przyczynić się do usunięcia rozbieżności związanych z kwalifikacją prawną tego pojęcia w procedurze antymonopolowej.

# Rozdział I.

## 1. System kontroli koncentracji w Polsce

Aby przejść do rozważań dotyczących poziomu uregulowania zagadnienia koncentracji w polskim systemie prawa antymonopolowego, należy zwrócić uwagę na szerszy kontekst definicyjny oraz regulacyjny samej konkurencji i modelu jej ochrony przyjętej w polskim ustawodawstwie. W tym celu w niniejszym rozdziale nastąpi próba określenia hybrydowej definicji pojęcia konkurencja w oparciu o prawne i ekonomiczne propozycje definicji z literatury przedmiotu z korzyścią dla interpretacji prawnych, ponieważ to one tworzą ramy dla rywalizacji przedsiębiorstw na rynku, ograniczając w pewien sposób niebezpieczny poziom swobody w tym zakresie. W tym rozdziale nastąpi także omówienie jednego z obszarów kontroli konkurencji dokonywanej przez Prezesa UOKiK, legitymizacji organu do jej przeprowadzenia oraz obowiązków przedsiębiorców i powiązanej z tym procedury zastrzeżonej przez Uokik dla organu antymonopolowego.

### 1.1. Definicja konkurencji

Próba definicji pojęcia konkurencja i osadzenia jej w realiach funkcjonowania rynku i wzajemnych zależności między przedsiębiorcami powinna znaleźć swój początek w określeniu, czym jest gospodarka wolnorynkowa, czyli element ustroju zagwarantowanego przepisami ustawy o najwyższej w Polsce randze, czyli Konstytucji. Funkcjonowanie polskiego państwa w obecnym kształcie społecznej gospodarki rynkowej wynika z przepisów ustawy zasadniczej z 1997 roku. Artykuł 20 tej ustawy stanowi, że działanie państwa w tym zakresie opiera się na „wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych”<sup>1</sup>. Działanie to stanowi „podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej”. Cytowany przepis jest powszechnie kwalifikowany rangą do zasad prawnych, czyli jak przyjmuje się w literaturze, gwarantuje aksjologiczną spójność systemu prawa<sup>2</sup> tzn. wyznacza kierunek prawodawstwa w zakresie stanowienia prawa<sup>3</sup>. Podobne tendencje można znaleźć także w orzecznictwie, i to zarówno w okresie tuż po dokonanej transformacji gospodarczej - w nawiązaniu do zmienionej w 1989 roku Konstytucji PRL z 1952 roku<sup>4</sup>, jak i obecnie. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego utrwalił się pogląd o „samoistnej nadrzędnej mocy prawnej” artykułu 6 Konstytucji, gwarantującego swobodę działalności gospodarczej, orzekając jednocześnie,

1 Konstytucja Rzeczypospolitej z 2 kwietnia 1997 roku, (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.)

2 R. Makarucha, *Zasady prawa jako czynnik zapewniający aksjologiczną spójność systemu prawa*, Folia Iuridica Wratislaviensis 2014, vol. 3 (2), s. 124, (dost. online: 15.01.22r.: <https://repozytorium.uni.wroc.pl/dlibra/publication/63773/edition/63596>)

3 M. Bychowska, C. Banasiński, *Granice ingerencji organu antymonopolowego w wolność gospodarczą w kontekście regulacji dotyczących ochrony konsumentów*, Ruch prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny, Rok LXXVIII, zeszyt 3/2016, s. 51 (dostęp online 31.03.22r.: [pressto.amu.edu.pl/index.php/rpeis/article/view/6176](https://pressto.amu.edu.pl/index.php/rpeis/article/view/6176))

4 Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej uchwalona przez Sejm Ustawodawczy w dniu 22 lipca 1952 r. (Dz.U. 1952 nr 33 poz. 232)

że zmiany w tym zakresie mogą być dokonywane jedynie ustawą, ze względu na szczególną rangę wskazanej zasady<sup>5</sup>. Na przestrzeni lat można zaobserwować jedynie ugruntowanie tego nurtu w orzecznictwie, nie pozostawia ono żadnych wątpliwości interpretacyjnych co do znaczenia wolności gospodarczej w praworządnym, nowoczesnym państwie. Jednak sądy w swojej bogatej linii orzeczniczej zwracają uwagę, że ta zasada, jak każda inna, mimo swojego szczególnego miejsca w hierarchii przepisów konstytucyjnych, nie ma wymiaru absolutnego, i w pewnych kontekstach doznaje także ograniczeń. Jak zwraca uwagę Naczelny Sąd Administracyjny<sup>6</sup>, ramy prawne dla wyznaczania granic wolności gospodarczej tworzy art. 22 Konstytucji, który formułuje warunki, na jakich może być oparte to ograniczenie, tj. musi wynikać z ustawy i być wprowadzone tylko ze względu na ważny interes publiczny. Trybunał Konstytucyjny zwraca uwagę<sup>7</sup>, że na wskazany interes składają się m.in. wartości akceptowane w powszechnym systemie aksjologicznym i ograniczenie swobody działalności gospodarczej może mieć miejsce w przypadku stwierdzenia, przy użyciu miernika proporcjonalności, istotnej przewagi ochrony praw i wolności innych osób nad wolnością jednostki do gospodarowania, tj. prymatu stosowania art. 22 nad prawami jednostkowymi wynikającymi z art. 31 Konstytucji.

## 1.2. Ochrona wolności konkurencji

Odwwołanie do najwyższego rangą aktu prawnego w polskim systemie prawnym nie przewiduje jednak w sposób bezpośredni ochrony dla wartości, która jest głównym przedmiotem niniejszych rozważań. Polska ustawa zasadnicza, odmiennie od analogicznych aktów prawnych państw europejskich, jak choćby w Bułgarii, Rumunii, Litwie, Węgrzech czy Portugalii, nie określa konkurencji wraz z obowiązkiem jej ochrony przez państwo jako zasady konstytucyjnej. Jak trafnie wskazuje C. Banasiński<sup>8</sup>, powołując się na publikację A. Domańskiej, w polskiej Konstytucji nie zamieszczono jako odrębnej zasady wolności konkurencji mimo określania jej jako istotnego substratu społecznej gospodarki rynkowej. Konstytucja nie wymienia tej zasady bezpośrednio w treści art. 20 Konstytucji RP, co, jak przekonuje Banasiński<sup>9</sup>, jest w doktrynie postrzegane negatywnie ze względu na konieczność wywodzenia ochrony konkurencji z ustawy przedmiotowej - Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W piśmiennictwie prezentowane są jednak także odmienne poglądy od wyżej wskazanego - M. Safjan kwestionuje zasadność umieszczania zasady wolnej konkurencji pośród innych o randze konstytucyjnej<sup>10</sup>. Autor podnosi, że ta zasada jako integralnie związana z modelem społecznej gospodarki rynkowej nie wymaga odrębnego określania w Konstytucji, ponieważ samodzielnie kształtuje treść podmiotowej wolności.

Podsumowując powyższe rozważania należy stwierdzić, że państwo polskie, wyznaczając ramy dla funkcjonowania przyjętej w Konstytucji RP społecznej gospodarki

5 Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 6 marca 1990r., OTK 1990, sygn. akt: K 5/89

6 Wyrok NSA z 29 grudnia 2009 r., II OSK 1843/09

7 Wyrok TK z 6 grudnia 2018 r., sygn. akt.: SK 19/16 oraz orzeczenie TK z 20 sierpnia 1992 r., sygn. akt.: K 4/92

8 M. Błachucki, *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców*, UOKiK, Warszawa 2012, s. 59 (dostęp na stronie internetowej UOKiK, 29.03.22r.: <https://uokik.gov.pl/download.php?plik=11796>)

9 Ibidem

10 M. Safjan, L. Bosek, *Konstytucja RP, Komentarz do art. 1-86*, Tom I., C.H. Beck 2016, art. 1 (dost. Legalis, 29.03.22r.)

rynkowej, zapewnia swobodę obrotu na wolnym rynku prywatnym podmiotom gospodarczym. Ogranicza tym samym interwencjonizm państwowy do minimalnego stopnia i sprowadza go jedynie do subsydiarnej kontroli procesów rynkowych zabezpieczających funkcjonowanie konkurencji w majestacie prawa<sup>11</sup>. W literaturze wybór społecznej gospodarki rynkowej określa się także jako swoisty kompromis między charakterystycznym dla państw socjalistycznych centralnym planowaniem państwa względem zarządzanej przez niego gospodarki oraz gospodarki wolnorynkowej w czystej postaci, która zakłada zupełny brak ingerencji państwa w procesy rynkowe z w pełni autonomicznym ich kształtowaniem<sup>12</sup>. Podkreślane jest przy tym, że jakakolwiek forma regulacji zewnętrznej rynku przez państwo może odbywać się wyłącznie w imię realizacji zasady praworządności oraz proporcjonalności, tj. w niezbędnej formie przewidzianej prawem i towarzyszącym tej ingerencji interesem publicznym. M. Błachucki<sup>13</sup> w tym kontekście podnosi, że właśnie w związku z faktem immanentnego powiązania wolnej, niezburzonej konkurencji z istnieniem społecznej gospodarki rynkowej w polskim systemie konstytucyjnym, tak istotną rolę pełni art. 22 Konstytucji, który zabezpiecza działanie wolnego rynku bez nadmiernej, nieuzasadnionej przepisami prawa ingerencji państwa w jego mechanizmy i tylko ze względu na cytowany interes publiczny, a także zgodnie ze wspomnianą zasadą proporcjonalności.

## 2. Regulacja ochrony konkurencji w polskiej ustawie antymonopolowej

### 2.1. Płaszczyzna podmiotowa ochrony Uokik

Jak zostało wskazane w rozważaniach powyżej, polski ustawodawca stosując normy publicznoprawne za przedmiot ochrony obiera zjawisko konkurencji, natomiast w znaczeniu podmiotowym ustawa przyjmuje dychotomiczny podział na ochronę konsumentów oraz przedsiębiorców, których interesów strzeże Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na mocy art. 1 ust. 1 Uokik<sup>14</sup>.

Z uwagi na przedmiot niniejszej pracy obszarem zainteresowania jest jedynie pierwsza grupa objęta zakresem podmiotowym działania Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w jej art. 1 ust. 1, tj. przedsiębiorcy. Zagadnienie to jest szczególnie istotne w kontekście rozważań, które nastąpią w rozdziale III, z uwagi na omawiany tam problem klasyfikacji powstałego bytu prawnego jako wspólnego przedsiębiorcy.

### 2.2. Definicja przedsiębiorcy w Uokik na tle regulacji w pozostałych ustawach

Ustawodawca w ustawie antymonopolowej przyjął autonomiczną wykładnię pojęcia przedsiębiorcy z uwagi na brak w polskim systemie prawnym jednolitej, uniwersalnej

11 Leon Kieres, *Spółeczna gospodarka rynkowa w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego* [w:] T. Kocowski, J. Gola, *Przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej*, Prace naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu, nr 372, 2014, s. 191 (dostęp 29.03.22r.: [https://prawo.uni.wroc.pl/sites/default/files/students-resources/L.%20Kieres\\_Spoleczna\\_gospodarka\\_rynkowa\\_w\\_orzecznictwie.pdf](https://prawo.uni.wroc.pl/sites/default/files/students-resources/L.%20Kieres_Spoleczna_gospodarka_rynkowa_w_orzecznictwie.pdf))

12 R. Blicharz, K. Horubski, M. Pawełczyk [w:] R. Hauser, *Publiczne prawo gospodarcze. System prawa administracyjnego. Prawo konkurencji w systemie publicznego prawa gospodarczego*, tom 8B, wyd. 2, C.H. Beck 2018, s. 669 (dostęp: Legalis, 29.03.22r.)

13 M. Błachucki, op. cit., s. 58

14 Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2021 r. poz. 275)

definicji tego pojęcia. Warto w tym miejscu także podkreślić, co jest kluczowe dla wspomnianych, przeprowadzonych w dalszej części pracy rozważań, że definicja ta nie jest także spójna z systemem prawa UE, co także jest przyczyną daleko idących rozbieżności i powstałych w związku z powyższym wątpliwości prawnych. W celu omówienia różnic wynikających z porównywanych legislacji, w pierwszej kolejności zostanie przedstawiona interpretacja polskiego ustawowego terminu przedsiębiorcy.

Definicja legalna przedstawianego pojęcia została zamieszczona w art. 4 ust. 1 Uokik. Ustawodawca przyjął szeroką definicję przedsiębiorcy, formułując oprócz autonomicznego określenia także odesłanie do art. 4 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców<sup>15</sup>. W związku z tym w judykaturze oraz doktrynie taka regulacja jest określana jako ułomna, natomiast samoistne, dodatkowe przesłanki statusu przedsiębiorcy sformułowane w art. 4 pkt 1 lit. a-c Uokik według orzecznictwa mają charakter rozszerzony i niezależny od sposobu regulacji wynikającej z Prawa przedsiębiorców<sup>16</sup>. Z uwagi na zastosowaną technikę ustawodawczą i charakter tego odesłania, tj. niewykluczanie się definicji z obu ustaw, zostaną one przedstawione łącznie.

Przedsiębiorcami w rozumieniu Uokik oraz ustawy Prawo przedsiębiorców, która zastąpiła wcześniejsze odesłanie do poprzednio obowiązującej ustawy o swobodzie działalności gospodarczej z 2004 roku<sup>17</sup> są:

- 1) osoby fizyczne, osoby prawne lub jednostki organizacyjne niebędące osobami prawnymi, którym odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonującymi działalność gospodarczą,
- 2) wspólnicy spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej,
- 3) osoby fizyczne, osoby prawne, a także jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, którym ustawa przyznaje zdolność prawną, organizujące lub świadczące usługi o charakterze użyteczności publicznej,
- 4) osoby fizyczne, które posiadają kontrolę nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, choćby nie prowadziły działalności gospodarczej, jeżeli podejmują dalsze działania podlegające kontroli koncentracji,
- 5) związek przedsiębiorców,
- 6) osoby fizyczne wykonujące zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzące działalność w ramach wykonywania takiego zawodu.

Z powyższego zestawienia kategorii podmiotów, które podlegają zakresowi pojęcia przedsiębiorcy wynika, że katalog ten ma charakter enumeratywny i zamknięty. Potencjalne dopracowanie określenia formułowane przez orzecznictwo oraz literaturę, może się zatem odbywać tylko w ramach funkcjonującej w ustawie definicji legalnej<sup>18</sup>. Orzecznictwo nie uzależnia zakwalifikowania danego podmiotu do kategorii przedsiębiorcy od uzyskania przez niego wpisu we właściwej ewidencji albo wid-

15 Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców (Dz. U. z 2021r. poz. 162 z późn. zm.)

16 Wyrok SN z 6 grudnia 2007 r., sygn. akt: III SK 16/07

17 Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2017 r. poz. 2168 z późn. zm.)

18 C. Banasiński, E. Piontek [w:] C. Banasiński, E. Piontek, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Lexis Nexis, Warszawa 2009, art. 4 (dostęp: LEX, 23.03.22r.)



nienia w określonym rejestrze, inaczej niż w przepisach prawa podatkowego lub prawa spółek, gdzie uzyskanie statusu przedsiębiorcy jest warunkowane spełnieniem przedmiotowej przesłanki. Taka tendencja jest wyraźna między innymi w orzecznictwie<sup>19 20</sup>, w którym zwraca się uwagę jedynie na fakt prowadzenia działalności gospodarczej przez dany podmiot i jednocześnie określa charakter wpisu do właściwego rejestru jako wyłącznie deklaratoryjny. To szerokie rozumienie definicji przedsiębiorstwa, jak wskazuje C. Banasiński w komentarzu do Uokik<sup>21</sup>, ma znaczenie w kontekście zasady pewności prawa, które musi spełniać ustawa, aby uniknąć potencjalnych wątpliwości prawnych dla podmiotów działających w zaufaniu do treści ustawy i zgodnie z jej reżimem. Stanowisko doktryny jest w tym zakresie jednoznaczne, że taki szeroki zakres ma na celu objęcie zastosowaniem ustawy „wszystkich rzeczywistych uczestników obrotu gospodarczego”<sup>22</sup>.

Kolejnym aspektem, na który zwraca uwagę C. Banasiński, powołując się na publikację C. Kosikowskiego, jest kwestia zarobkowego charakteru danej działalności, od której poszczególne ustawy uzależniają przyznanie danemu podmiotowi statusu przedsiębiorcy. Jak wskazują autorzy, regulacja zawarta w Uokik nie utożsamia osiągania zysku z prowadzeniem działalności w sposób zarobkowy, bowiem decydujący w tym przypadku jest sam zamiar generowania dochodu<sup>23</sup>.

### 2.3. Ochrona przedsiębiorców i konsumentów w świetle ustawy

Przedstawiony wcześniej podział na przedsiębiorców i konsumentów w art. 1 ust. 1 Uokik, według kontrowersyjnego stanowiska A. i E. Stawickich w komentowanym przez nich art. 1 Uokik nie uwzględnia przedsiębiorców w kategorii przedstawicieli zakresu podmiotowego ustawy, jako podlegających bezpośredniej ochronie ustawy<sup>24</sup>. Forma tej ochrony, określonej w ust. 2 komentowanego przepisu ustawy, tj. enumeratywne wyliczenie zasad i trybu przeciwdziałania praktykom godzącym w konkurencję, niewątpliwie w większym stopniu uprzywilejowuje konsumentów, natomiast nie wpływa na bezpośredniość ochrony, która jest przewidziana dla obu grup objętych zakresem obowiązywania ustawy. Wobec powyższego, przywołane powyżej stanowisko autorów, w moim przekonaniu, nie jest właściwe ze względu na wyrażnie wyrażoną w art. 1 Uokik konieczność ochrony zarówno konsumentów, jak i przedsiębiorców w tym samym stopniu i na podstawie jednakowego kryterium, tj. działania organu antymonopolowego w ramach interesu publicznego. Jak wynika także z wyroku Sądu Antymonopolowego z dnia 15 marca 1995 r., istotne przy określaniu możliwości objęcia ochroną Prezesa UOKiK danego podmiotu jest każdorazowe, przeprowadzane wobec okoliczności jednostkowej sprawy, porównanie interesu publicznego z interesem indywidualnym i w sytuacji niemożności pogodzenia obydwu, dawanie prymatu temu pierwszemu<sup>25</sup>. Ochrona ta w obu wskazanych przypadkach ma charakter bezpośredni, co wynika z literalnego brzmienia wskazanego przepisu ustawy. Zastrzeżeń nie budzi

19 Wyrok SN z 6 grudnia 2007 r., sygn. akt: III SK 16/07

20 Wyrok NSA z 25 października 2006 r., sygn. akt: II GSK 179/06

21 C. Banasiński, *ibidem*

22 E. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, wyd. II, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, art. 4 i przywołany tam wyrok SN z dnia 7 kwietnia 2004 r., sygn. akt: III SK 22/04 (dostęp: LEX, 23.05.22r.)

23 C. Banasiński, *ibidem*

24 A. Stawicki, E. Stawicki, *ibidem*, art. 1

25 Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 15 marca 1995r., sygn. akt: XVII Amr 66/94

natomiast wskazanie źródła ochrony przyznanej drugiej z grup zakresu podmiotowego ustawy, tj. przedsiębiorcom. Ochrona tych podmiotów, jak wynika z Uokik, zarówno w obowiązującym brzmieniu, jak i poprzednio obowiązującej ustawie z 2000 roku<sup>26</sup> oraz dostępnego orzecznictwa w tym przedmiocie, jest sprawowana w związku z ochroną samej konkurencji. Oznacza to, że partykularne interesy gospodarcze przedsiębiorców nie podlegają samoistnie ustawowej ochronie sprawowanej przez organ antymonopolowy. Takie stanowisko zostało wyrażone m.in. w postanowieniu Sądu Najwyższego<sup>27</sup> oraz w wyroku Sądu Antymonopolowego<sup>28</sup>, który wskazuje, że zasadne przy określaniu możliwości objęcia ochroną Prezesa UOKiK danego podmiotu jest każdorazowe, przeprowadzane wobec okoliczności jednostkowej sprawy, porównanie interesu publicznego z interesem indywidualnym i w sytuacji niemożności pogodzenia obydwu, dawanie prymatu temu pierwszemu.

#### 2.4. Płaszczyzna przedmiotowa regulacji Uokik

Zakres przedmiotowy ustawy został określony w przypadku Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów już w samym członie jej nazwy. Przepisy ustawy antymonopolowej służą ochronie konkurencji pod wszelkimi postaciami a instrumentarium prawne, w które został wyposażony organ ochrony konkurencji, tj. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, jest enumeratywnie określone w art. 1 ust. 2 Uokik.

Samo pojęcie konkurencji nie zostało jednoznacznie określone w przedmiotowej ustawie, co piśmiennictwo postrzega jako znaczący ubytek legislacyjny ze względu na istotną rolę aksjologiczną, jaką pełni omawiany akt prawny, uzasadniając ingerencję państwa w procesy rynkowe. Wobec braku definicji legalnej, należy odwołać się do proponowanego w literaturze, a czerpanego m. in. z dorobku nauk ekonomicznych podziału, który definiuje konkurencję. Na jego podstawie wyodrębnia się dwa nurty pojmowania konkurencji<sup>29</sup>, tj. nurt strukturalny i skutkowy. Pierwszy z wymienionych jest też określany jako podmiotowy, gdyż w obrębie tej klasyfikacji uwzględnia procesy zachodzące między podmiotami występującymi na rynku, wzajemne zależności polegające na rywalizacji o zmniejszenie konkurencji i pozyskanie klientów. Skutkowy sposób pojmowania pojęcia dotyczy natomiast istoty tego procesu, t.j. behawioralnych aspektów dążenia konkurentów do zapewnienia konsumentom optymalnych korzyści korzystania z rynku. Jak wskazuje K. Kohutek<sup>30</sup> w komentowanym art. 1 Uokik, powołując się na orzecznictwo oraz literaturę przedmiotu, w świetle ustawy bardziej zasadne jest przyjęcie rozumienia pojęcia konkurencji według drugiego z przedstawionych nurtów, tj. skutkowego, określanego też jako przedmiotowy, ze względu na materię, do jakiej się bezpośrednio odwołuje. Autor podnosi, że ta koncepcja konkurencji jest właściwsza dla głównego obiektu zainteresowania regulacji antymonopolowej, tj. konsumentów. Na poparcie tej tezy przywołane zostało

26 Ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 z późn. zm.)

27 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 2014 r., sygn. akt: III SK 21/14

28 Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 15 marca 1995 r. sygn. akt: XVII Amr 66/94

29 Tak m.in. K. Kohutek - K. Kohutek [w:] M. Sieradzka, K. Kohutek, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, art. 1, (dostęp: LEX 24.03.22r.) oraz E. Stawicki op. cit., a także T. Skoczny, D. Miąsik [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, wyd. 2, C.H. Beck 2014, art. 1 (dostęp: Legalis 24.03.22r.)

30 ibidem



orzecznictwo, m. in. Sądu Najwyższego, który odniósł się do ochrony konkurencji w sposób uwzględniający interesy konsumentów jako podmiotów o słabszej pozycji na rynku ze względu na nieprofesjonalny charakter działalności<sup>31</sup>. Takiej interpretacji zjawiska konkurencji nie podziela jednak przywołane w dalszej kolejności orzecznictwo, w którym wielokrotnie jest ona rozumiana jako wyłącznie mechanizm rynkowy i całokształt warunków, w jakich jest prowadzona działalność gospodarcza z pominięciem pierwiastka konsumenckiego<sup>32</sup>.

Odnosząc się do wskazanych wyżej poglądów literatury i orzecznictwa, w mojej opinii, konkurencja powinna być charakteryzowana z uwzględnieniem zarówno strukturalnych, jak i behawioralnych aspektów jej funkcjonowania. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów w art. 1, zarówno w ust. 1, który określa zakres przedmiotowy ochrony statuowanej przez ustawodawcę, jak i w ust. 2, który wyposaża organ antymonopolowy w instrumentarium prawne do ochrony zapisanych w ustawie wartości, w moim przekonaniu w jednakowym stopniu je chroni. Mimo szerszego zakresu określenia praktyk godzących w interesy konsumentów niż w te dotyczące przedsiębiorców, które zresztą określa inna ustawa<sup>33</sup>, ustawodawca nie wyraża wprost prymatu ochrony konsumentów w zestawieniu z konkurencją w rozumieniu mechanizmu wolności gospodarczej<sup>34</sup>. Takiej koncepcji przeczy również posłużenie się w art. 1 ust. 1 Uokik, określającym jej zakres przedmiotowy spójnikiem „i”, który wskazuje na równoważny charakter ochrony skierowanej wobec konkurencji oraz konsumentów.

Poczynione wyżej wprowadzenie ma służyć przystąpieniu do zasadniczego przedmiotu rozważań, którego dotyczy praca. Z dwóch przywołanych wyżej wartości, które są przedmiotem ochrony ustawy antymonopolowej, niżej opisana zostanie jedynie konkurencja, gdyż w zakresie koncentracji przedsiębiorców tylko praktyki jej zagrażające zostały objęte kontrolą sprawowaną przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów określa obszar normowania w jej art. 1 ust. 1. Określone w tym przepisie praktyki, tj. praktyki ograniczające konkurencję, praktyki naruszającym zbiorowe interesy konsumentów oraz praktyki polegające na stosowaniu niedozwolonych postanowień wzorców umów, a także przeciwdziałania antykonkurencyjnym koncentracjom przedsiębiorców i ich związków, stanowią zamknięty katalog, zatem ustawodawca wyznacza organowi ochrony konkurencji i konsumentów, czyli Prezesowi UOKiK, enumeratywnie wyliczony obszar działania w zakresie ochrony konkurencji. Jak zostało wskazane w ust. 1 przedmiotowego przepisu, podejmowane działania w celu tej ochrony powinny być prowadzone w interesie publicznym. Wymóg zawarty w ustawie w doktrynie jest określany jako klauzula generalna. Oznacza to, że w przypadku każdej sprawy podlegającej rozpoznaniu przez Prezesa UOKiK, organ ten jest zobowiązany do odwołania się do pojęć pozaprawnych i związanych z nimi ocen, co implikuje unikalność każdego rozstrzygnięcia w związku z indywidualnym charakterem okoliczności różnych spraw<sup>35</sup>. Władcza ingerencja

31 Wyrok SN z dnia 12 kwietnia 2013 r., sygn. akt: III SK 28/12

32 Wyrok SN z dnia 7 stycznia 2010 r., sygn. akt: III SK 16/08; wyrok SOKiK z dnia 16 listopada 2005 r., sygn. akt: XVII Ama 97/04

33 Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 z późn. zm.)

34 Wyrok SN z dnia 7 stycznia 2010 r., sygn. akt: III SK 16/08

35 A. Stawicki, E. Stawicki, op. cit., art. 1

Prezesa UOKiK w świetle ustawy jest uzasadniona stwierdzeniem przez niego na bazie okoliczności konkretnej sprawy naruszeniem, tj. zagrożeniem dla interesu publicznego<sup>36</sup>. Z wyroku Sądu Najwyższego wynika jednak, że wystarczająca jest jedynie realna możliwość istnienia danego naruszenia, nawet w sytuacji, gdy żaden z uczestników rynku nie został jeszcze dotknięty zakazanymi praktykami przedsiębiorcy<sup>37</sup>. Jak podkreśla się szeroko w judykaturze, wdrażanie reżimu antymonopolowego przez organ jest zasadne jedynie w przypadku objęcia niedozwolonymi praktykami „nieokreśloną z góry liczbę osób”, a nie pojedyncze jednostki lub składającą się z nich grupę<sup>38</sup>. Wskazana dyrektywa nie ma jednak zastosowania w sytuacji, gdy naruszenia interesu publicznego dopuszcza się podmiot o znaczącej pozycji rynkowej, jeżeli jest to wymierzone jedynie w indywidualne jednostki i nie powoduje zagrożenia dla rynku gospodarczego<sup>39</sup>. Jak wynika jednak z wyroku Sądu Najwyższego, powszechnie przyjmowana wykładnia nie wyklucza sytuacji stwierdzenia zagrożenia dla interesu publicznego w przypadku naruszenia przez przedsiębiorcę interesu indywidualnego, jeżeli mogłoby to jednocześnie prowadzić do naruszenia interesu ogółu i „ustanowienia lub utrwalenia monopolistycznych praktyk rynkowych”<sup>40</sup>.

### 3. Koncentracje przedsiębiorców

Dokonane przez ustawodawcę w art. 1 ust. 2 Uokik wyczerpujące wyliczenie zakazanych praktyk godzących w konkurencję można podzielić na dwie zasadnicze grupy. Jak wskazuje M. Wierzbowski<sup>41</sup>, i jak wynika z treści przywołanej ustawy, pierwszą z nich są praktyki ograniczające konkurencję, praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów oraz te polegające na stosowaniu niedozwolonych postanowień wzorców umów, natomiast do grupy drugiej zalicza się antykonkurencyjne koncentracje przedsiębiorców. Ze względu na przedmiot niniejszej pracy dotyczący zagadnienia koncentracji przedsiębiorców i scharakteryzowania mechanizmów ochrony przewidzianych przez ustawę, mających na celu przeciwdziałanie temu zjawisku, poniżej zostaną omówione jedynie naruszenia określone w dziale III Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów - „Koncentracje przedsiębiorców”.

Wskazane powyżej dwie grupy antykonkurencyjnych działań podejmowanych przez przedsiębiorców zostały wyróżnione w oparciu o kryterium momentu administracyjnoprawnej ingerencji Prezesa UOKiK. Praktyki zakazane przez ustawę w pierwszej z grup podlegają ocenie Prezesa ex post, tj. w związku z dokonaniem już naruszeniem organ ten nakłada na podmioty dopuszczające się go sankcje administracyjnoprawne, natomiast koncentracje przedsiębiorców są objęte prewencyjną kontrolą, która polega na dopuszczeniu danej koncentracji lub wydaniu zakazu jej dokonania przez organ antymonopolowy<sup>42</sup>.

36 K. Kohutek, op. cit., art. 1

37 Wyrok SN z dnia 24 lipca 2003 r., sygn. akt: I CKN 496/01

38 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 3 października 2012 r., sygn. akt: VI ACa 1319/11

39 C. Banasiński, E. Piontek, *Ustawa (...). Komentarz*, op. cit., art. 1

40 Wyrok SN z dnia 26 lutego 2004 r., sygn. akt: III SK 2/04

41 M. Wierzbowski [w:] M. Wierzbowski, K. Karasiewicz, R. Stankiewicz, *Kontrola koncentracji przedsiębiorców*, Studia Prawa Prywatnego, C. H. Beck, Zeszyt 2 (25) 2012, s. 6 (dostęp online Legalis: 25.03.22r.)

42 Ibidem oraz K. Kohutek, op. cit., art. 13

### 3.1. Brak legalnej definicji koncentracji

Rozważania na temat jednego z obszarów kontroli dokonywanej na podstawie ustawy przez Prezesa UOKiK należy poprzedzić wyjaśnieniem terminu *koncentracja* użytego w ustawie antymonopolowej. O ile w regulacjach europejskich te stany są wymienione enumeratywnie w aktualnym Rozporządzeniu Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw<sup>43</sup>, to w polskiej ustawie podane są tylko stany faktyczne, które po stwierdzeniu ich zaistnienia są kwalifikowane jako koncentracja - art. 13 ust. 2 ustawy antymonopolowej. Unijna klasyfikacja jest o tyle bogatsza, że w Obwieszczeniu dedykowanym do rozporządzenia 139/2004 kazuistycznie zostały opisane przypadki występowania koncentracji<sup>44</sup>, zatem istnieje większa pewność co do interpretacji i zastosowania w porównaniu do polskiej ustawy. W polskim systemie prawnym zasadnicze regulacje muszą znaleźć się w aktach o randze ustawowej, a więc w przypadku opisywanej regulacji istnieje potrzeba przede wszystkim definicji legalnej terminu koncentracja (szeroko ten postulat podnosi się w literaturze - m. in. M. Błachucki<sup>45</sup>) w ustawie, natomiast uzasadnienie kryteriów oceny powinno znaleźć się również w akcie prawnym mającym moc powszechnie obowiązującą.

Takim aktem jest m.in. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2014 r. w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji przedsiębiorców<sup>46</sup>, które określa warunki formalne i proceduralne dotyczące zgłoszenia koncentracji, a brak jest materialnych przesłanek służących do interpretacji danych stanów faktycznych. W związku z powyższym, brak jest w polskim systemie prawnym aktów na miarę unijnego soft law, którym jest przywołane wyżej obwieszczenie, które podobnie jak to, spełniałoby funkcję interpretacyjną i wyjaśniającą zarówno dla organów ochrony konkurencji, jak i samych adresatów prawa i zapewniałoby pewność obrotu. Z pewnością takiej funkcji, z racji braku powszechnego obowiązywania, nie pełnią liczne komentarze i inne publikacje na temat polskiej ustawy antymonopolowej. Takiej funkcji nie mają także przywoływane przez mnie w pracy *Wyjaśnienia w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji*, wydawane przez Prezesa UOKiK, ponieważ po pierwsze w polskim systemie prawnym nie istnieje precedens, a więc opisywane tam stany faktyczne spraw i zapadłe rozstrzygnięcia nie mają powszechnego zastosowania (organ zobowiązał się tylko do ich uwzględniania w swojej praktyce decyzyjnej), a po drugie z uwagi na formę decyzji administracyjnej, w jakiej wydawane są te rozstrzygnięcia (Art.18 Uokik), mają zastosowanie wyłącznie do indywidualnie oznaczonego podmiotu.

43 Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (rozporządzenie WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw), Dziennik Urzędowy L 024, 29/01/2004 P. 0001 - 0022

44 Skonsolidowane obwieszczenie Komisji dotyczące kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. U. UE 2008/C 95/01)

45 M. Błachucki, *System (...)*, op. cit., s. 163

46 Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2014 r. w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji przedsiębiorców na podstawie art. 94 ust. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. 2015 poz. 80)

## 3.2. Obowiązek notyfikacyjny koncentracji

### 3.2.1. Charakter zgłoszenia koncentracji Prezesowi UOKiK

Jak już zostało wskazane w części pracy dotyczącej regulacji zawartej w art. 1 ust. 2 Uokik, określającej zakres zastosowania Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, przedmiotem zgłoszenia dokonywanego przez przedsiębiorców chcących przeprowadzić koncentrację jest nie fakt jej dokonania, a istniejący po ich stronie zamiar<sup>47</sup>. Oznacza to, że przewidziana w art. 13 Uokik kontrola koncentracji dokonywana przez Prezesa UOKiK ma charakter *ex ante*, przeciwnie do mechanizmu stosowanego przy ocenie praktyk ograniczających konkurencję, w przypadku których ma miejsce *ex post*<sup>48</sup>. Jak wskazuje C. Banasiński, takie rozwiązanie legislacyjne w przypadku koncentracji jest podyktowane specyfiką potencjalnego naruszenia w kontekście trudności z przywróceniem stanu zgodnego z prawem w przypadku stwierdzenia niedozwolonych działań. Zastosowanie kontroli *ex post* w omawianym przypadku prowadziłoby do uchybienia pewności obrotu gospodarczego i generowania kosztów związanych z restytucją właściwego porządku prawnego<sup>49</sup>.

### 3.2.2. Podmioty objęte obowiązkiem zgłoszenia

Jak wskazuje C. Banasiński<sup>50</sup> oraz K. Kohutek w komentowanym przepisie<sup>51</sup>, obowiązek notyfikacyjny przewidziany w art. 13 Uokik dotyczy wyłącznie przedsiębiorców. Wynika to z literalnego brzmienia ustawy, która w przedmiotowym przepisie formułuje dyrektywę skierowaną wyłącznie do przedsiębiorców mających zamiar uczestniczenia w poszczególnych rodzajach koncentracji wyszczególnionych ust. 2. Z uwagi na przedstawione we wcześniejszych fragmentach pracy pojęcie przedsiębiorcy odnośnienie się ponownie do jego definicji uznaję za niecelowe, zatem aktualne są dokonane uprzednio rozważania.

### 3.2.3. Zakres przedmiotowy koncentracji

W art. 13 ust. 2 Uokik ustawodawca w sposób enumeratywny wymienia operacje, których zamiar dokonania rodzi obowiązek notyfikacyjny do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Obowiązkiem tym został objęty zamia:

- 1) połączenia dwóch lub więcej samodzielnych przedsiębiorców,
- 2) przejęcia - przez nabycie lub objęcie akcji, innych papierów wartościowych, udziałów lub w jakikolwiek inny sposób - bezpośredniej lub pośredniej kontroli nad jednym lub więcej przedsiębiorcami przez jednego lub więcej przedsiębiorców
- 3) utworzenia przez przedsiębiorców wspólnego przedsiębiorcy,

47 Wyrok SOKiK z 12 listopada 2003 r., sygn. akt: XVII Ama 129/02

48 C. Banasiński, E. Piontek, op. cit., art. 13

49 ibidem

50 ibidem

51 K. Kohutek, op. cit., art. 13

- 4) nabycia przez przedsiębiorcę części mienia innego przedsiębiorcy (całości lub części przedsiębiorstwa), jeżeli obrót realizowany przez to mienie w którymkolwiek z dwóch lat obrotowych poprzedzających zgłoszenie przekroczył na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej równowartość 10.000.000 euro.

Zastosowanie przez ustawodawcę zamkniętego katalogu w powyższej regulacji w mojej ocenie pełni dwie istotne funkcje: po pierwsze, enumeratywne i wyczerpujące wyliczenie stanów faktycznych, których zamiar wywołania podlega obowiązkowi notyfikacyjnemu ma zwiększyć pewność prawną obrotu. Na przedsiębiorców, jako profesjonalnych uczestników obrotu, ustawodawca nakłada większe wymogi co do zachowania należytej staranności i działania zgodnie z prawem, zatem przepisy w sposób jasny powinny formułować przesłanki służące do samookreślenia czy dana zamierzona transakcja wymaga uprzedniego zgłoszenia. Po drugie, wskazany sposób regulacji pełni funkcję zabezpieczającą przed dowolnym rozszerzaniem katalogu koncentracji przez organ antymonopolowy. Jak podnosi E. Wierciński w komentowanym przepisie<sup>52</sup>, zobiektywizowany sposób określenia katalogu ma zapobiegać arbitralności rozstrzygnięć dokonywanych przez Prezesa UOKiK podczas oceny czy dana transakcja może być uznana za koncentrację. A contrario, w związku z przywołanym przepisem, oznacza to, że transakcje, które nie są przewidziane w art. 13 ust. 2 Uokik, nie spełniają przesłanek kwalifikowania ich jako koncentracje i w związku z tym nie podlegają zgłoszeniu do Prezesa UOKiK.

#### 3.2.4. Wielkość obrotu powodująca obowiązek zgłoszenia koncentracji

Zamiar dokonania koncentracji, który zgodnie z art. 13 ust. 1 Uokik podlega obowiązkowi zgłoszenia do Prezesa UOKiK, dotyczy przypadków, gdy:

- 1) łączny światowy obrót przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekracza równowartość 1.000.000.000 euro lub
- 2) łączny obrót na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekracza równowartość 50.000.000 euro.

##### 3.2.4.1. Alternatywa dotycząca obrotu krajowego i światowego

Ustawodawca w komentowanym przepisie posłużył się partykułą „lub”, która zgodnie z regułami wykładni zakłada występowanie alternatywy w regulacji. Oznacza to, że zamiar danej koncentracji, aby powodował obowiązek zgłoszenia, musi przekraczać co najmniej jeden z określonych w art. 13 ust. 1 Uokik progów, tj. próg ustalony w art. 13 ust. 1 pkt 1 Uokik odnoszący się do obrotu światowego, lub próg z art. 13 ust. 1 pkt 2 Uokik, odnoszący się do progu krajowego<sup>53</sup>.

W art. 13 ust. 1 Uokik ustawodawca, wskazując na wielkość obrotu przedsiębiorców, której przekroczenie powoduje obowiązek zgłoszenia koncentracji, posłużył się kryterium określanym w doktrynie jako tzw. próg bagatelności koncentracji. Oznacza to,

52 E. Wierciński [w:] A Stawicki, E. Stawicki, op. cit., art. 13

53 K. Kohutek, op. .cit., art. 13

że po przekroczeniu określonego progu, który ustawa „określa” jako bagatelny, zamiar koncentracji podlega zgłoszeniu jako mogący potencjalnie zagrażać konkurencji na rynku z uwagi na znaczący potencjał ekonomiczny zaangażowanych w nie przedsiębiorców<sup>54</sup>. Założenie „niebagatelny” charakteru danej operacji, która spełnia przyjęte w ustawie kryteria ma jednak charakter domniemania, które może zostać obalone rozstrzygnięciem Prezesa UOKiK w jednym z rodzajów decyzji omówionych w dalszej części niniejszej pracy. Przedmiotowy zabieg legislacyjny w moim przekonaniu przyczynia się do zwiększenia ekonomiki prawa poprzez przyjęcie, że zgłoszenie koncentracji o przypuszczalnym znikomym wpływie na rynek jest niecelowe i w nadmiernym stopniu obciąża przedsiębiorców.

Przyjęte rozwiązanie, mimo rozbieżności doktrynalnych co do wysokości przyjętego progu, wydaje się postępować we właściwym kierunku. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów na przestrzeni lat, poprzez dokonywane przez ustawodawcę nowelizacje ustawy regulującej jego działalność, dąży do zwiększenia wydajności działania i, zgodnie z wytycznymi zawartymi w art. 1 ust. 1 Uokik, stworzenia najbardziej optymalnych warunków do rozwoju i ochrony konkurencji. Toteż, w odniesieniu do bieżącego zagadnienia, należy zwrócić uwagę na uchwalenie nowej ustawy w 2007 roku, przy której kształtowaniu jednym z głównych założeń miało być zredukowanie ilości spraw prowadzonych przez Prezesa UOKiK, a cel ten miał zostać osiągnięty przez podniesienie progów bagatelności w ustawie, która miała zastąpić poprzednio obowiązującą ustawę z 2000 roku. Rozpatrywane koncentracje miały zostać ograniczone do tych o najbardziej istotnym znaczeniu dla funkcjonowania rynku i jednocześnie tworzących największe zagrożenie dla prawidłowej konkurencji<sup>55</sup>. Jak wskazuje M. Kolasiński, zwiększenie progu łącznego światowego obrotu grup kapitałowych uczestników koncentracji z 50 milionów euro na, odpowiednio, 1 mld euro przy obrocie światowym i 50 mln euro przy obrocie krajowym, służyło osiągnięciu celu zakładanego przez ustawodawcę w dokonanej nowelizacji<sup>56</sup>.

### 3.3. Rodzaje koncentracji

Jak już zostało wskazane we wcześniejszych fragmentach niniejszej pracy, ustawodawca, podobnie jak to czyni w przypadku omawianych wyżej progów bagatelności koncentracji, w zakresie stanów faktycznych określanych mianem koncentracji, zastosował ten sam zabieg legislacyjny, polegający na enumeratywnym ich wyliczeniu. W art. 13 ust. 2 Uokik zostały określone następujące operacje, których zamiar podlega obowiązkowi zgłoszenia do Prezesa UOKiK:

- 1) połączenia dwóch lub więcej samodzielnych przedsiębiorców,
- 2) przejęcia - przez nabycie lub objęcie akcji, innych papierów wartościowych, udziałów lub w jakikolwiek inny sposób - bezpośredniej lub pośredniej kontroli nad jednym lub więcej przedsiębiorcami przez jednego lub więcej przedsiębiorców,

---

54 C. Banasiński, E. Piontek, op. cit., art. 13

55 M. Kolasiński, *Polityka kontroli koncentracji w Polsce - stan obecny i możliwe zmiany*, iKAR 2012 nr 1 (1), s. 75 (dostęp online 26.03.22r.: [https://ikar.wz.uw.edu.pl/images/numery/01/pdf/01\\_kolasinski\\_polityka.pdf](https://ikar.wz.uw.edu.pl/images/numery/01/pdf/01_kolasinski_polityka.pdf))

56 ibidem



- 3) utworzenia przez przedsiębiorców wspólnego przedsiębiorcy,
- 4) nabycia przez przedsiębiorcę części mienia innego przedsiębiorcy (całości lub części przedsiębiorstwa), jeżeli obrót realizowany przez to mienie w którymkolwiek z dwóch lat obrotowych poprzedzających zgłoszenie przekroczył na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej równowartość 10.000.000 euro.

Z uwagi na przedmiot niniejszej pracy, w kolejnych rozdziałach nastąpi omówienie jedynie rodzaju koncentracji przewidzianego przez ustawę w art. 13 ust. 2 pkt 3 Uokik, tj. utworzenie wspólnego przedsiębiorcy.

### 3.4. Nadzór nad koncentracjami

Organem właściwym w sprawie oceny dopuszczalności dokonania koncentracji w formie przewidzianej w art. 13 ust. 2 Uokik, jest Prezes UOKiK. Organ ten, jako centralny organ administracji rządowej, którą to pozycję konstytuuje art. 29 ust. 1 Uokik, jest wyposażony przez ustawę antymonopolową odpowiednio w art. 31 pkt 1 i pkt 2 tej ustawy w kompetencje do sprawowania kontroli nad koncentracjami przedsiębiorców i wydawania decyzji w przedmiotowych sprawach.

Odnosząc się do pierwszej ze wskazanych kompetencji przyznanych Prezesowi UOKiK w sprawach koncentracji, w doktrynie jest kwestionowana terminologia, którą posługuje się ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. W art. 31 pkt 1 tej ustawy ustawodawca zastrzega dla organu antymonopolowego formę kontroli, natomiast w omawianym przypadku, jak zauważa M. Błachucki<sup>57</sup> właściwsze jest przyjęcie pojęcia „nadzór”, co wynika z wykładni prawa administracyjnego materialnego. Autor podnosi, że kategoria pojęciowa kontroli jest zbyt wąska dla określenia mechanizmu działania organu antymonopolowego przewidzianego w ustawie. Koncepcja ta znajduje potwierdzenie w wykładni terminu kontroli postulowanego przez wybitnych w swojej dziedzinie administratywistów (m. in. przywołanego J. Bocia), którzy rozumieją to pojęcie jedynie jako porównanie ocenianego stanu ze stanem pożądanym przez przepisy, ustalenie przyczyny stwierdzonych rozbieżności i sformułowaniu ewentualnych zaleceń w celu osiągnięcia stanu zgodnego z prawem. Kontrola, mimo że stanowi etap nadzoru, to jednak nie zawiera w sobie kluczowego czynnika, który wynika z istoty nadzoru, tj. jednostronnego i autorytatywnego oddziaływania na nadzorowany przez siebie podmiot<sup>58</sup>.

Jak zauważa jednak M. Błachucki<sup>59</sup>, kategoria nadzoru nie jest odpowiednią w przypadku omawianego zagadnienia z uwagi na brak systemu podporządkowania istniejącego między Prezesem UOKiK jako organem nadzorującym a uczestnikami koncentracji jako podmiotami nadzorowanymi. Nadzór, jak słusznie wskazuje autor, może istnieć tylko w przypadku administracyjnego podporządkowania między podmiotami pozostającymi w relacji nadzoru, natomiast w przypadku badania koncentracji nie zachodzi taka zależność między organem antymonopolowym a podmiotem ze sfery zewnętrznej administracji.

<sup>57</sup> M. Błachucki, op. cit., s. 24

<sup>58</sup> J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, wyd. 9, Wolters Kluwer 2020, s. 215-217 (dostęp LEX: 30.03.22r.)

<sup>59</sup> M. Błachucki, ibidem

### 3.5. Rozstrzygnięcia w sprawach koncentracji

W odniesieniu do drugiej z kompetencji zastrzeżonej przez ustawę dla Prezesa UOKiK, ustawa przewiduje szereg rozstrzygnięć, które mogą zapaść w wyniku postępowania przeprowadzonego przez organ antymonopolowy w sprawie koncentracji przedsiębiorców. W art. 18-20 Uokik zostały określone następujące rodzaje decyzji, jakie może wydać Prezes UOKiK, kończąc postępowanie w danej sprawie:

- 1) wyrażenie zgody bezwarunkowej (art. 18),
- 2) wyrażenie zgody warunkowej z zastrzeżeniem spełnienia przez przedsiębiorców nałożonych na nich obowiązków (art. 19 ust. 1),
- 3) zakazanie dokonania koncentracji (art. 20),
- 4) wyrażenie zgody wyjątkowej (art. 20).

Podstawą do wydania przez Prezesa UOKiK decyzji na mocy powyższych przepisów jest omawiane wcześniej zgłoszenie przez zainteresowane podmioty, tj. przedsiębiorców zamiaru koncentracji w związku z obowiązkiem ustanowionym w art. 13 ust. 1 i 2 Uokik. Konstrukcja obowiązku notyfikacyjnego polegającego na uprzednim zgłoszeniu organowi antymonopolowemu przedmiotowej operacji jest emanacją prewencyjnego charakteru mechanizmu kontrolnego. Przedsiębiorcy są zobowiązani na podstawie art. 97 ust. 1 Uokik, do czasu wydania rozstrzygnięcia przez Prezesa UOKiK, do nieprzeprowadzania koncentracji oraz do powstrzymania się od wszelkich działań, które w ocenie organu antymonopolowego mogłyby zostać zakwalifikowane jako naruszenie obowiązku przewidzianego we wskazanym przepisie. Wyjątki od tej zasady przewiduje art. 98 Uokik, który zawiera przykładowy katalog czynności, które mogą podejmować strony, nieskutkujące narażeniem się na odpowiedzialność naruszenia art. 97 ust. 1 Uokik. Przykładem rozstrzygnięcia stwierdzającego naruszenie tego przepisu jest decyzja Prezesa UOKiK w sprawie przejęcia przez M.O. kontroli nad Empik Media & Fashion S.A.<sup>60</sup>, w której organ antymonopolowy zakwalifikował zawarcie określonych umów spółki jako dokonanie koncentracji *de facto*.

#### 3.5.1. Wydanie decyzji wyrażającej zgodę na dokonanie koncentracji

Prezes UOKiK, po przeprowadzeniu testu istotnego ograniczeniu konkurencji, w wyniku którego stwierdza, że planowana koncentracja nie doprowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji na rynku, tj. do powstania lub umocnienia pozycji dominującej na rynku, zgodnie z dyspozycją zawartą w art. 18 Uokik, wydaje zgodę bezwarunkową na dokonanie koncentracji.

Prześlanka „istotnego ograniczenia konkurencji”, jak wskazuje T. Skoczny w komentarzu do omawianego przepisu, ma charakter bardzo ogólny i szeroki<sup>61</sup>. Organ, badając możliwy wpływ koncentracji na ograniczenie konkurencji na rynku, nie ma do dyspozycji żadnych wytycznych ustawowych ani aktów wykonawczych, które definiowałyby pojęcie, którym posługuje się ustawodawca w art. 18 Uokik. Posiłkowo może

60 Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 29 grudnia 2017r., Decyzja nr DKK-210/2017 (dostęp: Strona internetowa UOKiK 1.04.22r.: [https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec\\_prez.nsf/43104c28a7a1be23c1257eac006d8d-d4/3c768694a9590998c1258228004b6a9d/\\$FILE/BIP\\_29.12.2017\\_DKK2\\_430\\_501\\_16\\_IPW\\_Ondrejka\\_kara\\_Decyzja.pdf](https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/43104c28a7a1be23c1257eac006d8d-d4/3c768694a9590998c1258228004b6a9d/$FILE/BIP_29.12.2017_DKK2_430_501_16_IPW_Ondrejka_kara_Decyzja.pdf))

61 T. Skoczny, E. Aziewicz [w:] T. Skoczny, op. cit. , art. 18



posługiwać się jedynie wskazanym testem istotnego ograniczenia konkurencji uregulowanym w rozporządzeniu unijnym 139/2004 (źródło) oraz wytycznymi tam zawartymi, jednak z uwagi na nie posiadanie przez nie waloru normatywnego w krajowym porządku prawnym nie mają one charakteru wiążącego. Jak słusznie podnosi jednak C. Banasiński w komentarzu do Uokik, z praktyki decyzyjnej wynika, że Prezes UOKiK dokonuje oceny koncentracji od strony negatywnej, to jest, jeżeli nie stwierdzi występowania przesłanek, które przemawiałyby za wydaniem decyzji odmownej dokonania koncentracji, organ ten wydaje decyzję wyrażającą zgodę na przedmiotową operację<sup>62</sup>. Stanowisko to wydaje się uzasadnione ze względu na wskazany brak powszechnie obowiązujących, jednolitych wytycznych, które w konkretny sposób formułowałyby przesłanki, które koncentracja musi spełniać, aby nie prowadzić do zakazanego przez ustawę antymonopolową istotnego ograniczenia konkurencji.

Wydanie bezwarunkowej zgody na dokonanie koncentracji następuje w drodze decyzji administracyjnej. W związku z brakiem w Uokik dodatkowych wymogów formalnych precyzujących elementy omawianej decyzji, w tym zakresie zastosowanie mają przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego<sup>63</sup>, stosownie do odesłania przewidzianego w art. 83 Uokik<sup>64</sup>. Zgodnie z art. 107 par. 4 k.p.a., który ma zastosowanie w przypadku decyzji bezwarunkowej, organ może odstąpić od uzasadnienia decyzji, jeżeli decyzja w całości uwzględnia żądanie strony. W związku z powyższym, Prezes UOKiK może odstąpić od uzasadnienia decyzji, i jak wynika z praktyki decyzyjnej organu, w dużej mierze korzysta z takiej możliwości<sup>65</sup>.

### 3.5.2. Wyrażenie zgody warunkowej

Po przeprowadzonym postępowaniu w sprawie zgłoszonej koncentracji Prezes UOKiK, mimo stwierdzenia, że zamierzona przez strony operacja wypełnia przesłanki zakazujące jej dokonania z art. 20 Uokik, tj. w wyniku jej przeprowadzenia konkurencja na rynku zostanie istotnie ograniczona, organ może wydać decyzję pozytywną, zastrzegając jednak w jej treści określone warunki prowadzące do zachowania prawidłowej konkurencji na rynku. Źródłem tego zastrzeżenia jest treść art. 19 ust. 2 Uokik, który zawiera otwarty katalog warunków, które mogą zostać nałożone na podmioty zgłaszające zamiar dokonania koncentracji. Przepis ten posługuje się przykładowym wyliczeniem ze względu na konieczność dostosowania warunków do okoliczności konkretnej sprawy<sup>66</sup>. Przedsiębiorcy po wypełnieniu obowiązków wynikających z art. 19 ust. 1 Uokik mają możliwość zastosowania się do rozstrzygnięcia decyzji, tj. przeprowadzenia koncentracji. Jak słusznie podkreśla C. Banasiński, mimo przyjmowanego w doktrynie „warunkowego” charakteru, w istocie ma ona wymiar bezwarunkowy, ponieważ zastrzeżone w treści decyzji obowiązki nie wpływają na ważność decyzji, a jedynie odnoszą się do zezwolenia na dokonanie koncentracji<sup>67</sup>.

Mimo pozytywnego charakteru omawianej regulacji, na podstawie której przedsiębiorcy mogą doprowadzić modyfikacją swojego zamierzenia do wydania pożądanej

62 C. Banasiński, E. Piontek, op. cit., art. 18

63 Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2021 r. poz. 735 z późn. zm.)

64 ibidem

65 K. Kohutek, op. cit., art. 18

66 ibidem, art. 19

67 C. Banasiński, E. Piontek, op. cit., art. 19

przez siebie decyzji, niezasadne wydaje się sformułowanie użyte w przedmiotowym unormowaniu. Art. 19 ust. 1 Uokik posługuje się pojęciem warunku, który w języku prawnym, oznacza uzależnienie zaistnienia albo ustania skutków prawnych od zdarzenia przyszłego i niepewnego, jak wynika z definicji warunku zawartej w art. 89 Kodeksu cywilnego<sup>68</sup>. Jak wskazuje R. Stankiewicz, takie rozumienie pojęcia warunku ustalone w cytowanym przepisie wydaje się nie do pogodzenia z charakterem obowiązków, które nakłada na strony koncentracji Prezes UOKiK.

W przypadku niespełnienia przez przedsiębiorcę obowiązków nałożonych przez organ antymonopolowy w art. 19 ust. 2 Uokik lub niespełniania obowiązku składania w wyznaczonym terminie informacji o realizacji tych warunków przewidzianego w art. 19 ust. 3 Uokik, Prezes UOKiK na podstawie art. 21 ust. 1 Uokik może uchylić decyzję warunkową. Użyte w przepisie wyrażenie „może” oznacza fakultatywność działania Prezesa UOKiK, który, jak podkreśla R. Stankiewicz, po stwierdzeniu wypełnienia np. części obowiązków przez przedsiębiorcę, organ może uznać, że doszło już tym samym do nakazanego w decyzji doprowadzenia do prawidłowego stanu konkurencji<sup>69</sup>. Jak wskazuje autor, jest to dodatkowy argument przemawiający za niewłaściwością sformułowania „warunek” w odniesieniu do decyzji z art. 19 ust. 1, ponieważ jego niespełnienie nie ma skutku rozwiązującego czy zawieszającego dla samej decyzji.

### 3.5.3. Decyzja zakazująca dokonania koncentracji

Decyzja niewyrażająca zgody na koncentrację ma swoje źródło w jednej z norm kompetencyjnych zawartych w art. 20 Uokik. Zgodnie z hipotezą wskazanego przepisu, Prezes UOKiK jest zobligowany do wydania decyzji zakazującej dokonania koncentracji, jeżeli w toku postępowania zainicjowanego wnioskiem stron zamierzających dokonać koncentracji organ stwierdzi, że w jej wyniku dojdzie do istotnego ograniczenia konkurencji na rynku, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej podmiotu.

Podjęcie takiego rozstrzygnięcia przez Prezesa UOKiK powoduje po stronie przedsiębiorców niedopuszczalność zrealizowania zamiaru koncentracji. Jak wskazuje K. Kohutek<sup>70</sup> niezastosowanie się do nakazu powstrzymania się od koncentracji do momentu wydania decyzji określonego w art. 97 ust. 1 Uokik, albo jej dokonanie mimo wydania decyzji zakazującej, może powodować odpowiedzialność o podwójnym wymiarze. Na przedsiębiorcę dopuszczającego się naruszeń może zostać nałożona nie tylko sankcja przewidziana w art. 106 ust. 1 Uokik, który statuuje możliwość nałożenia kary pieniężnej przez Prezesa UOKiK, ale również organ może zastosować środki restrykcyjne określone w art. 21 ust. 2 w zw. z art. 21 ust. 4 Uokik.

---

68 R. Stankiewicz, *Charakter prawny decyzji Prezesa UOKiK zezwalającej na dokonanie koncentracji z art. 18 ust. 1 ustawy antymonopolowej*, Kwartalnik Prawa Publicznego 6/3, 2006, s. 127 (dostęp online 1.04.22r.: [https://bazhum.muzhp.pl/media/files/Kwartalnik\\_Prawa\\_Publicznego/Kwartalnik\\_Prawa\\_Publicznego-r2006-t6-n3/Kwartalnik\\_Prawa\\_Publicznego-r2006-t6-n3-s123-136/Kwartalnik\\_Prawa\\_Publicznego-r2006-t6-n3-s123-136.pdf](https://bazhum.muzhp.pl/media/files/Kwartalnik_Prawa_Publicznego/Kwartalnik_Prawa_Publicznego-r2006-t6-n3/Kwartalnik_Prawa_Publicznego-r2006-t6-n3-s123-136/Kwartalnik_Prawa_Publicznego-r2006-t6-n3-s123-136.pdf))

69 Ibidem, s. 130

70 K. Kohutek, op. cit., art. 20

## Rozdział II.

### 1. *Joint ventures*

Istnienie na rynku nieustannej „walki konkurencyjnej”, kształtowanie nowej rzeczywistości gospodarczej po przemianach ustrojowych oraz postęp nowych procesów inwestycyjnych między przedsiębiorcami prowadzi do poszukiwania nowych perspektyw generowania zysku na rynku. Także globalizacja i udoskonalenie technologii wyzwała w konkurujących dotychczas między sobą podmiotach tendencje do rozwoju przedsiębiorstw poprzez łączenie się ich oraz współdziałanie celem zapobiegnięcia eliminacji wg naturalnego schematu „większy gracz jest silniejszy”<sup>71</sup>. Nie do przecenienia są korzyści ekonomiczne, które można odnieść decydując się na połączenie interesów ekonomicznych. W celu podnoszenia statusu ekonomicznego oraz rozwoju przedsiębiorstwa, jego organy zarządzające decydują się często na powiązanie interesów gospodarczych poprzez wzajemną współpracę z innymi podmiotami działającymi na rynku. Zmiany te odbywają się w oparciu o przekształcenia strukturalne i organizacyjne przewidziane w obowiązujących przepisach, regulujących m.in. proces koncentracji, ze szczególnym uwzględnieniem przedmiotu niniejszego rozdziału, tj. utworzenia wspólnego przedsiębiorcy określanego także terminem joint venture.

#### 1.1. Definicja *joint venture*

Termin „joint venture” funkcjonuje w języku prawniczym na zasadzie zwrotu zapożyczonego z języka angielskiego, i jest rozumiany powszechnie w literaturze jako „wspólne przedsięwzięcie”, ewentualnie też „wspólne ryzyko”. W potocznym a także ekonomicznym rozumieniu w obiegu funkcjonuje jako „spółka handlowa firmy krajowej i zagranicznej lub spółek zagranicznych zawiązana na terenie jakiegoś kraju”<sup>72</sup>. Tłumaczenie to stanowi pewien kompromis znaczeniowy między krajową a unijną regulacją pojęcia, które jest odmiennie definiowane przez oba porównywane porządki prawne. W polskim prawie występuje w obowiązującej Ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów jako wspólny przedsiębiorca i tak jest określany zarówno w art. 13 ust. 2 pkt 3 Uokik, regulującym obowiązek zgłoszenia koncentracji, jak i w całym dalszym brzmieniu ustawy. Brak definicji legalnej powoduje jednak w regulacji antymonopolowej swoisty chaos interpretacyjny, ponieważ mimo funkcjonowania tego terminu w obrocie prawnym i licznych przykładach w literaturze przedmiotu, nie uległ on ujednoliceniu.

Powyższe trudności interpretacyjne wynikają przede wszystkim z rozbieżności pojęcia „przedsiębiorca” i „przedsiębiorstwo” w legislacji polskiej i unijnej. Pojęcia te były wyjaśniane już w początkowym rozdziale niniejszej pracy, natomiast na uwagę zasługują różnice, które powodują trudności w implementacji do regulacji antymonopolowej. Jak już zostało wcześniej omówione, termin „przedsiębiorca” w polskim

71 D. Kostecka-Jurczyk, *Koncentracja w formie wspólnego przedsiębiorstwa a ryzyko konkurencyjne w świetle prawa antymonopolowego*, C.H. Beck 2017, s. 22 (dostęp Legalis: 3.04.2022r.)

72 Definicja ze słownika języka polskiego <https://sjp.pl/joint+venture> (dostęp online: 3.04.22r.)

porządku prawnym doczekał się wielu definicji w ustawach, począwszy od Kodeksu cywilnego, przez nieobowiązującą już ustawę o swobodzie działalności gospodarczej, zastąpioną przez Prawo przedsiębiorców, a skończywszy na ustawie szczegółowej o ochronie konkurencji i konsumentów, która także podlegała istotnym nowelizacjom, a następnie została zastąpiona przez Uokik z 2007 roku. Definicje wypracowane w wymienionych aktach prawnych nie tylko wzajemnie się nie wykluczają, ale są swoistym dopełnieniem funkcjonalnym i systemowym. Pomimo bogatego dorobku systemów ochrony konkurencji w Unii Europejskiej i istnienia rozbieżności związanych z pojęciem przedsiębiorcy i przedsiębiorstwa w znaczeniu podmiotowym i przedmiotowym, rozbieżność nie została usunięta w kwestii rozumienia joint venture w polskim ustawodawstwie. Z uwagi na wspomniane braki legislacyjne wątpliwości są usuwane wyłącznie w drodze pojedynczych orzeczeń sądów oraz licznych publikacji przedmiotowych.

## 1.2. Podział poszczególnych *joint ventures*

Dla wspólnego przedsiębiorstwa właściwy jest ten sam podział, który stosuje się przy wyodrębnieniu poszczególnych rodzajów koncentracji - wyróżnia się joint venture typu horyzontalnego, wertykalnego i konglomeratowego<sup>73</sup>. Zachowane są również kryteria stosowane do typów koncentracji w ogólnym ich podziale.

### 1.2.1. Typ horyzontalny

Horyzontalny charakter wspólnego przedsiębiorstwa występuje, jeżeli jest ono tworzone przez założycieli, którzy dotychczas prowadzili działalność na tym samym rynku właściwym<sup>74</sup> i na tym rynku od momentu utworzenia funkcjonuje również nowo powstałe przedsiębiorstwo. Podobne skutki można także zaobserwować w przypadku połączenia już działającego przedsiębiorstwa na rynku właściwym z potencjalnym konkurentem na tym rynku.

Połączenie to może prowadzić do wystąpienia antykonkurencyjnych skutków, jeżeli wskazany potencjalny konkurent istotnie ogranicza działanie innych podmiotów występujących na rynku właściwym. Aby praktyka ta miała status znaczącej, konieczne jest spełnienie dwóch przesłanek; po pierwsze, potencjalny konkurent do momentu połączenia znacznie ogranicza funkcjonowanie rynku, albo istnieje co najmniej wysokie prawdopodobieństwo, że taką znaczącą siłą konkurencyjną osiągnie w wyniku przekształcenia. Kolejną przesłanką jest brak na rynku innych potencjalnych konkurentów, którzy mogliby hipotetycznie wywierać właściwą presję konkurencyjną po dokonanej koncentracji<sup>75</sup>.

Z perspektywy podstaw do zagrożenia konkurencji ten rodzaj koncentracji w literaturze jest oceniany jako najbardziej ryzykowny. Wynika to z częstego kwalifikowania koncentracji horyzontalnej, której podtypem jest horyzontalny rodzaj

73 M. Szydło, *Kontrola operacji koncentracyjnych w prawie wspólnotowym. Wybrane zagadnienia prawne*, Studia Europejskie / Centrum Europejskie Uniwersytetu Warszawskiego, nr 4, rocznik 2005, s. 97 (dostęp online: 26.05.22r [http://www.ce.uw.edu.pl/pliki/pw/4-2005\\_Szydlo.pdf](http://www.ce.uw.edu.pl/pliki/pw/4-2005_Szydlo.pdf))

74 M. Błachucki, op.cit., s. 28

75 Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw z dnia 5 lutego 2004 r; (Dz.U. UE 2004/C 31/03)

organizacji joint venture, jako stwarzającej największe prawdopodobieństwo zaburzenia rynku. Jak zauważa jednak D. Kostecka-Jurczyk<sup>76</sup> przez dużą dynamikę działań rynkowych i znaczną indywidualizację rodzajów porozumień a także bogactwo ich form, często o charakterze nienazwanym, w każdym przypadku konieczna jest analiza specyfiki danego rynku. Jak już zostało powyżej wskazane, choćby fakt wejścia przedsiębiorstwa na nowy rynek, zmniejsza ryzyko zagrożenia konkurencji w stosunku do łączenia się podmiotów wspólnie na nim uprzednio działających<sup>77</sup>. Skuteczna analiza rynku, połączona z badaniem struktury formalno-organizacyjnej założycieli przedsiębiorstwa, oraz jego potencjalnych zachowań, jest niezbędna w celu określenia jego możliwego wpływu na funkcjonowanie konkurencji na rynku.

### 1.2.2. Typ wertykalny

Kolejny poziom ryzyka, który wyróżnia się przy joint venture typu wertykalnego, jest oceniany jako mniej inwazyjny w strukturę rynku. Jego charakterystyka ma tak jak w przypadku formy wertykalnej zakorzenienie w ogólnym typie koncentracji, we wszelkich opisywanych jej rodzajach, a więc również w przypadku przejęcie kontroli i znacznej części mienia. W omawianym ujęciu pionowym antykonkurencyjne praktyki polegają na dążeniach do wyeliminowania przez utworzone wspólne przedsiębiorstwo potencjalnych konkurentów<sup>78</sup>, przykładowo poprzez zredukowanie kosztów produkcji, stworzenie warunków większej dostępności towarów czy materiałów na rynku. Tym samym, oprócz większej efektywności zarządzania przez przedsiębiorców, prowadzi to także do negatywnych skutków wertykalnych w postaci utrudnienia dostępu do kolejnych szczebli rynku dla konkurentów na różnych poziomach, a nawet ostatecznie do zamknięcia dla nich rynku.

### 1.2.3. Typ konglomeratowy

W literaturze wyodrębnia się także konglomeratowe *joint venture*<sup>79</sup>, które przez autorów wyszczególniane jest poprzez klasyczne kryterium szczebla obrotu, którego dotyczy działalność wspólnego przedsiębiorstwa. Wydaje się jednak, że wyróżnienie konglomeratu w kontekście podziału rynku jest wystarczające, bowiem ten element podziału rzadko stosuje się w literaturze ze względu na brak czynnika konkurencyjności między wytworami produkcyjnymi dwóch konkurujących ze sobą przedsiębiorców w rodzaju joint venture, jakim jest konglomerat. Jedynie w kwestii ryzyka taki typ nowego „gracza” na rynku może prowadzić do zachwiania konkurencji, jeżeli założyciele przedsiębiorstwa mają znaczne udziały w rynku, albo jego działalność obejmuje obszar rynku, na którym pierwotnie występowali<sup>80</sup>.

<sup>76</sup> D. Kostecka - Jurczyk, op. cit. s. 1

<sup>77</sup> ibidem

<sup>78</sup> M. Błachucki, op. cit., s. 35

<sup>79</sup> S. Włodyka, *Strategiczne umowy przedsiębiorców*, C.H. Beck 2000, s. 248

<sup>80</sup> D. Kostecka - Jurczyk, op. cit., s. 30

### 1.3. Definiowanie *joint venture* jako aliansu

Z racji niejednołitego rozumienia tego pojęcia, nie tylko ze względu na zawartości językowe, ale także interpretacyjne na przestrzeni dwóch porządków prawnych (krajowego i ponadnarodowego), piśmiennictwo próbowało wypracować terminologię, która właściwie oddawałaby naturę ekonomiczną *joint venture*. Jedną z prób zdefiniowania pojęcia było określenie go jako aliansu strategicznego, co wielokrotnie przejawia się w literaturze. W celu zaprezentowania występujących w literaturze ujęciach tego terminu, należy jak zawsze wyjść od etymologicznej warstwy językowej słowa „alians”.

Z uwagi na zapożyczenie z języka francuskiego tego pojęcia (franc. *alliance*), w jego definiowaniu niezaprzeczalnie przodują zagraniczni ekonomiści i prawnicy, jednak z uwagi na powszechność zawieranych porozumień i dość jednolity system prawa kontynentalnego, w obrębie którego one funkcjonują, można wyróżnić spośród definicji także polski akcent.

Cechą wspólną dla większości z prezentowanych stanowisk, która nadaje ton klasyfikacji poszczególnych rodzajów porozumień, jest ujęcie przedmiotu rozważań w sposób szeroki i wąski. W obrębie pierwszego z wyróżnionych, tak jak jest to właściwe dla porozumień, o których była mowa w kontekście koncentracji, istnieje podział na horyzontalną oraz wertykalną lub hybrydową ich formę, w zależności od charakteru współpracy między podmiotami<sup>81</sup>

W ramach jednak pojęcia aliansu od strony jego etymologicznej warstwy, jak podaje R. Oczkowska<sup>82</sup> w swojej publikacji, pionierem w próbie szerszej definicji była Business School w Fontainebleau. Wg badaczy z tej jednostki - na których powołuje się autorka - każde porozumienie, które określa działania podmiotów zmierzające do podjęcia współpracy w określonej dziedzinie, może być określone jako alians, jeżeli prowadzi do osiągnięcia określonego w porozumieniu gospodarczego celu<sup>83</sup>. W ramach tych badań nie zachodzi dyferencjacja formy prawno-organizacyjnej danego przedsięwzięcia - umowa o współpracę jest klasyfikowana jako alians niezależnie od płaszczyzny przedmiotowej oraz terytorialnej, które obejmuje, oraz lokowanego na ten cel kapitału i sposobu jego zagospodarowania.

Podobne ujęcie omawianego pojęcia jest w przywołanej literaturze na podstawie publikacji m.in. S. Sudarsam oraz K. Rudera, którzy sprowadzają wspólne przedsięwzięcie do celu w dużej mierze handlowego<sup>84</sup>. Ponadto, jak podaje R. Oczkowska, K. Ruder uzależnia byt aliansu od okresu funkcjonowania, z korzyścią dla strategii długotrwałych. Zasadniczą wadą tej perspektywy jest jednak zbyt szeroki zakres defini-

---

81 M. Głuch, *Alianse strategiczne jako źródło przewagi konkurencyjnej organizacji*, Studia i Prace Nauk Ekonomicznych i Zarządzania Uniwersytetu Ekonomicznego, 2013, Nr 34, 2, s. 14 i cyt. tam: Garrette, P. Dussauge, *Strategia aliansów na rynku*, s. 75-76 (dostęp online 4.04.22r.: [https://bazhum.muzhp.pl/media/files/Studia\\_i\\_Prace\\_Wydzialu\\_Nauk\\_Ekonomicznych\\_i\\_Zarzadzania/Studia\\_i\\_Prace\\_Wydzialu\\_Nauk\\_Ekonomicznych\\_i\\_Zarzadzania-r2013-t34-n2/Studia\\_i\\_Prace\\_Wydzialu\\_Nauk\\_Ekonomicznych\\_i\\_Zarzadzania-r2013-t34-n2-s9-24/Studia\\_i\\_Prace\\_Wydzialu\\_Nauk\\_Ekonomicznych\\_i\\_Zarzadzania-r2013-t34-n2-s9-24.pdf](https://bazhum.muzhp.pl/media/files/Studia_i_Prace_Wydzialu_Nauk_Ekonomicznych_i_Zarzadzania/Studia_i_Prace_Wydzialu_Nauk_Ekonomicznych_i_Zarzadzania-r2013-t34-n2/Studia_i_Prace_Wydzialu_Nauk_Ekonomicznych_i_Zarzadzania-r2013-t34-n2-s9-24/Studia_i_Prace_Wydzialu_Nauk_Ekonomicznych_i_Zarzadzania-r2013-t34-n2-s9-24.pdf))

82 R. Oczkowska, *Joint venture jako alians przedsiębiorstw na rynku międzynarodowym - rozważania terminologiczne - definicyjne*, Zeszyty naukowe Akademii Ekonomicznej w Krakowie nr 720, 2006, s. 122 (dost. online 4.04.22r.: <https://ekonom.ug.edu.pl/pp/download.php?OpenFile=20249>)

83 Ibidem

84 Ibidem



cyjny, koncentrujący się wyłącznie na zrealizowaniu celów handlowych oraz poprawie konkurencyjności i zwiększenia wydajności funkcjonowania przedsiębiorstwa.

W celu ustalenia bardziej adekwatnej definicji, uwzględniającej także strukturalny aspekt podejmowanego przedsięwzięcia, warto odnieść się do przedstawionego w publikacji J. Kuczewskiej i I. Szumał odwołania do stanowiska reprezentowanego przez M. Romanowską, która wzbogaca zakres definicyjny także o wskazanie konkurencyjnego charakteru współpracy<sup>85</sup>. Przywołana w publikacji autorka podkreśla także odrębność organizacyjną stron przystępujących do wspólnego przedsięwzięcia, co sytuuje jej stanowisko w ramach wąskiego ujęcia rozumienia aliansu. Podobny pogląd wyraża, cytowana w publikacji J. Kuczewskiej i I. Szumał, H. Chwistecka-Dudek, załączając podmioty dokonujące aliansu tylko do wzajemnych konkurentów<sup>86</sup>, a więc przemawia to, jak wskazuje przywołana wyżej R. Oczkowska, za charakterem horyzontalnym operacji<sup>87</sup>.

Reasumując, każda z powyższych definicji aliansu strategicznego prowadzi do kompleksowego i ujednoliconego określenia porozumienia dotyczącego współpracy między przedsiębiorcami, do której najpełniej definiujących cech należą:

- 1) wzajemne partnerstwo w planowanym przedsięwzięciu z zachowaniem równorzędności podmiotów,
- 2) istnienie powiązań między przedsiębiorcami, które warunkują wzajemną współpracę, ale zasadą jest utrzymanie odrębności i niezależności w rozumieniu prawnym i ekonomicznym - z zachowaniem własnej podmiotowości prawnej.

Zasadniczo dominujące jest w literaturze twierdzenie o długoterminowości współpracy, jednak występują także niszowe poglądy dopuszczające aliansy o krótkoterminowym okresie, na tyle angażujące środki poszczególnych przedsiębiorców, że mimo doraźnego charakteru można przyjąć istnienie trwałej, założonej dla określonego odcinka czasowego współpracy. W mojej ocenie przeczy to jednak choćby potocznemu rozumieniu pojęcia „alians”, które ze swojej natury ma charakter długotrwały, a jedną z dyrektyw wykładni prawa jest przyjmowaniu najpierw tłumaczenia pojęć według nadanego im w danym języku znaczenia<sup>88</sup>.

### 1.3.1. Różnice między aliansem a fuzją

W kontekście cech charakterystycznych dla zjawiska aliansu strategicznego istotne wydaje się wyraźne odseparowanie tego pojęcia od fuzji i przejęć. Zasadniczą kwestią, która wyklucza przyporządkowanie tych drugich do katalogu aliansów jest immanentna cecha łączenia przedsiębiorstw polegająca na podporządkowaniu przejmowanego podmiotu, a zatem rezygnacji z odrębności struktur i autonomii. Nie bez znaczenia jest także opisane wyżej kryterium poziomu związania współpracą, które

85 J. Kuczevska, I. Szumał, *Alianse strategiczne w tworzeniu wartości przedsiębiorstwa*, Zarządzanie i Finanse Journal of Management and Finance Vol. 13, No. 3/2/2015, s. 68-69 oraz cytowana tam: M. Romanowska, *Alianse strategiczne przedsiębiorstw (...)*, s. 15 (dostęp online 4.04.22r.: ([http://zif.wzr.pl/pim/2015\\_3\\_2\\_5.pdf](http://zif.wzr.pl/pim/2015_3_2_5.pdf)))

86 Ibidem oraz cytowana tam H. Chwistecka - Dudek, *Problemy teorii i dylematy praktyki*, s. 15-16

87 R. Oczkowska, op. cit. s. 2

88 A. Pietruszka - Ortyl, *Alianse strategiczne a pozycja konkurencyjna współczesnej organizacji*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie nr 801, Kraków 2009, s. 72 (dostęp online 6.04.22r.: <https://r.uek.krakow.pl/bitstream/123456789/2339/1/164986310.pdf>)



w przypadku fuzji i przejęć ze swej istoty ma charakter definitywny i zawsze długotrwały (doraźna natura przedsięwzięcia, marginalnie wyróżniana w literaturze w przypadku aliansów jest nie do pogodzenia z istotą fuzji i przejęć, które zawsze są obliczone na wiążący skutek).

#### 1.4. Jeden organizm gospodarczy

W kontekście rozważań związanych z ustaleniem definicji przedsiębiorcy i przedsiębiorstwa, funkcjonalnie odmiennie komponowanego w prawie krajowym oraz unijnym (co wynika z uprzedniego porównania tych pojęć na gruncie art. 4 Uokik oraz art. 101, 102 TFUE oraz rozporządzenia 139/2004 dotyczącego odpowiednio porozumień między przedsiębiorstwami, nadużywania pozycji dominującej przez jedno lub więcej przedsiębiorstw oraz kontroli koncentracji przedsiębiorstw), istotnym aspektem jest także określenie tego pojęcia, niezależnie od źródła definiowania, pod kątem istoty jednego organizmu gospodarczego. Z uwagi na istniejącą rozbieżność, to kryterium, będące emanacją funkcjonalnie ujmowanego pojęcia przedsiębiorstwa, ma zastosowanie do joint venture jako jednostki wyodrębnianej ze względu na samodzielność w przypadku koncentracji.

Pojęcie jednego organizmu gospodarczego w orzecznictwie i literaturze odnosi się w szczególności do powiązań między podmiotami w przypadku badania możliwości wystąpienia porozumień ograniczających konkurencję. Mimo rozbieżnego zakresu tematyki tej pracy, ogniskującej głównie wokół zagadnienia koncentracji, a więc innego rodzaju praktyk ograniczających konkurencję z Uokik, przytoczenie w tym miejscu zjawiska zakazanych w art. 6 ust. 1 ustawy porozumień jest zasadne z uwagi na problematykę grupy kapitałowej. Jest ona uwzględniana w art. 14 jako jedna z enumeratywnie wymienionych przesłanek wyłączenia z obowiązku zgłoszenia zamiaru dokonania koncentracji w przypadku przejęcia kontroli z pkt 1b, postępowania upadłościowego z pkt 4 oraz faktu przynależności do danej grupy kapitałowej z pkt 5, na zasadach określonych w ustawie.

Pojęcie „grupa kapitałowa” w prawie krajowym swoją definicję legalną czerpie w szczególności z Ustawy o rachunkowości oraz ustawy o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi<sup>89</sup>, gdzie jest odpowiednio określana jako jednostka dominująca wraz z jednostkami zależnymi w art. 3 ust. 1 pkt 44 ustawy o rachunkowości<sup>90</sup> oraz podmiot dominujący wraz z podmiotami od niego zależnymi w art. 2 pkt 24 ustawy o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi. Jak zauważa A. Piszcz<sup>91</sup>, definicja ta jest o tyle niedoskonała, że używana w innych ustawach, m.in. w szeroko omawianej w pracy Uokik, nie stanowi jednej jednostki definicyjnej i ustawodawca musi za każdym razem rozstrzygać, czy generuje własną definicję legalną, czy poprzestaje na odesłaniu do danej zawartej w innym akcie prawnym.

89 Ustawa z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi (Dz. U. z 2021 r. poz. 605 z późn. zm.)

90 Ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2021 r. poz. 217 z późn. zm.)

91 A. Piszcz, *Grupa kapitałowa czy nie, czyli trudności z kwalifikacją i ich skutki*, Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2013, nr 3(2) s. 45 (dostęp online 6.04.22r.: <http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.desklight-00ff52ea-04f9-431a-9bfc-05e12d6ebe05/c/Piszcz.pdf>)

Przyjęta w art. 4 pkt 14 Uokik definicja wyczerpująco określa pojęcie grupy kapitałowej, której istotnym elementem jest bezpośrednia bądź pośrednia kontrola członków tej grupy przez określonego przedsiębiorcę. Warto jednak w tym miejscu nadmienić, że wspomniana kontrola jest konieczną przesłanką istnienia grupy kapitałowej, ale tylko w omawianym przypadku, natomiast nie jest immanentną cechą koncentracji przedsiębiorców w rozumieniu unijnym, tak jak to jest uregulowane w Rozporządzeniu 139/2004. Jednolite uregulowanie i właściwa treść definicyjna zagadnienia grupy kapitałowej jest o tyle istotna, że podczas samookreślania przedsiębiorcy kwalifikującego dane przedsięwzięcie jako joint venture, należy zapewnić przejrzyste ramy prawne do właściwej oceny, czy musi on zgłaszać zamiar dokonania koncentracji organowi antymonopolowemu. Jak zauważa A. Piszcz<sup>92</sup>, taka rozbieżność definicyjna może powodować niejasność interpretacyjną dla przedsiębiorcy, który nie jest w stanie ocenić, czy podlega pod reżim prawny ustawy. Kolejną kwestią jest także postulat podnoszony przez M. Błachuckiego<sup>93</sup>, w podobnej narracji wyrażającej potrzebę zmiany obowiązujących przepisów, w kierunku rozszerzenia definicji grupy kapitałowej i objęcia rygiorem ustawy także sytuacji istnienia powiązań niezależnych przedsiębiorców będących osobami fizycznymi. Autor słusznie podnosi, że takie novum mogłoby znacznie ograniczyć skalę występowania zjawiska koncentracji dokonywanych przez pozornie niezależne od siebie podmioty, mimo istnienia między nimi silnych powiązań gospodarczych, a w niektórych przypadkach nawet tożsamości osób reprezentujących danych podmiot. Jest bowiem jasne, że jednostki nieobjęte reżimem ustawowym w kontekście przynależności do grupy kapitałowej będą traktowane przez organ antymonopolowy preferencyjnie.

Wracając do rozważań na płaszczyźnie klasyfikowania danej transakcji jako nowopowstałego wspólnego przedsiębiorcy, należy wyróżnić dwa kryteria, które są kluczowe dla przyjęcia, że mamy do czynienia z osobnym, jednym organizmem gospodarczym. Z uwagi na lakoniczność sformułowania polskiej ustawy - dla przypomnienia jedyne, pozbawione w dodatku należytej definicji legalnej wyróżnienie w art. 13 Uokik rodzaju koncentracji w formie joint venture - pomocne przy wyznaczaniu kryteriów wspomnianego organizmu gospodarczego jest odniesienie do wyjaśnień zawartych w dedykowanym obwieszczeniu unijnym, przywołanym we wcześniejszym fragmencie pracy.

Pierwszą z przesłanek zawartą w przedmiotowym obwieszczeniu jest wymóg istnienia samodzielności wspólnego przedsiębiorstwa, tj. możliwość zakwalifikowania go jako wykazującego pełny zakres funkcji, czyli wyodrębnianie go na zasadzie koncentracyjnej, w odróżnieniu od typu kooperacyjnego. W polskiej ustawie nie zachodzi taka rozbieżność, bowiem z racji braków legislacyjnych utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa nie jest dywersyfikowane na dwa wspomniane wyżej rodzaje. Tak duży wachlarz wzajemnych transakcji o pozornych cechach wspólnego przedsiębiorstwa, którymi są choćby umowy zawierane w celu osiągnięcia jednorazowego celu gospodarczego (kooperacyjny wariant), w polskim systemie prawa antymonopolowego traktowane są na równi ze specjalnie wyodrębnionym w unijnym rozporządzeniu 139/2004 w art. 3 ust. 4 przedsiębiorstwem „pełniącym w sposób trwały wszystkie funkcje samodzielnego podmiotu gospodarczego”. Natomiast ten rodzaj przedsięwzięć, który w polskiej literaturze z uwagi na luki legislacyjne doczekał się miana

<sup>92</sup> Ibidem, s. 49

<sup>93</sup> M. Błachucki, op. cit., s. 206

kooperacji, w unijnym systemie funkcjonuje jako tzw. *partial function joint ventures*, tzn. wspólne przedsiębiorstwo o niepełnym zakresie funkcji. Z racji wprowadzenia nowego pojęcia „pełnofunkcyjności” celem odróżniania dwóch odrębnie regulowanych rodzajów koncentracji w prawie unijnym, ponownie w sukurs przychodzi wspomniane obwieszczenie, które wyznacza zakres definicyjny oparty o „samodzielność”, z operacyjnego punktu widzenia. W literaturze panuje w większości zgoda co do rozumienia tego określenia, bowiem zarówno P. Semeniuk<sup>94</sup>, również posiłkując się cytowanym wyżej Obwieszczeniem, określa ten rodzaj wspólnego przedsiębiorstwa jako przedsięwzięcie o „bagatelny poziomie integracji ekonomicznej”, czyli w duchu dokumentu bazuje na kryterium ilościowo-strukturalnym bardziej niż behawioralnym, jak i D. Kostecka-Jurczyk, która mówi o potencjale prowadzenia działalności gospodarczej przez ten podmiot w oparciu o funkcje typowe dla pozostałych przedsiębiorstw działających na tym samym rynku właściwym<sup>95</sup>. W swojej interpretacji zawiera podobne przesłanki istnienia wspólnego przedsiębiorstwa co poprzednio obowiązujące Obwieszczenie Komisji<sup>96</sup>, które przewidywało jego legitymizację jako koniecznie działającego na rynku, „pełniącego funkcje zwykle realizowane przez przedsiębiorstwa działające na tym samym rynku”. Podobny ton mają pozostałe przesłanki, które zawarła autorka, mianowicie zarówno w jej publikacji, jak i cytowanym dokumencie, istotnym aspektem jest również istnienie środków organizacyjnych i finansowych, które mają doprowadzić do trwałej zmiany struktury rynku. W tym celu wspólne przedsiębiorstwo musi mieć kierownictwo zajmujące się jego codziennymi operacjami oraz dostęp do wystarczających zasobów, w tym środków finansowych, kadry i aktywów (materialnych i niematerialnych), które pozwolą mu prowadzić w sposób trwały swoją działalność gospodarczą w obszarze określonym w porozumieniu o utworzeniu wspólnego przedsiębiorstwa.

W podobny sposób rozumie ideę jednego organizmu gospodarczego Piotr Semeniuk, który również wyodrębnia zależność między takim określeniem a przesłankami zawartych w powyżej przytoczonym obwieszczeniu<sup>97</sup>. Autor opiera przesłanki swojej kwalifikacji również o tę wyróżnioną w unijnym prawodawstwie, jednak polemizuje z bezpośrednim i jednoznacznym odniesieniem jej do wypracowanej przez siebie koncepcji. Przyznaje wprawdzie, że w ślad za unijną regulacją należy wyodrębnić dwie przesłanki kwalifikacji współdziałania gospodarczego jako dokonanej koncentracji, a tym samym powstałego jednego organizmu gospodarczego, natomiast zwraca uwagę, że trwałość nie zawsze stanowi uniwersalny wyznacznik powstania jednolitego podmiotu. Autor zwraca uwagę, że w wyniku braku jednoznacznego rozdzielenia kooperacji od koncentracji na płaszczyźnie współdziałania gospodarczego, ta nieścisłość prawodawcza może prowadzić do powstania podmiotów o odpowiednio długim, w domyśle trwałym okresie działania, natomiast o braku kwalifikacji jako jed-

94 P. Semeniuk, *Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji*, Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2015, s. 122, (dostęp online: 7.04.22r. <https://cars.wz.uw.edu.pl/images/publikacje/podreczniki/132/Koncepcja.pdf>)

95 D. Kostecka - Jurczyk, *Kryterium pełnego zakresu funkcji w analizie koncentracji w formie joint venture*, *Finanse, Rynki Finansowe, Ubezpieczenia* nr 4/2016 (82), cz. 2, s. 508 (dostęp online 7.04.22r.: [http://wneiz.pl/nauka\\_wneiz/frfu/82-2016/FRFU-82-cz2-507.pdf](http://wneiz.pl/nauka_wneiz/frfu/82-2016/FRFU-82-cz2-507.pdf))

96 Obwieszczenie Komisji w sprawie pojęcia „wspólnych przedsiębiorstw o pełnym zakresie funkcji” przewidzianego w rozporządzeniu Rady (EWG) nr 4064/89 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw z dnia 2 marca 1998r.; (98/C 66/01)

97 P. Semeniuk, op. cit., s. 57

nego organizmu gospodarczego przesądzi „bagatelny poziom integracji”<sup>98</sup>. Koncepcja ta, skądinąd interesująca pod względem warstwy krytycznej niedostatecznego uregulowania ustawowego i związanych z tym niejasności w kontekście obowiązku notyfikacyjnego do organu antymonopolowego, jest w istocie przecząca sama sobie, gdyż właśnie dlatego, a nie pomimo zrównania kooperacji i koordynacji w systemie zgłoszenia koncentracji, obie te formy podlegają obowiązkowi zgłoszenia do Prezesa UOKiK.

Tym samym, mimo podobnych założeń i przyjętego kierunku rozważań ekonomicznych, pełniej koncepcję jednego organizmu gospodarczego rozumie Adrian Jażdżewski, ponieważ swoją tezę opiera w większym stopniu o trwałość przedsiębiorstwa w rozumieniu unijnym. Autor wyodrębnia sformalizowane współdziałanie gospodarcze jako kooperację z uwagi na brak elementu odrębnej jednostki organizacyjnej mimo „wysokiego stopnia wzajemnej współpracy”<sup>99</sup>. Istotny jest także aspekt utraty osobowości prawnej, która nie następuje w typie kooperacji, jako stosunku prawnego ustanowionego dla osiągnięcia danego celu gospodarczego. Kolejną tezą, która wypełnia przesłanki klasycznego podziału na rodzaje koncentracji jest zwrócenie uwagi na aspekt trwałości, co autor czyni określając kooperację jako współpracę o większym potencjale do zakończenia w dowolnym momencie<sup>100</sup> aniżeli tę kwalifikowaną jako koordynacja, którą z natury cechuje trwałość i złożoność struktur o długookresowym założeniu jej trwania.

Reasumując, na podstawie przedstawionych wyżej poglądów doktryny, bazujących głównie na obecnej legislacji i orzecznictwie, wspartej o dorobek literatury ekonomicznej, nasuwają się jednoznaczne wnioski. Większość autorów, mimo nieznacznych rozbieżności co do aspektu formy funkcjonowania przedsiębiorstwa, jest jednak zgodna co do konieczności opierania koncepcji jednego organizmu gospodarczego na unijnym prawodawstwie (zarówno obecnym, jak i poprzednio obowiązującym możliwym do pogodzenia z bieżącym stanem prawnym), które jednoznacznie opiera klasyfikację o przesłanki trwałości bytu prawnego przedsiębiorstwa oraz pełnego zakresu funkcji pod postacią odrębnych struktur zarządczych, kapitału ludzkiego i środków, zarówno trwałych, jak i finansowych.

## 2. Sposób utworzenia wspólnego przedsiębiorcy:

Ustawodawca nie przewiduje w art. 13 ust. 2 pkt 3 Uokik katalogu przykładowych form dokonania koncentracji polegających na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy - problem ten został wyekspozowany w rozdziale poprzedzającym w kategorii istniejących braków legislacyjnych w obowiązującej ustawie z 2007 roku. W sukurs do przedmiotu niniejszych rozważań przychodzi piśmiennictwo, które wyróżnia m.in.:

- 1) udział kapitałowy uczestników joint venture poprzez wniesienie składników majątkowych do nowo utworzonego przedsiębiorcy, w oderwaniu od majątku przedsiębiorstw założycieli, jako osobnego bytu,

<sup>98</sup> Ibidem

<sup>99</sup> A. Jażdżewski, *Koncentracja gospodarcza jako forma współdziałania gospodarczego - uwagi teoretycznoprawne*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 62, 2000, z.2, s. 92 (dostęp online 7.04.22r.: <https://repozytorium.amu.edu.pl/handle/10593/5345>)

<sup>100</sup> Ibidem, s. 90

- 2) nawiązanie „współpracy w zakresie działalności badawczo-rozwojowej, dystrybucji, produkcji”<sup>101</sup>.

Oprócz sposobu utworzenia wspólnego przedsiębiorcy, ustawodawca nie wskazuje także formy prawnej, jaką musi posiadać według Uokik. Z praktyki wynika, że najczęstszą formą przyjmowaną przez założycieli jest spółka kapitałowa. W tym zakresie Kodeks spółek handlowych<sup>102</sup> wyróżnia m.in. spółkę akcyjną, spółkę z o.o., a także prostą spółkę akcyjną, wprowadzona do k.s.h. nowelizacją z 2019 r. Inne postaci, jak np. spółka cywilna czy spółka osobowa uregulowana w k.s.h., jako formy założenia wspólnej działalności gospodarczej nie są wprawdzie wykluczone, ale ze względu na brak osobowości prawnej utrudniona będzie ich kwalifikacja na podstawie art. 13 ust. 2 pkt 3 Uokik z powodu istnienia wyłącznie stosunku zobowiązaniowego, podczas gdy ustawa wymaga istnienia podmiotowości prawnej<sup>103</sup>.

Wspomniane wyżej trudności interpretacyjne wynikające z art. 13 ust. 2 pkt 3 Uokik polegają na omawianej już w niniejszej pracy rozbieżności kwalifikacyjnej joint venture w krajowym ustawodawstwie oraz unijnej regulacji. Polskie piśmiennictwo, wskazując na obiektywną lukę legislacyjną polskiej ustawy antymonopolowej w przedmiocie braku jakiegokolwiek definicji legalnej wspólnego przedsiębiorcy, na przestrzeni czasowej obowiązywania dwóch przedmiotowych ustaw z 2000 oraz 2007 roku, sięgało wielokrotnie do unormowań unijnych w poszukiwaniu odniesienia. Rozporządzenie 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, a posiłkowo w kwestiach nieuregulowanych przytaczane Skonsolidowane Obwieszczenie Komisji, w art. 3 ust. 1 Rozporządzenia, definicję koncentracji ustala jako trwałą zmianę kontroli. Wskazane Obwieszczenie, które pełni funkcję uzupełniającą do Rozporządzenia 139/2004, ustala następujące warunki uznania danej transakcji za koncentrację w rozumieniu art. 3 ust. 1 Rozporządzenia, tj. :

- 3) pełnienie przez nowo utworzone przedsiębiorstwo pełnego zakresu funkcji przedsiębiorstwa,
- 4) spełnianie wskazanej przesłanki z art. 3 ust. 1 Rozporządzenia, tj. istnienia trwałej, wspólnej kontroli założycieli nad wspólnie utworzonym przedsiębiorstwem.

Joint venture jako forma koncentracji przewidziana w tym Rozporządzeniu, jest hybrydą dwóch przesłanek warunkujących istnienie koncentracji w rozumieniu ogólnym, wskazanym wyżej; jego utworzenie jest uregulowane w art. 4 omawianego Rozporządzenia i zgodnie z jego literalnym brzmieniem, polega na pełnieniu w sposób trwały wszystkich funkcji samodzielnego podmiotu gospodarczego. Trwałość przedsiębiorstwa jako warunek istnienia pełnofunkcyjnego przedsiębiorstwa została zaprezentowana w innym fragmencie niniejszej pracy, ale pokrótce można ją zdefiniować w tym miejscu jako mającą cechy ciągłości działalności gospodarczej oraz długookresowej w założeniu współpracy (jak w Obwieszczeniu). Negatywną przesłanką uniemożliwiającą zakwalifikowanie danej koncentracji jako joint

---

101 K. Kohutek, op. cit., art. 13

102 Ustawa z dnia 15 września 2000r. - Kodeks spółek handlowych (Dz. U. z 2020 r., poz. 1526 z późn. zm.)

103 K. Kohutek, ibidem, art. 13



venture, jak zauważa M. Szydło<sup>104</sup> oraz S. Gronowski<sup>105</sup>, którą można wyprowadzić z art. 3 ust. 2 Rozporządzenia 139/2004, jest koordynacja zachowań rynkowych konkurencyjnych przedsiębiorstw. Gdy organ antymonopolowy stwierdzi występowanie przedmiotowej przesłanki, jest zobligowany na podstawie art. 101 ust. 1 i 3 TFUE do jej kwalifikacji jako porozumienia o charakterze kooperacyjnym, a nie koncentracji w rozumieniu art. 3 ust. 1, w tym pełnofunkcyjnego joint venture z art. 4 przedmiotowego Rozporządzenia<sup>106</sup>.

### 3. Kooperacyjne i koncentracyjne wspólne przedsiębiorstwa w systemie prawa

Powyższa kwalifikacja z rozporządzenia unijnego stanowi podstawę do prezentowanego w piśmiennictwie podziału, nieznanego polskiemu prawu antymonopolowemu, tj. „wspólnych przedsiębiorstw” o charakterze kooperacyjnym, oraz tych uregulowanych w art. 4 Rozporządzenia, tj. o charakterze koncentracyjnym<sup>107</sup>. Wskazane wyodrębnienie powstało w oparciu o przesłankę trwałej zmiany strukturalnej na rynku. Rozporządzenie unijne wprost uzależnia uznawanie danego joint venture jako koncentracji sensu stricto, od spełniania warunku pełnienia w trwały sposób wszystkich funkcji wspólnego przedsiębiorstwa, jak zauważają R. Stankiewicz<sup>108</sup> oraz J. Wiak<sup>109</sup> w publikacjach, w rozumieniu Komisji Europejskiej „concentrative” joint ventures różnią się od formy „cooperative” zdolnością do samodzielnego kształtowania i prowadzenia swojej polityki gospodarczej przez nowo utworzone wspólne przedsiębiorstwo. Z punktu widzenia rozważanej samodzielności gospodarczej jest także istotny wkład kapitałowy założycieli, którzy z reguły wnoszą do wspólnego przedsiębiorstwa znaczną część swojego majątku, aczkolwiek istnieją w piśmiennictwie także poglądy, które nie uzależniają istnienia pełnofunkcyjnego joint venture od utworzenia wspólnego majątku przez założycieli. W piśmiennictwie panuje jednak zgoda co do konieczności spełniania kolejnego kryterium istnienia koncentracyjnego wspólnego przedsiębiorstwa, tj. ponoszenia wspólnego ryzyka gospodarczego utworzonego bytu prawnego przez założycieli. Wynika to także z określeń, którymi niejednokrotnie definiuje się joint venture - „wspólne ryzyko”.

Niezależnie jednak od kwalifikacji danej operacji jako typu koncentracyjnego lub kooperacyjnego, utworzone joint venture, aby podlegało reżimowi Rozporządzenia 139/2004 musi działać w oparciu o kryterium „pełnego zakresu funkcji” wyprowadzone z tego aktu prawnego. Jak już zostało to powyżej wskazane, wymagane jest pełnienie w sposób trwały wszystkich funkcji samodzielnego podmiotu gospodarczego<sup>110</sup>, aby daną operację zakwalifikować do któregoś z dwóch prezentowanych typów koncentracji. Jeżeli utworzone przedsiębiorstwo (joint venture) nie spełnia podanego

104 M. Szydło, *Kontrola wspólnych przedsiębiorstw (joint ventures) w prawie antymonopolowym*, Prawo Spółek 12/2002, s. 42

105 S. Gronowski, *Polskie prawo antymonopolowe*. Zarys wykładu, Warszawa 1998, s. 190

106 J. Lenart, T. Kaczyńska, *Kiedy utworzenie nowej spółki nie będzie kwalifikowane jako utworzenie nowego przedsiębiorcy (joint venture)? Praktyczne rozważania dotyczące problematyki joint venture w polskim prawie konkurencji*, iKAR 2016, nr 1(5), s. 41 (dostęp online 10.04.22r.: <http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.desklight-968a8914-aa72-4e88-a9a1-56c82698d695>)

107 M. Szydło, *ibidem*

108 R. Stankiewicz, *Joint ventures w prawie antymonopolowym*, Przegląd Prawa Handlowego 2007, s. 12

109 J. Wiak, *Pojęcie joint venture: The concept of joint venture*. Studia Prawnicze, Polska Akademia Nauk, Instytut Nauk Prawnych, 2013, Zeszyt 4 (196), s. 146 (dostęp online 10.04.22r.: (<https://czasopisma.inp.pan.pl/index.php/sp/article/view/3205/2267>))

110 K. Kohutek, *op. cit.*, art. 13

wyżej kryterium pełnofunkcyjności, nie może być oceniane na podstawie przepisów Rozporządzenia i podlega tym samym reżimowi art. 101 i 102 TFUE oraz rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003<sup>111</sup>, tj. czy jako porozumienie (kooperacyjne) nie wywiera negatywnego wpływu na konkurencję.

Należy jednak wskazać, że w praktyce zakwalifikowanie danego wspólnego przedsiębiorstwa jako jednego z powyżej wyszczególnionych joint venture nie jest tak oczywiste, z uwagi na wykazywanie przez obie konstrukcje prawne wielu podobieństw, zaprezentowanych powyżej. Taki stan rzeczy powoduje, że wyodrębnia się niekiedy pewną hybrydę, która łączy w sobie cechy obydwu form wspólnego przedsiębiorcy wyróżnianych przez Uokik. W doktrynie podnosi się nawet, że antagonistyczny podział wspólnych przedsiębiorstw na typ koordynacyjny i kooperacyjny jest w istocie konieczny ze względu na konieczność objęcia ich właściwym reżimem prawnym, ale dystynkcja uregulowana w Rozporządzeniu 139/2004 dostarcza w praktyce wielu wątpliwości prawnych. J. Lenart i T. Kaczyńska podnoszą, że w praktyce w obrocie rynkowym występują przedsiębiorstwa, których o przewadze danych cech kooperacyjnych lub koncentracyjnych trudno jest rozstrzygnąć<sup>112</sup>. R. Stankiewicz natomiast upatruje rozwiązania powyższego problemu związanego z właściwą klasyfikacją joint venture, w podziale o charakterze funkcjonalnym, który pozwalałby na określenie przewagi danych cech poszczególnych wspólnych przedsiębiorstw<sup>113</sup>.

#### 4. Joint ventures na tle prawa krajowego oraz unijnego

##### 4.1. Polska ustawa antymonopolowa w przedmiocie joint venture

Rozwiązanie, które zostało przyjęte w Ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, w odróżnieniu od unormowania unijnego, nie dostarcza podobnych wątpliwości interpretacyjnych. Z uwagi na podnoszony już wyżej brak definicji legalnej wspólnego przedsiębiorstwa, a nawet brak posłużenia się terminem joint venture w ustawie, jedyne odniesienie do przedmiotowej formy koncentracji znajduje się w art. 13 ust. 2 pkt 3 Uokik. Wskazany przepis, wymieniając wspólne przedsiębiorstwo spośród innych przypadków koncentracji, które rodzą obowiązek notyfikacyjny do Prezesa UOKiK po spełnieniu określonych przesłanek obrotu, nie posługuje się legalną wykładnią pojęcia, oraz nie wskazuje w tym zakresie żadnych odniesień. Taki stan rzeczy, mimo wprowadzenia instytucji joint venture do nieobowiązującej już Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 roku, trwa przez ponad dwie dekady, i nie doczekał się w tym zakresie żadnych nowelizacji, mimo licznych postulatów doktryny w tym zakresie.

Tym bardziej, w kontekście wyżej zamieszczonych rozważań w przedmiocie koncentracyjnych oraz kooperacyjnych joint ventures, ustawodawca nie przewiduje analogicznego do unijnego rozwiązania, które byłoby podstawą podziału poszczególnych wspólnych przedsiębiorstw (na potrzeby niniejszych rozważań pojęcie „przedsiębiorstwa” oraz „przedsiębiorcy” zostanie ujednolicone, ponieważ dystynkcja w tym akurat zakresie

111 Rozporządzenie Rady (WE) NR 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz.U. L 1 z 4.1.2003)

112 J. Lenart i T. Kaczyńska, op. cit., s. 41

113 R. Stankiewicz, op. cit. *Joint ventures* (...), s. 13



jest bezprzedmiotowa). Polska ustawa antymonopolowa, zrównując w istocie obie formy joint venture, które podlegają oddzielnemu reżimowi na gruncie rozporządzenia unijnego (Rozporządzenie 139/2004), poddaje kooperacyjne i koncentracyjne (określane tak w Rozporządzeniu) jednakowemu obowiązkowi notyfikacyjnemu na mocy art. 13 ust. 2 pkt 3 Uokik. Przepis ten przewiduje dyspozycję ustawową dotyczącą zgłoszenia wspólnego przedsiębiorcy, ale ani w dalszym brzmieniu ustawy antymonopolowej, ani w innych przepisach powszechnie obowiązujących ustawodawca nie dostarcza żadnej wiążącej wykładni prawnej. „Wyjaśnienia w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK”<sup>114</sup>, stanowiąc w przedmiocie regulacji antymonopolowej niewiążące źródło interpretacji nie wnoszą wiele ponad rozważania zamieszczone w doktrynalnych stanowiskach w zakresie joint ventures w krajowym ustawodawstwie w kontekście podziału na kooperacyjne i koncentracyjne formy przewidziane w unijnym rozporządzeniu.

Polska ustawa antymonopolowa nie zawiera w art. 13 ust. 2 pkt 3 analogicznego do Rozporządzenia 139/2004 unormowania dotyczącego wspólnego przedsiębiorcy (przedsiębiorstwa), tj. objęcia joint venture wymogiem pełnienia w sposób trwały wszystkich funkcji samodzielnego podmiotu gospodarczego, tak jak jest to uregulowane w wyżej przytaczanym art. 4 wskazanego Rozporządzenia. Zrównanie w krajowej regulacji obu rodzajów joint venture implikuje obowiązek zgłaszania koncentracji zarówno w przypadku utworzenia wspólnego przedsiębiorcy pełnofunkcyjnego w rozumieniu unijnego rozporządzenia, jak i porozumienia, które wprowadzie powoduje powstanie nowego bytu prawnego w obrocie rynkowym, ale nie tworzy zarazem wymogu samodzielności gospodarczej. Takiego stanu rzeczy K. Kohutek w komentarzu do Uokik<sup>115</sup> niezupełnie słusznie upatruje w konstrukcji pojęcia przedsiębiorcy sformułowanym w art. 4 pkt 1, który według autora rozstrzyga wyłącznie o konieczności posiadania przez przedsiębiorcę jedynie samodzielności prawnej, natomiast nie uzależnia od przypisania tego terminu podmiotowi, prowadzenia przez niego działalności gospodarczej. Takie wnioski powstałe na gruncie wykładni literalnej, należy uzupełnić o porównanie przedmiotowej Ustawy z ustawą Prawo przedsiębiorców, która w art. 4 definiuje przedsiębiorcę głównie przez pryzmat wykonywania przez niego działalności gospodarczej. Jak dowodzi C. Banasiński i E. Piontek, funkcjonalna wykładnia prawna pojęcia przedsiębiorcy dokonywana na podstawie dwóch wskazanych ustaw, z uwagi na niewykluczanie się użytych w nich definicji, polega na odesłaniu wynikającym z art. 4 Uokik do analogicznej definicji legalnej zawartej w art. 4 Prawa Przedsiębiorców<sup>116</sup>. Wobec powyższego należy stwierdzić, że polska ustawa antymonopolowa poprzez omawiane odesłanie tworzy kompleksową definicję przedsiębiorcy, którą należy zastosować do wykładni pojęcia wspólny przedsiębiorca, a zatem przypisać mu cechy zarówno samodzielności prawnej, jak i gospodarczej.

## 4.2. Różnice między pojęciem joint venture w prawie polskim oraz prawie UE

Elementem regulacji, który w największym stopniu antagonizuje unormowanie joint venture polskiej ustawie antymonopolowej oraz Rozporządzeniu 139/2004, jest

<sup>114</sup> Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, *Wyjaśnienia w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK*, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Warszawa 2015  
 □ (dostęp online 11.04.22r.: <https://uokik.gov.pl/download.php?id=1269>)

<sup>115</sup> K. Kohutek, op. cit., art. 13

<sup>116</sup> C. Banasiński, E. Piontek, op. cit., art. 4

wymóg trwałej zmiany kontroli istniejący w unijnym rozporządzeniu, który nie został przewidziany w krajowym ustawodawstwie. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów z 2007 roku w zakresie kwalifikacji danej transakcji jako utworzenia wspólnego przedsiębiorcy, nie określa żadnych dodatkowych cech, które musi posiadać nowo powstały podmiot, przeciwnie do wskazanego rozporządzenia. Joint venture podlegające reżimowi Uokik, musi spełniać jedynie przesłankę posiadania przez podmiot statusu przedsiębiorcy, tj. podmiotu objętego definicją zarówno sformułowaną w Uokik, jak i w art. 4 Prawa przedsiębiorców, w związku z odesłaniem, jakie czyni ustawodawca. Oznacza to, że podmioty które tworzą wspólnego przedsiębiorcę nie muszą samodzielnie mieć statusu przedsiębiorcy, tak jak choćby w przypadku wspólników spółki cywilnej, ale wymaga się posiadania tego statusu od podmiotu przez nich utworzonego.

Brak unormowania w Uokik wskazanej powyżej regulacji dotyczącej obowiązku zgłoszenia tylko pełnofunkcyjnego przedsiębiorstwa (*undertaking*), oznacza że chociaż polski ustawodawca nie wymaga od przedsiębiorców tworzących joint venture pełnienia wszystkich funkcji samodzielnego podmiotu gospodarczego, tak jak jest to normowane w Rozporządzeniu 139/2004, to jednak ustanawia wymóg posiadania statusu przedsiębiorcy zgodnie z definicją określoną w art. 4 ust. 1 Uokik. Jak wskazuje J. Lenart i T. Kaczyńska<sup>117</sup>, wspólny przedsiębiorca nie musi jednak wykazywać samodzielności operacyjnej, tzn. prowadzić działalności produkcyjnej lub sprzedażowej albo świadczyć usług podmiotom trzecim. Według ustawy antymonopolowej konieczne jest tylko istnienie wspólnego przedsiębiorcy jako odrębnego bytu prawnego.

#### 4.3. Trudności kwalifikacyjne joint ventures w różnych regulacjach prawnych

Rozwiązania normatywne przyjęte w Rozporządzeniu 139/2004, które dzielą joint ventures na typ koncentracyny i koordynacyjny koncentracji, w praktyce dostarcza ją wielu trudności interpretacyjnych organom rozstrzygającym o kwalifikacji do danego rodzaju, a w konsekwencji objęcia go właściwym reżimem prawnym. Być może ze względu na płynność granicy pomiędzy poszczególnymi rodzajami joint ventures, polski ustawodawca zdecydował się na sformułowanie odmiennej od unijnej regulacji. To rozwiązanie należy jednak oceniać negatywnie w kontekście stanu niepewności prawnej, jaki tworzy dla podmiotów zainteresowanych obszarem regulacji, czyli przedsiębiorców. Wątpliwości prawne pojawiają się zwłaszcza w przypadku działania danego przedsiębiorcy zarówno na rynku krajowym oraz unijnym i dokonywania koncentracji, co do których podmioty te mogą mieć uzasadnione wątpliwości dotyczące objęcia koncentracji w formie joint venture danym reżimem prawnym i w konsekwencji, do którego z organów ochrony konkurencji należy kierować zgłoszenie zamiaru utworzenia wspólnego przedsiębiorcy/przedsiębiorstwa (w rozumieniu unijnym)<sup>118</sup>. Jak wskazują J. Lenart i T. Kaczyńska, dysonans legislacyjny, który istnieje w krajowej i unijnej regulacji, powoduje dla przedsiębiorców konieczność samodzielnego określenia struktury zamierzonej koncentracji celem zakwalifikowania jej do odpowiedniego rodzaju joint venture<sup>119</sup>. Należy przy tym mieć na uwadze, że na przedsiębiorców jako podmioty prowadzące działalność w sposób profesjonalny,

117 J. Lenart, T. Kaczyńska, op. cit., s. 38

118 M. Szydło, op. cit., s. 85

119 J. Lenart, T. Kaczyńska, ibidem, s. 41

nałożone są przez ustawodawcę większe wymogi co do zachowania należytej staranności i działania zgodnie z prawem.

Omawiana rozbieżność kwalifikacyjna może powstać w szczególności na tle przywołanej wyżej regulacji warunkującej w Rozporządzeniu 139/2004 zaliczenie danej transakcji w oparciu o przesłankę trwałości lub istnienia pełnego zakresu funkcji, jako koncentracyjnego joint venture. Jeżeli bowiem wielkość obrotów osiąganych przez przedsiębiorców spowoduje zakwalifikowanie danej koncentracji jako mającej wymiar unijny na podstawie art. 1 ust. 2 lub 3 Rozporządzenia 139/2004 i art. 13 ust. 1 Uokik, a jednocześnie stwierdzone zostanie niewypełnianie przez wspólne przedsiębiorstwo przywołanych wyżej przesłanek dotyczących trwałości i pełnofunkcyjności, to mimo spełnienia przesłanki obrotu, nie będzie podlegała obowiązkowi notyfikacyjnemu do Komisji Europejskiej. Jeżeli jednak zostanie stwierdzone osiągnięcie obrotu powodującego konieczność zgłoszenia w świetle przepisów polskiej ustawy, to koncentracja taka wymagała notyfikacji do Prezesa UOKiK.

#### 4.4. Wnioski dotyczące polskiej regulacji obowiązku notyfikacyjnego *joint venture*

Omawiane powyżej rozbieżności między prawem krajowym a unijnym na tle regulacji dotyczącej rodzaju koncentracji podlegających zgłoszeniu, tj. przyjęcie odmiennie niż w regulacji unijnej, systemu zgłoszeń joint ventures zarówno o charakterze koncentracyjnym, jak i koordynacyjnym, były przedmiotem licznych analiz w doktrynie, a następnie postulatów zmiany obowiązującej regulacji. R. Stankiewicz w zgodzie z przywołanym przez niego stanowiskiem również M. Sachajko, T. Skoczny i E. Modzelewskiej - Wąchal, a więc autorów którzy mają istotny i w zasadzie jedyne wkład w omówienie pojęcia joint ventures w polskim ustawodawstwie antymonopolowym, dowodzą, że wprowadzenie literalna wykładnia pojęcia joint venture wskazuje na objęcie wszystkich rodzajów zgłaszanych koncentracji typu joint venture jednolitym reżimem, to istotne zmiany mogłaby wprowadzić celowościowa wykładnia art. 13 ust. 2 pkt 3 Uokik<sup>120</sup>. Autorzy wskazują, że taka interpretacja przepisu zakładałaby zakwalifikowanie, na wzór unijny, koncentracji wyłącznie o typie koncentracyjnym jako joint venture.

Stanowisko doktrynalne zostało podzielone przez Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych w opinii Grupy Roboczej ds. nowelizacji Uokik z 2007 r. przy Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych CARS UW, przekazanej Prezesowi UOKiK pismem z dnia 06.06.2012 r. w toku konsultacji społecznych dotyczących projektu założeń projektu ustawy zmieniającej ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>121</sup>. Jak wynika z zestawienia uwag sporządzonego przez Prezesa UOKiK i zamieszczonego na stronie internetowej Rządowego Centrum Legislacji w Biuletynie Informacji Publicznej, zaproponowane zmiany dotyczyły „ograniczenia kontroli koncentracji polegających na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy (joint venture) tylko do tzw. w pełni funkcjonalnych joint venture”<sup>122</sup> i nie zostały uwzględnione

120 R. Stankiewicz, op. cit. *Joint ventures (...)*, s. 15

121 Projekt założeń do projektu ustawy o zmianie Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 19 października 2012 roku, uwagi Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych, Wydział Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, CARS (dostęp Rządowe Centrum Legislacji 12.04.22r.: <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs/1/43452/43453/43456/dokument38050.pdf>)

122 Ibidem, s. 16

przez ustawodawcę. Jak wynika ze stanowiska Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych, autorzy projektu upatrują rozwiązania tej niedoskonałości legislacyjnej w całkowitym usunięciu art. 13 ust. 2 pkt 3 Uokik. W przekonaniu autorów spowodowałoby to zawężenie zakresu koncentracji podlegających obowiązkowi notyfikacyjnemu wyrażonemu w art. 13 ust. 1 Uokik w związku z enumeratywnym wyliczeniem z ust. 2, tylko do form koncentracji przewidzianych w pkt 1, 2 i 3. Taki zapis ustawy, na wzór unijny, przewidywałby konieczność zgłoszenia zamiaru koncentracji tylko do transakcji powodujących „trwałą zmianę kontroli”, w Rozporządzeniu 139/2004 określanych jako „pełnofunkcyjne”. Jednocześnie, również zgodnie ze standardami, jak podnosili autorzy, „w prawie unijnym i wszędzie na świecie”<sup>123</sup>, polski ustawodawca powinien dokonywać oceny dopuszczalności powstawania przedsiębiorstw typu kooperacyjnego na gruncie przepisów zakazujących tworzenia porozumień ograniczających konkurencję z art. 6-8 Uokik. Autorzy stanowiska dowodzą, że obecne rozwiązanie prowadzi do sprzeczności systemowej (wewnątrzustawowej), ponieważ utworzenie wspólnego przedsiębiorcy na gruncie art. 13 ust. 2 pkt 3 Uokik podlega jednocześnie ocenie pod kątem wskazanej wyżej możliwości utworzenia porozumienia ograniczającego konkurencję. Jak zauważają słusznie zgłaszający uwagi, zagrożenie to jest potęgowane przez nieuregulowane w ustawie pojęcie wspólnego przedsiębiorcy, przewidziane w Uokik jako jeden z rodzajów koncentracji, którego zamiar dokonania rodzi obowiązek notyfikacyjny do Prezesa UOKiK.

Autorzy wyrazili pogląd, że wskazane rozwiązanie doprowadzi do ujednolicenia standardów krajowych i unijnych, a w konsekwencji zapobiegnie trudnościom interpretacyjnym dotyczącym kwalifikacji konkretnych przypadków koncentracji dokonywanym przez Prezesa UOKiK. W odpowiedzi na uwagi zgłoszone przez Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych dotyczące projektu nowelizacji w omawianym zakresie, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie uwzględnił w swoim stanowisku proponowanych zmian, optując jednocześnie za pozostawieniem obecnej regulacji w niezmienionym kształcie, tj. braku podziału koncentracji na typ koncentracyjny i koordynacyjny. Swoje stanowisko uzasadnił, istotnym, w pojęciu UOKiK, zagrożeniem ograniczenia konkurencji w obu przypadkach.

---

123 ibidem

## Rozdział III.

### Wstęp

Zgodnie z tematem niniejszej pracy, w tym rozdziale nastąpi prezentacja i omówienie decyzji Prezesa UOKiK z dnia 6 października 2020 roku nr DKK-178/2020<sup>124</sup>, dotyczącej nałożenia kary na spółki uczestniczące w powstaniu podmiotu Nord Stream 2 w związku z oceną ich działań jako nielegalnej koncentracji. Zostaną omówione poszczególne elementy tego orzeczenia oraz ocena kompetencji i zakresu działania polskiego organu antymonopolowego oraz zasadności omawianego rozstrzygnięcia. Następnie przedstawiony będzie aspekt nałożenia kary na podmioty, których dotyczy decyzja, w kontekście jej zasadności oraz wymiaru z uwzględnieniem problematyki dyskrecjonalności działania polskiego organu antymonopolowego. Mimo medialnego wydzwisku omawianej w pracy decyzji jej temat nie został jeszcze podjęty i w żaden sposób opisany w literaturze, dlatego niniejsze rozważania będą miały charakter prekursorski i będą opierały się dużej mierze wyłącznie o treść decyzji i materię ustawową.

### 1. Treść decyzji oraz wstęp do uzasadnienia

#### 1.1. Okoliczności wydania decyzji

Prezes UOKiK, działając w ramach umocowania wynikającego z Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, wydał w dniu 6 października 2020 roku decyzję w sprawie utworzenia wspólnego przedsiębiorcy bez uzyskania zgody tego organu. Adresatami decyzji są spółki uczestniczące w przedsięwzięciu utworzenia rurociągu gazowego o nazwie Nord Stream 2, polegającym na budowie i eksploatacji nowego dwunitkowego gazociągu biegnącego przez Morze Bałtyckie, którym przesyłany będzie gaz ziemny z największych na świecie zasobów gazu w Rosji na wewnętrzny rynek gazu Unii Europejskiej (UE). Dwie nitki rurociągu mają biec od rosyjskiego wybrzeża Bałtyku, przez Morze Bałtyckie, do wyjścia na ląd w rejonie Greifswaldu w Niemczech, omijając teren Polski i Ukrainy<sup>125</sup>. Naczelnym inicjatorem przedsięwzięcia jest jeden z wymienionych w decyzji podmiotów, spółka PAO Gazprom z siedzibą w Moskwie, Federacja Rosyjska, a współfinansujące jednostki to odpowiednio Uniper Global Commodities SE z siedzibą w Düsseldorf, Niemcy, ENGIE S.A. z siedzibą w Courbevoie, Francja, OMV Nord Stream II Holding AG z siedzibą w Zug, Szwajcaria, Shell Exploration and Production (LXXI) B.V. z siedzibą w Hadze, Holandia i Wintershall Ne-

<sup>124</sup>Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie Nord Stream 2 (dostęp na stronie internetowej Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów 28.10.21r.: [https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec\\_prez.nsf/1/E2ED7D07EEF-F9614C1258610004F91C6?editDocument&act=Decyzja](https://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/1/E2ED7D07EEF-F9614C1258610004F91C6?editDocument&act=Decyzja))

<sup>125</sup>J. Misiągiewicz, *Gazociąg Nord Stream 2 - wyzwaniem dla bezpieczeństwa energetycznego Unii Europejskiej*, Facta Simonidis 2019 nr 1, str. 116 (dostęp online 13.04.22r.: [http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.desklight-df06a2a5-c9e3-4b81-a137-8508d8e9e578/c/FS\\_12.\\_Misi\\_C4\\_85gie-wicz.pdf](http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.desklight-df06a2a5-c9e3-4b81-a137-8508d8e9e578/c/FS_12._Misi_C4_85gie-wicz.pdf))

derland B.V. z siedzibą w Rijswijk<sup>126</sup>, w decyzji określani też jako Zgłaszający lub Pierwotni Założyciele.

## 1.2. Rozstrzygnięcie decyzji

Treścią sentencji decyzji jest nałożenie na wymienione wyżej podmioty kary pieniężnej na podstawie art. 106 ust.1 pkt 3 Uokik w wyniku przeprowadzonego z urzędu postępowania w sprawie koncentracji dokonanej z naruszeniem obowiązku wynikającego z art. 13 ust. 1 w związku z art. 13 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Oprócz obowiązku zapłaty kary na spółki został nałożony także nakaz rozwiązania zawartych przez nie umów związanych z finansowaniem budowy gazociągu.

W uzasadnieniu decyzji organ wskazał na podstawie przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego, zgromadzonego materiału dowodowego i wszechstronnego badania rynku, że działania powzięte przez uczestników przedsięwzięcia nosiły znamiona koncentracji i prowadziły do istotnego ograniczenia konkurencji w rejonie oraz zwiększenia przez Gazprom już i tak istniejącej pozycji dominującej na rynku dostaw gazu wysokiego szczebla. Główny zarzut, który został skierowany do podmiotów porozumienia, to niezgłoszenie zamiaru koncentracji przed jej właściwym dokonaniem, czyli naruszenie obowiązku wynikającego z art. 13 ust.1 w związku z art. 13 ust. 2 pkt 3 ustawy antymonopolowej. Organ zarzucił spółkom utworzenie wspólnego przedsiębiorcy, bowiem działając z urzędu, tak ocenił charakter tego przedsięwzięcia.

Ustalenia organu zostały oparte na wszechstronnym rozważeniu okoliczności sprawy na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym m.in. przekazów medialnych (jak twierdzi organ, taka konieczność zaszła w związku z naruszeniem przez podmiot obowiązku ustawowego zgłoszenia), jak również na uzasadnionych podstawach do przypuszczenia, że działania spółek mają charakter koncentracji. Przesłanką do takiej preasumpcji był zgłoszony w 2015 roku do ówczesnego Prezesa UOKiK zamiar koncentracji przez te same podmioty z intencją utworzenia wspólnego przedsiębiorcy, szwajcarskiej spółki Nord Stream 2 w Zug w Szwajcarii przy finansowaniu tożsamego przedsięwzięcia<sup>127</sup>. Jak wymienia w decyzji organ, ze zgłoszonego pierwotnie do urzędu wniosku wynikało, że cała inwestycja miała zostać sfinansowana z pożyczek akcjonariuszy, aportów i wkładów kapitałowych oraz środków pożyczonych od kredytodawców<sup>128</sup>. Organ antymonopolowy uznał na podstawie zgłoszenia, że tego rodzaju działania mogą doprowadzić do negatywnych skutków w postaci istotnego ograniczenia konkurencji oraz nadmiernego umocnienia pozycji Nord Stream 2 z czołowym udziałowcem w postaci Gazpromu na polskim rynku energetycznym. Stosownie do poczynionych ustaleń i treści art. 96a ust. 3 Uokik, przedstawił wszystkim zainteresowanym podmiotom swoje zastrzeżenia, a po wycofaniu przez nie następnie

---

126 Treść decyzji DKK-178/2020 ibidem, s. 1-2

127 Komunikat prasowy Prezesa UOKiK dot. wniosku o wyrażenie zgody na utworzenie wspólnego przedsiębiorcy pod nazwą Nord Stream 2 z dnia 8 grudnia 2015 roku polegającej na utworzeniu przez PAO Gazprom, Uniper Global, ENGIE S.A., OMV Nord Stream 2, Shell i Wintershall Nederland wspólnego przedsiębiorcy Nord Stream 2 (dostęp na stronie internetowej UOKiK (dostęp 28.10.21r: [https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news\\_id=12062](https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=12062)))

128 Treść decyzji DKK-178/2020 ibidem, s. 4-5



zgłoszenia, w drodze postanowienia z dnia 18 sierpnia 2016 roku umorzył postępowanie w sprawie, zgodnie z obligatoryjną przesłanką z art. 75 ust. 1 pkt 1 Uokik<sup>129</sup>.

Wraz z rotacją personalną na stanowisku Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów doszło do powrotu sprawy Nord Stream 2 jako przedmiotu rozpoznania przez kolejnego Prezesa UOKiK. Jak wynika z uzasadnienia decyzji, informację o konieczności ponownej interwencji organu Prezes UOKiK powziął z przekazów medialnych. W wyniku wstępnego rozpoznania, że działania spółek pierwotnie zgłaszających w 2015 roku zamiar koncentracji stanowią naruszenie przepisów antymonopolowych, powstało po stronie Prezesa uzasadnione przypuszczenie o istnieniu po jego stronie kompetencji do zbadania sprawy. W związku z wystąpieniem powyższych przesłanek, 28 kwietnia 2017 roku organ wszczął postępowanie wyjaśniające na podstawie art. 48 ust. 1 Uokik. W toku postępowania organ pozyskał obszerny materiał dowodowy, w tym najbardziej istotne z punktu widzenia badania potencjalnego naruszenia poprzez utworzenie joint venture, umowy finansowania zawarte przez podmioty uczestniczące w projekcie Nord Stream 2. Tym samym oznaczało to przeprowadzenie koncentracji na warunkach, na jakich nie zostałyby dopuszczone uprzednio przez Prezesa, gdyby strony nie wycofały wniosku z 2015 roku.

Wobec powyższego, Prezes UOKiK, działając w ramach kompetencji zawartych w polskiej ustawie antymonopolowej, tj. jej art. 21 ust. 2 i 4 nakazał wskazanym przedsiębiorcom rozwiązanie zawartych wzajemnie umów finansowania gazociągu w ciągu 30 dni od dnia wydania decyzji. W przedmiotowej decyzji organ na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 3 Uokik nałożył karę pieniężną na podmioty stosownie do obrotów, jakie odnotowały za rok obrotowy poprzedzający rok nałożenia kary. Uprawnienie do nałożenia kary wynikające z tego przepisu ma charakter wyłącznie fakultatywny, co wynika z użycia partykuły „może”, zatem organ skorzystał z tzw. uznania administracyjnego<sup>130</sup>. Na podstawie stanu faktycznego przedstawionego w uzasadnieniu decyzji oraz uprawdopodobnienia naruszeń zastosowanie środka wydaje się być uzasadnione. Mimo jednak uznaniowości, jaka jest pozostawiona organowi antymonopolowemu w kwestii nałożenia kary pieniężnej oraz jej wysokości, z uwagi na maksymalną, a co za tym idzie rekordową kwotę w historii orzekania tego urzędu, będzie ona przedmiotem dalszych rozważań z uwagi na jakość przesłanek stanowiących o jej wymierzeniu a także dopuszczalnej wysokości.

### 1.3. Określenie właściwości organu

Zasadniczym i tym samym koniecznym aspektem do omówienia w pierwszej kolejności na podstawie wspomnianej decyzji jest ustalenie, jaki organ jest właściwy w sprawie. Polska ustawa antymonopolowa, zarówno z 2000 roku, która w art. 12 ust. 1 tej ustawy<sup>131</sup> nakazywała zgłaszanie zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK, jak i obecnie obowiązująca, w art. 13 Uokik, ustanawia ten sam organ jako adresata obowiązku notyfikacyjnego. Mimo zachowania tożsamości organu antymonopolowego na prze-

129 Ibidem oraz komunikat prasowy Prezesa UOKiK z dnia 12 sierpnia 2016r. dot. przyczyn umorzenia postępowania w sprawie zgłoszenia zamiaru utworzenia wspólnego przedsiębiorcy Nord Stream 2 (dostęp na stronie internetowej UOKiK 28.10.22r.: [https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news\\_id=12510](https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=12510))

130 Postanowienie SN z dnia 13 czerwca 2019r., sygn. akt: I NSK 7/19

131 Ustawa z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 z późn. zm.)

strzeni obydwu cytowanych powyżej ustaw, istotną różnicą z punktu widzenia rozważanej zasadności zgłoszenia do polskiego organu w danej sprawie, jest odmienna regulacja dotycząca obszaru zamiaru dokonania koncentracji. W związku z poddaniem krajowego porządku prawnego unijnemu prawodawstwu wynikającego z procesów integracji europejskiej w 2004 roku Rzeczypospolita Polska, jako członek Unii Europejskiej, jest zobowiązana do stosowania do badanych przez polski urząd stanów faktycznych zarówno prawa krajowego, jak i unijnego<sup>132</sup>.

Toteż, zgodnie z hipotezą zawartą w art. 13 ust. 1 Uokik, zarówno w przypadku poprzedniego postępowania w sprawie zamiaru dokonania koncentracji, jak i w postępowaniu wyjaśniającym prowadzonym w sprawie zakończonej wydaną decyzją, Prezes UOKiK był zobowiązany w pierwszej kolejności do określenia obrotu generowanego przez przedsiębiorstwa, a tym samym zakresu terytorialnego działania ustawy. Obrót w przyjętym przez ustawodawstwo, zarówno krajowe, na co wskazuje alternatywa z art. 13 ust.1 Uokik, jak i unijne, gdzie wymiar unijny jest uregulowany w art. 1 ust. 2 i 3 Rozporządzenia 139/2004, jest przesłanką do zakwalifikowania danej koncentracji do odpowiedniej kategorii i w związku z tym określenia kompetencji odpowiedniego organu do jej badania.

W przypadku omawianej decyzji kwestia właściwości organu do stwierdzenia istnienia koncentracji nie była kwestionowana przez strony w odwołaniu. Wynikać to może przede wszystkim z faktu, że przesłanki obrotu zarówno w krajowej, jak i unijnej regulacji, wymienione są wyczerpująco i nie dostarczają większych wątpliwości interpretacyjnych. Jest to powiązane z zasadą one-stop-shop umiejscowioną w przywołanym wyżej rozporządzeniu unijnym, w ust. 8 jego preambuły, o której była mowa we wcześniejszych fragmentach niniejszej pracy. Przedmiotowa zasada wyraźnie rozdziela kompetencje do rozpatrzenia przypadku koncentracji między organy unijne a krajowe organy ochrony konkurencji państw UE.

Jako że ustalenia dotyczące obrotu i w związku z tym istnienie po stronie Prezesa UOKiK kompetencji nie zostało w żaden sposób podniesione w stanowisku stron, a obrót części z podmiotów - adresatów decyzji nie został upubliczniony ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa, moim zdaniem należy przyjąć, że organ wydający decyzję prawidłowo ustalił wysokość obrotu, która przesądziła o jego właściwości do rozpatrzenia tej sprawy. Ustawowe pozytywne przesłanki z art. 13 ust. 1 Uokik zostały zatem spełnione, nie zaszła też żadna z przesłanek negatywnych wyszczególnionych w art. 14 Uokik. Od wspomnianej powyżej zasady one-stop-shop w kontekście ewentualnej możliwości uznania koncentracji za mającą charakter unijny istnieją wprawdzie wyjątki, które pozwalają delegować kompetencje z założenia przynależne organom krajowym na organy unijne, natomiast w omawianym przypadku nie zachodzą takie przesłanki.

Finalnym aspektem istotnym z punktu widzenia rozpatrywania problematyki właściwości organu w przedmiotowej sprawie jest fakt, że spółki zaangażowane w przedsięwzięcie Nord Stream 2 w pierwotnej notyfikacji skierowanej do Prezesa UOKiK, zgłaszając zamiar dokonania koncentracji niejako potwierdziły zasadność jego właściwości

---

132 Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, *Kontrola koncentracji przedsiębiorców - kompetencje Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz Komisji Europejskiej po 1 maja 2004 roku*, Warszawa 2005, s. 9 (dostęp na stronie internetowej UOKiK 15.04.22r.: <https://uokik.gov.pl/download.php?plik=11155>)

w tym zakresie. Kierując 8 grudnia 2015 roku do organu wniosek o wydanie zgody na koncentrację, spółki uznały istnienie kompetencji tego organu do rozpatrzenia zamiaru utworzenia nowego wspólnego przedsiębiorcy, mimo iż ostatecznie cofnęły ten wniosek, prawdopodobnie z obawy o wydanie decyzji negatywnej w sprawie.

Reasumując, wszystkie powyżej przytoczone argumenty stanowią podstawę do uznania prawidłowości, wyłącznie na podstawie przedstawionych w decyzji informacji, dokonanego przez Prezesa UOKiK (ówcześnie pełniącego tę funkcję, a w dalszej kolejności jego następcę) ustalenia w zakresie jego właściwości krajowego organu antymonopolowego do rozpatrzenia tej sprawy.

## 2. Rozstrzygnięcie w przedmiocie joint venture

### 2.1. Utworzenie wspólnego przedsiębiorcy - próba zdefiniowania zamiaru

W omawianej decyzji jednak podstawowym przedmiotem sporu między polskim organem antymonopolowym oraz spółkami uczestniczącymi w przedsięwzięciu Nord Stream 2 AG jest podniesiony przez Prezesa UOKiK zarzut dotyczący utworzenia nowego wspólnego przedsiębiorcy przez zaangażowane podmioty i w dalszej kolejności brak przewidzianej prawem notyfikacji tego działania do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, a tym samym, zdaniem organu, dokonanie koncentracji bez jego uprzedniej zgody. Główną osią rozbieżności zaprezentowanych w decyzji stanowisk obu stron jest zagadnienie kwalifikacji prawnej współpracy między spółkami. Jest ona konsekwentnie określana przez strony wyłącznie jako udzielenie finansowania dłużnego w celu finansowania projektu utworzenia kolejnej nitki gazociągu Nord Stream, natomiast Prezes UOKiK po dokonaniu analizy stanu faktycznego i prawnego dokonał kwalifikacji tego przedsięwzięcia jako utworzenia nowego, wspólnego przedsiębiorcy z udziałem 6 zainteresowanych spółek, co w jego ocenie stanowiło naruszenie przepisów polskiej ustawy.

Pierwszym i głównym argumentem wskazanym przez organ w uzasadnieniu decyzji przemawiającym za zakwalifikowaniem procedury z udziałem wyszczególnionych w decyzji spółek Gazprom, Uniper, Engie, OMV, Shell oraz Wintershall (w niniejszym rozdziale będą one figurowały dla uproszczenia w skróconej formie nazw spółek; w ten sam sposób są także opisywane w decyzji), jest istnienie wspomnianego powyżej zgłoszenia, które wpłynęło do organu w 2015 roku, i prowadziło do tego samego, jednoznacznie określonego celu działania podmiotów. Abstrahując od politycznego wymiaru tych ustaleń, Prezes UOKiK w decyzji zarzuca spółkom dążenie do zrealizowania pierwotnie zakładanego celu gospodarczego w postaci umożliwienia powstania i zapoczątkowania przesyłu gazu ziemnego w wyniku zawarcia umów finansujących to przedsięwzięcie<sup>133</sup>.

W celu wnikliwego rozważenia przedmiotowego przedsięwzięcia w kontekście intencji przedsiębiorców dokonujących koncentracji w formie utworzenia wspólnego przedsiębiorcy, należy w pierwszej kolejności omówić pojęcie samego zamiaru i powiązanego z nim obowiązku zgłoszenia, który konstytuuje art. 13 ust. 1 Uokik, powoływany w związku z ust. 2 pkt 3 Uokik. Jako że sama ustawa nie definiuje pojęcia za-

<sup>133</sup> Treść decyzji DKK-178/2020, op. cit., s. 23

miaru (nie został on opisany w słowniczku ustawowym), zasadnym jest odwołanie się do innych dziedzin prawa regulujących ten termin. Aktem prawnym normującym zamiar dokonania czynu w polskim ustawodawstwie jest Kodeks karny<sup>134</sup>, który w art. 9 ust. 1 i 2 dzieli je na umyślność i nieumyślność. Wyodrębnienie to jest jednak bezprzedmiotowe dla prawa antymonopolowego, które nie wprowadza dyferencjacji na dokonanie koncentracji w sposób umyślny bądź nie, a wręcz zrównuje obie postaci zamiaru w zakresie orzekania o odpowiedzialności danego podmiotu. Wynika to najpewniej ze szczególnych wymagań stawianych przez ustawodawcę przed przedsiębiorcą z uwagi na profesjonalny charakter prowadzonej przez siebie działalności<sup>135</sup>. Profesjonaliści uczestniczący w obrocie powinni mieć zatem zwiększoną świadomość co do znaczenia i charakteru transakcji jakie zawierają oraz obowiązków i konsekwencji z tym związanych.

Z przepisów ustawy antymonopolowej nie wynika jednolite stanowisko w kwestii regulacji zamiaru istniejącego po stronie przedsiębiorców i związanych z nim następstw prawnych. Mimo że sama postać zamiaru nie ma znaczenia w kontekście odpowiedzialności jako takiej za samo naruszenie ustawy, przedmiotowe rozgraniczenie jest istotne przy ustalaniu ewentualnej odpowiedzialności osoby pełniącej funkcje kierownicze lub wchodzącą w skład organu zarządzającego przedsiębiorcy karę pieniężną (art. 106a i b, art. 108 Uokik). Te elementy decyzji odnoszą się jednak do rodzaju i wysokości wymierzonej kary i zostaną omówione w dalszej części rozdziału.

Odnosząc się ponownie do ustaleń Prezesa UOKiK dotyczących istnienia pierwotnego zgłoszenia zamiaru koncentracji dokonanego przez spółki oraz stwierdzenia przez organ o kontynuacji tego zamiaru, należy odwołać się do jego definicji wypracowanej głównie przez doktrynę, gdyż czerpie on swój byt przede wszystkim z przytoczonego powyżej Kodeksu karnego, aczkolwiek nie jest uregulowany przez ustawodawcę w słowniczku ustawowym. Warto w tym miejscu także odnieść się do dalej idących wniosków Prezesa, dotyczących oceny omawianej koncentracji jako „próby obejścia przez niedoszłych współników Nord Stream 2 obowiązku uzyskania zgody Prezesa Urzędu na utworzenie spółki finansującej budowę NS2”<sup>136</sup>. To stwierdzenie organu w dalszej kolejności decyzji motywuje także dywagacjami na temat celu poczynionych przez nich działań, co w moim przekonaniu uwypukla dodatkowo omawianą problematykę zamiaru i tworzy z nią nierozzerwalny związek funkcjonalny.

Mimo że powszechna wykładnia przepisów w prawie nakazuje przyjmowanie w pierwszej kolejności językowej, to propozycja definicji zamiaru wyprowadzona ze Słownika Języka Polskiego wydaje się być wybitnie enigmatyczna, ograniczając się wyłącznie do stwierdzenia, że „zamiar” to „coś, co ktoś zamierza zrobić”<sup>137</sup>. W związku z niesatysfakcjonującą definicją językową, dyrektywy wykładni prawa nakazują odwołanie się do definicji funkcjonalnej lub systemowej, która to zaproponowana jest w „Wyjaśnieniach w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK”. Zamiar we wskazanej publikacji jest definiowany przede wszystkim jako konkretny, realny motyw działania przedsiębiorcy, którym precyzuje swoje gospodarcze dążenia w ramach prawnych ich obowiązkowej notyfikacji do Preze-

134 Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, (Dz. U. z 2021 r. poz. 2345 z późn. zm.)

135 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 4 marca 2016 r., sygn. akt: I ACa 975/15

136 Treść decyzji DKK-178/2020 ibidem, s. 24

137 Definicja słowa *zamiar*, słownik języka polskiego (dostęp online 15.04.22r.: <https://sjp.pwn.pl/slowniki/zamiar.html>)

sa UOKiK<sup>138</sup>. W opisywanej charakterystyce zamiaru jest również wyraźnie podkreślona cecha obiektywizmu, którą musi posiadać wystosowane zgłoszenie, ponieważ tylko notyfikacje zamiaru dokonania koncentracji, które mają oparcie w stanie faktycznym, a nie wynikają wyłącznie z subiektywnych odczuć przedsiębiorcy, są przyjmowane przez Urząd.

I wreszcie, przechodząc do ostatniej kwestii związanej z instytucją zamiaru rodzącego konieczność jego notyfikacji do Prezesa UOKiK, istotny z punktu widzenia skuteczności jest także moment czasowy takiego zgłoszenia. Jak już zostało omówione w początkowych elementach tej pracy, jako że zgłoszenie zamiaru dokonania koncentracji ma charakter prewencyjny, to należy określić też precyzyjnie moment, w którym przedsiębiorca jest zobowiązany do jego dokonania. W sukurs przychodzi tutaj paremia rzymska *Cogitationis poenam nemo patitur*, która uzasadnia odpowiedzialność tylko za uzewnętrznioną postać zamiaru, który wychodzi poza obszar sfery psychicznej jednostki. Nie budzi zatem większych wątpliwości, na co zwraca też uwagę w komentarzu do Uokik m.in. A. Wierciński, że przedmiotem zainteresowania prawa ochrony konkurencji, a zarazem obszarem regulacji, jest wyłącznie skonkretyzowany, zakomunikowany organowi antymonopolowemu w formie prawnie przepisanej zamiar dokonania koncentracji<sup>139</sup>.

## 2.2. Cel gospodarczy stron

Odnosząc się ponownie do zarzutów sformułowanych przez Prezesa UOKiK w przedmiotowej decyzji, po dokonanych przedstawieniu problematyki zamiaru na płaszczyźnie ochrony konkurencji, nastąpi w tym miejscu omówienie stwierdzenia organu o próbie obejścia przepisów polskiej ustawy, której zgodnie z jego ustaleniami podlegały podmioty uczestniczące w porozumieniu.

Najpełniej istotę tego zagadnienia oddają rozważania na temat problematyki celu gospodarczego, którego definicję można wyprowadzić z wybranego orzecznictwa oraz literatury przedmiotu. W wyroku Sądu Apelacyjnego w Gdańsku został przedstawiony postulat o szerokim jego ujmowaniu, tj. jako całość zgromadzonych środków lub osobistych starań powziętych do osiągnięcia zamierzonych korzyści materialnych rozumianych jako zysk tudzież do najpełniejszej zakładanej realizacji wyznaczonych zadań o charakterze majątkowym<sup>140</sup>. Tę tezę można odnieść do ustaleń Prezesa UOKiK zawartych w przedmiotowej decyzji w zakresie celu, jakim kierowały się spółki uczestniczące w koncentracji, a przede wszystkim, czy ten cel pozostał aktualny także przy utworzeniu wspólnego przedsiębiorstwa, z czego pierwotnie się wycofały, nie oczekując na rozstrzygnięcie.

Celem gospodarczym, który według Prezesa UOKiK został obrany przez podmioty zaangażowane w projekt Nord Stream 2 było sfinansowanie przedmiotowego przedsięwzięcia. Prezes dokonał tej analizy dopiero w decyzji z 2020 roku, ponieważ poprzednie postępowanie zostało umorzone na mocy art. 75 ust. 1 pkt 1 Uokik z powodu wycofania pierwotnego zgłoszenia i tym samym zaistnienia przesłanki bezprzedmiotowości dalszego postępowania w tym zakresie. Należy jednak rozważyć, czy ustalenia

138 UOKiK, *Wyjaśnienia*, op. cit., s. 46

139 A. Wierciński [w:] A. Stawicki, E. Stawicki, op. cit., art. 13

140 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 31 października 2017r., sygn.. akt: I ACa 1188/16



Prezesa UOKiK w kwestii jednolitego charakteru celu gospodarczego działań spółki były prawidłowe, i tym samym czy zarzut próby obejścia prawa poprzez pozornie inny rodzaj współpracy okazał się trafiony.

Nie koncentrując się na tym etapie omawiania decyzji na zasadniczej osi sporu między stronami, tj. zakwalifikowaniem działań spółek jako przykładu koncentracji polegającej na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy, zasadnym jest w tym miejscu rozważenie wyłącznie kwestii aktualności zamiaru oraz celu gospodarczego spółek.

Z zaprezentowanych przez Prezesa UOKiK w decyzji ustaleń wynika, że Gazprom, Uniper, Engie, OMV, Shell oraz Wintershall pierwotnie występowały jako PAO Gazprom, Uniper Global, Wintershall Nederland, OMV Nord Stream II, Shell i Engie SA. We wniosku o wyrażenie zgody na dokonanie koncentracji z 2015 roku wyżej wymienione spółki określały w skonkretyzowany sposób swój zamiar utworzenia wspólnego przedsiębiorcy poprzez utworzenie odrębnej spółki Nord Stream 2 finansowanej wkładem kapitałowym w stosunku po 10% od każdej z nich oraz 50% po stronie Gazpromu. Z uzasadnienia decyzji wynika także, że głównym celem przedstawionym w notyfikacji dokonanej przez strony była „inwestycja w projekt, który miał przynieść im zadowalającą stopę zwrotu”<sup>141</sup>. Dodatkowo, z zaprezentowanej w decyzji analizy umów wynika jasno, że środki pozyskiwane na cel gospodarczy obrany przez spółki mają pochodzić m.in. z wkładów kapitałowych, pożyczek oraz aportów wnoszonych do spółki przez jej akcjonariuszy<sup>142</sup>.

Aby ocenić, czy zakładane wspólne finansowanie przedsięwzięcia, do którego w 2015 roku temporalnie nie doszło, należy odnieść ustalenia z tamtego okresu do kształtu umów, których oceny dokonał w omawianej decyzji Prezes UOKiK. Ustalił on bowiem, że w 2017 roku doszło do podpisania szeregu umów mających na celu sfinansowanie projektu Nord Stream 2, z udziałem tych samych podmiotów, działających jedynie pod inną firmą. Prowadzi to do wniosku, że została zachowana tożsamość korporacyjna, jako że przekształcenie formy prawnej spółki, zgodnie z zasadą kontynuacji, obliuguje do traktowania spółki w obrocie prawnym jako tego samego podmiotu, zgodnie z szerokim ujęciem tej zasady wynikającym z art. 553 k.s.h.<sup>143</sup>. Podobnego zdania jest także A. Szumański, który dodatkowo wzbogaca zaprezentowaną tezę o element tożsamości praw i obowiązków po dokonanych przekształceniu oraz zasadniczo jednolitego przedmiotu jej działalności<sup>144</sup>.

Kolejnym aspektem potwierdzającym zasadność twierdzeń Prezesa UOKiK o tym samym celu gospodarczym obranym przez spółki oraz jednorodnym sposobie jego realizowania jest zaprezentowana w decyzji dystynkcja na udział w finansowaniu projektu przez poszczególne spółki w formalnym zgłoszeniu zamiaru koncentracji w formie joint venture z 2015 roku oraz tym, które wynika z umów pozyskanych przez Prezesa w 2017 roku. Poniżej udziały te zostaną zaprojektowane w formie tabelki, co służyć ma bardziej przystępnemu rozeznaniu w wielkości tych udziałów.

---

141 Treść decyzji DKK-178/2020, op. cit., s. 4

142 Ibidem

143 Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 9 sierpnia 2013 r., sygn. akt: II FSK 2289/11

144 A. Szumański [w:] S. Sottysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 1090



| Nazwa spółki          | Joint venture NS2 (udziały) | Nazwa spółki | Finansowanie NS2 |
|-----------------------|-----------------------------|--------------|------------------|
| PAO Gazprom           | 50%                         | PJSC Gazprom | 50%              |
| Uniper Global         | 10%                         | Uniter       | 10%              |
| Wintershall Nederland | 10%                         | Wintershall  | 10%              |
| OMV Nord Stream II    | 10%                         | OMV          | 10%              |
| Shell                 | 10%                         | Shell        | 10%              |
| Engie SA              | 10%                         | Engie        | 10%              |

*Dane pochodzące z decyzji Prezesa UOKiK z dnia 6.10.2020; nr decyzji DKK-178/2020<sup>145</sup>*

Mimo dokonanych na przestrzeni czasowej między zgłoszeniem z 2015 roku a faktyczną koncentracją przekształceń form prawnych spółek, poziom zaangażowania ich kapitału wyrażony udziałami w finansowaniu projektu jest ten sam. Jedyna różnica polega na pierwotnie notyfikowanym, oficjalnym udziale Gazpromu, który miał wynosić 100%, z opcją odkupienia części udziałów w podanych wyżej wartościach, a późniejszym obecnym faktycznym udziale Gazpromu na poziomie 100 % ilości akcji w spółce Nord Stream 2 AG. Na tej podstawie należy przypuszczać, że jest to kolejna przesłanka świadcząca o nadal aktualnym zamiarze jednorodnej koncepcji finansowania projektu Gazociągu Północnego z uwagi na ten sam poziom zaangażowania a także faktyczną tożsamość korporacyjną spółek.

Założenie to zostało dodatkowo poparte ustaleniami Prezesa dotyczące korzyści odniesionych przez spółki w związku z wspólnie realizowanym projektem. Organ dotarł do umów finansowania gazociągu (niedostępnych dla opinii publicznej z uwagi na objęcie niektórych postanowień klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa) i na tej podstawie wykazał, że w miejsce wcześniej prognozowanej dywidendy przypadającej poszczególnym spółkom finansującym Nord Stream 2, Uniper Global, Wintershall Nederland, OMV Nord Stream II, Shell oraz Engie SA uzyskają oni dochód będący wartością odsetek za pożyczony kapitał na finansowanie przedsięwzięcia.

Wątpliwości może budzić zawarty w decyzji Prezesa UOKiK zarzut dotyczący umorzenia postępowania i konsekwencji, jakie w jego przekonaniu to wywołało. Organ antymonopolowy podnosi bowiem, że zastosowanie hipotezy z art. 75 Uokik, która reguluje umorzenie postępowania, w tym przypadku z powodu wycofania przez przedsiębiorców wniosku o wydanie zgody na dokonanie koncentracji jest równoznaczne z wydaniem decyzji zakazującej.

Przywołany przepis z ustawy antymonopolowej stanowi *lex specialis* w stosunku do analogicznego unormowania zawartego art. 105 Kodeksu postępowania administracyjnego, nakazującego organowi administracyjnemu umorzenie postępowania w przypadku stwierdzenia bezprzedmiotowości postępowania odpowiednio w całości lub w części. Mimo pozornie identycznej dyspozycji wystosowanej w kierunku organu administracyjnego stwierdzającego wystąpienie przytoczonych przesłanek, zachodzi istotna różnica w teoretycznoprawnej kwalifikacji rodzaju decyzji. Dystynkcję tę

<sup>145</sup> Treść decyzji, op. cit., s. 26

właściwie przedstawia K. Klonowski, dzieląc rodzaje norm prawnych, które są przecież ucieleśnieniem stanów faktycznych rozstrzyganych w oparciu o przepisy ustrojowe, na proceduralne i materialne<sup>146</sup>. Normy prawa procesowego regulują wykorzystanie norm materialnych przez wyznaczone do tego celu właściwe organy, natomiast normy materialne odpowiadają za kształtowanie interesu prawnego adresatów w oderwaniu od organów je stosujących.

W moim przekonaniu Prezes UOKiK, dokonując w decyzji umorzenia postępowania oraz stosując w tym celu normę powszechnie klasyfikowaną jako formalnoprawną, w nieuzasadniony sposób zrównał oba rodzaje norm wywołujących odmienne skutki w obrocie prawnym. Organ błędnie przyjął, że kwalifikacja postępowania jako bezprzedmiotowego ze względu na spełnienie przesłanki z art. 105 par. 1 k.p.a. stanowiła równocześnie de facto wydanie decyzji zakazującej dokonania koncentracji - posłużył się bowiem sformułowaniem o analogicznych skutkach. Błąd rozumowania polegał na zrównaniu dwóch płaszczyzn, formalnoprawnej i materialnoprawnej, a w konsekwencji nieprawidłowym przyjęciu, że nie jest konieczne wydanie decyzji zakazującej w przypadku umorzenia postępowania, mimo iż koncentracja została uprzednio rozpoznana jako bezprawna. Organ mimo swojego błędnego przekonania nie rozstrzygał zatem o prawach i obowiązkach stron, co jest koniecznym elementem decyzji materialnoprawnej<sup>147</sup> a jedynie tryb (sposób załatwienia sprawy), w tym wypadku zakończenie postępowania administracyjnego w postaci jego umorzenia<sup>148</sup>.

### 2.3. Tożsamość prawna spółki w kontekście zarzutu utworzenia joint venture

Centralnym punktem decyzji i jednocześnie zagadnieniem wokół którego najmocniej ogniskują stanowiska obu stron jest kwalifikacja zarzucanej spółkom zaangażowanym w Nord Stream 2 dokonanej koncentracji. Tej kwestii w wydanej decyzji została poświęcona przez Prezesa UOKiK największa uwaga, a uzasadnienie zarzutu jest wyjątkowo obszerne oraz kompleksowe.

Jak już zostało wyżej wskazane, podstawę do wszczęcia postępowania wyjaśniającego przez Prezesa UOKiK przewidzianego w art. 48 ust. 1 Uokik skłoniły informacje medialne, które świadczyły o możliwości istnienia po stronie spółek uczestniczących w przedsięwzięciu Nord Stream 2 niedozwolonej koncentracji. W tym przypadku zastosowanie tego przepisu było celowe ze względu na uzasadnione podejrzenia co do możliwości dokonania koncentracji z uwagi na notyfikację spółek z 2015 roku dotyczącą tożsamego zamiaru. W decyzji nie zostały wskazane przesłanki wszczęcia postępowania wyjaśniającego, natomiast na podstawie przedstawionego stanu faktycznego można przyjąć, że spełnione zostały art. 48 ust. 1, ust. 3 i ust. 4 Uokik regulujące sprawdzenie, czy nastąpiło naruszenie przepisów ustawy uzasadniające wszczęcie postępowania antymonopolowego, w tym, czy sprawa ma charakter antymonopolowy, jaki jest badany rynek, na którym nastąpiła koncentracja, oraz istnienie obowiązku dokonania jej zgłoszenia przez strony.

146 K. Klonowski [w:] H. Knysiak-Sudyka, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, wyd. II, WKP 2019, art. 1, (dostęp LEX: 28.05.22r.) powołując się także na definicję wypracowaną przez C. Martysza (C. Martysz [w:] G. Łaszczyca, C. Martysz, A. Matan, *Postępowanie administracyjne ogólne*, s. 4)

147 Z. Duniewska [w:] Z. Duniewska, B. Jaworska-Dębska, E. Olejniczak-Szałowska, M. Stahl, *Prawo administracyjne materialne*, wyd. 3, Wolters Kluwer, Warszawa 2020, s. 31, z cytowanym tam Z. Leońskim

148 Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku z 13 listopada 2019 r., sygn. akt: II SA/Gd 273/19

Po stwierdzeniu przez organ spełnienia ustawowych przesłanek dokonania koncentracji przez uczestników przedsięwzięcia Nord Stream 2 wydał on decyzję, w której zakwalifikował je jako joint venture. Taka ocena w świetle prawa pociąga za sobą stwierdzenie niewypełnienia obowiązku przewidzianego w art. 13 ust. 1 w związku z art. 13 ust. 2 pkt 3 Uokik przez strony, który nakazywał stronom porozumienia uprzednie zgłoszenie zamiaru dokonania koncentracji do organu antymonopolowego. Jak wynika z ustaleń dotyczących wymaganego przez ustawę na mocy art. 13 ust. 1 Uokik obrotu, organem właściwym w sprawie był Prezes polskiego Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Strony w zaprezentowanym Prezesowi UOKiK stanowisku nie negowały właściwości tego organu w sprawie, natomiast kwestionowały podstawę prawną zasadniczego elementu rozstrzygnięcia, tj. kwalifikację przedsięwzięcia jako utworzenia nowego, wspólnego przedsiębiorcy, a tym samym wypełnienie przesłanki z art. 13 ust. 2 pkt 3 Uokik. W ocenie stron postępowanie udzielenie finansowania dłużnego w celu realizacji projektu Nord Stream 2 nie mieści się w katalogu koncentracji z przywołanego przepisu. Na poparcie swojej tezy strony podniosły, że taka kwalifikacja występuje w przeważającej większości opracowań dotyczących tego zagadnienia, oraz że Prezes UOKiK jako organ dokonujący wyłącznie rozstrzygnięcia w oparciu o dany stan faktyczny, nie jest władny rozszerzać ustawowego katalogu koncentracji.

Dodatkowym argumentem na poparcie tezy podmiotów zaangażowanych w przedsięwzięcie jest aspekt własnościowy spółki Nord Stream 2, z którego wynika, że finansowanie projektu przez spółki nie ma pokrycia w pakiecie akcyjnym i kontrolnym, który w całości pozostaje po stronie wyłącznie Gazpromu.

### 3. Analiza stanowiska stron z treści decyzji

Joint venture, zgodnie z wcześniejszymi rozważaniami w początkowych rozdziale niniejszej pracy, jako jeden z rodzajów koncentracji przewidzianych w art. 13 ust. 2 pkt 3 polskiej ustawy antymonopolowej, ze względu na brak definicji legalnej i tym samym określenia jego statusu w polskim systemie ochrony konkurencji, jest przedmiotem trudności interpretacyjnych w obrocie prawnym. W omawianym przypadku decydujące znaczenie wydaje się mieć dystynkcja tego pojęcia na płaszczyźnie de facto i de iure. W świetle przepisów ustawowych oraz prawidłowo opartej na nich interpretacji Prezesa UOKiK, znajdującej poparcie w licznych przedmiotowych opracowaniach, z uwagi na deficyt uregulowania joint venture, w polskiej praktyce orzeczniczej przyjmuje się szeroko kwalifikację stanów faktycznych jako utworzenie wspólnego przedsiębiorcy. Jak zostało to podniesione na poprzednim etapie niniejszej pracy, zarówno porozumienia kooperacyjne, jak i koordynacyjne są uznawane za praktyki o znamionach joint venture. W omawianym przypadku Prezes UOKiK słusznie ocenia przedsięwzięcie jako przykład porozumienia o charakterze kooperacyjnym, ze względu na brak wspólnej struktury własnościowej i pakietów kontrolnych po stronie każdej z zaangażowanych spółek, z wyjątkiem Gazpromu. Taki stan faktyczny, w interpretacji organu antymonopolowego, jest próbą obejścia przepisów statuujących konieczność utworzenia wspólnego przedsiębiorcy, który, zgodnie z dyspozycją zawartą w art. 4 ustawy Prawo przedsiębiorców, aby wypełniać te znamiona, musi według polskiego prawodawstwa być osobą fizyczną lub prawną oraz we własnym imieniu podejmować i wykonywać działalność gospodarczą w sposób zorganizowany

i ciągly. Prezes zarzuca jednocześnie stronom, że mimo braku formalnego w postaci udziałów kapitałowych w spółce Nord Stream 2 AG, poprzez umowy finansowania, które z oczywistych powodów miały charakter inwestycyjny z uwagi na oczekiwaną stopę zwrotu z realizacji projektu, nastąpiło faktyczne połączenie ich interesów gospodarczych z Gazpromem<sup>149</sup>.

Kolejnym argumentem na rzecz kwalifikacji przedsięwzięcia jako joint venture są uprawnienia spółek, które w związku z faktem finansowania projektu przypadły w ich udziale. Prezes UOKiK dokonuje w decyzji enumeratywnego wyliczenia tych uprawnień, natomiast nie są one jawne ze względu na klauzulę tajemnicy przedsiębiorstwa. Organ formułuje jednak założenie, że spółka ze względu na przedstawione instrumenty prawne nie jest w stanie samodzielnie podejmować strategicznych decyzji, a także ich modyfikować, bez zgody wszystkich zaangażowanych w projekt spółek. Prezes UOKiK podnosi ponadto, że na podstawie wskazanych instrumentów niektóre ze spółek zapewniły sobie szereg uprawnień w stosunku do spółki oraz de facto stały się jej quasi-akcjonariuszami, co niewątpliwie przemawia na korzyść przyjętej przez organ kwalifikacji<sup>150</sup>.

Ostrożnie, choć nie mniej wnikliwie, należy odnieść się także do aspektu podmiotowego kwalifikacji Nord Stream 2 jako przedsiębiorcy, tj. utożsamiania się podmiotów go tworzących z prowadzoną działalnością. Jak wynika z licznych opracowań, przytoczonych wcześniej w pracy, na kwalifikację danego podmiotu jako odrębnego przedsiębiorstwa składa się nie tylko spełnienie ustawowych przesłanek z wyżej cytowanego art. 4 ustawy Prawo przedsiębiorców, ale także równie istotna, choć niepodlegająca regulacji ustawowej, jest świadomość tworzących go jednostek co do istnienia odrębności w obrocie prawnym oraz wspólne dążenie do realizacji założonych celów, w tym maksymalizacji zysku i czerpania korzyści z działalności gospodarczej. Prezes UOKiK na poparcie stanowiska o przekonaniu spółek o byciu podmiotami wspólnego przedsięwzięcia może świadczyć pobieranie bieżących informacji o etapach realizacji projektu, wykonywanie nad nim bieżącego nadzoru oraz utożsamianie się z nim w przestrzeni medialnej, tj. używanie zaimka „my” w kontekście wypowiedzi dotyczących budowy gazociągu przez prezesa OMV<sup>151</sup>.

#### 4. Wnioski w przedmiocie rozstrzygnięcia

Na podstawie wszystkich powyższych okoliczności należy stwierdzić, że omówione działania spółek realizują przesłanki wynikające z art. 13 ust. 1 w związku z ust. 2 ustawy antymonopolowej. Po stronie Prezesa UOKiK istnieje kompetencja do sformułowania rozstrzygnięcia w tej sprawie z uwagi na spełniane kryteria obrotowe pozwalające na kwalifikację koncentracji jako krajowej. Wspólne dążenia oraz działania spółek prowadzące do utworzenia wspólnego przedsiębiorcy stanowią zrealizowanie zamiaru określonego w powołanej wyżej podstawie prawnej, zatem w moim przekonaniu doszło do naruszenia przepisów polskiej ustawy polegającym na braku notyfikacji wymaganej przez art. 13 ust. 1 Uokik.

---

149 Treść decyzji DKK-178/2020, op. cit., s. 24

150 Ibidem

151 Ibidem, s. 28, z powołaniem na: (<https://www.reuters.com/article/us-gazprom-nord-stream-2-omv/omv-chief-says-no-need-to-discuss-alternative-route-for-nord-stream-2-idUSKBN1W10QG>) [ENG] [dostęp online: 28.05.22r.]

## 5. Szczegółowe Uzasadnienie Zarzutów

W przedmiotowej sprawie, zarówno w rozstrzygnięciu zawartym decyzji nr DKK-178/2020, jak i w poprzednim postępowaniu dotyczącym zgłoszenia zamiaru utworzenia joint venture, a niezakończonym wydaniem decyzji merytorycznej w 2016 roku, przedmiotem analizy dokonanej przez Prezesa UOKiK było badanie możliwości uzyskania przez nowopowstałego wspólnego przedsiębiorcę, Nord Stream 2 AG pozycji dominującej na rynku gazu w Polsce. Jak wynika z ustaleń Prezesa dotyczących tej sprawy w przypadku poprzedniego umorzenia postępowania w wyniku wycofania zgłoszenia przez spółki, spółka PAO Gazprom posiadająca wówczas samodzielnie ten status, jeszcze bardziej by go umocniła w wyniku wnioskowanej koncentracji. Emanacją poczynionych ustaleń było w tamtym postępowaniu zgłoszenie zastrzeżeń do spółek, i ostateczne fiasko ich dążeń w wyniku obaw o wydanie decyzji odmownej przez polski organ antymonopolowy.

Nawiązanie to zostało poczynione na potrzeby niniejszych rozważań dotyczących omawianej decyzji, ponieważ ustalenia Prezesa UOKiK w przedmiotowej sprawie pozostały aktualne. Organ wszczynając postępowanie wyjaśniające w sprawie możliwości zakwalifikowania działań spółek zaangażowanych w przedsięwzięcie Nord Stream 2 jako koncentracji, działał zgodnie z dyspozycją zawartą w art. 48 ust. 1 pkt 3 Uokik, która nakazuje m.in. badanie rynku z uwzględnieniem jego struktury i stopnia koncentracji w przypadku zaistnienia okoliczności wskazujących na możliwość naruszenia przepisów ustawy.

Ustalenia organu oraz powiązane z nimi zarzuty postawione spółkom w toku postępowania wyjaśniającego, zostały zgromadzone w Szczegółowym Uzasadnieniu Zarzutów (SUZ). Z uwagi na odniesienie się poprzednio w pracy do aspektu utworzenia wspólnego przedsiębiorcy, w tym miejscu nastąpi jedynie omówienie zarzutu nadużycia pozycji dominującej przez podmioty zaangażowane w Nord Stream 2.

Fundamentalne założenie, które można wyprowadzić ze wskazanego Szczegółowego Uzasadnienia Zarzutów, będące jednocześnie „bazowym” dla dalszych rozważań na temat możliwości uzyskania pozycji dominującej przez Nord Stream 2, jest stwierdzenie że „rola podmiotów w finansowaniu NS2 nie uległa zmianie w stosunku do pierwotnie planowanej koncentracji”<sup>152</sup>. Jest to o tyle istotne, że podnoszone w decyzji takie samo rozłożenie stopnia finansowania mającego wówczas powstać joint venture i obecnie powstałej spółki pozwala przypuszczać, że z uwagi na około 2-letni odstęp czasowy między postępowaniami, ustalenia Prezesa są nadal aktualne w przedmiotowej sprawie. Oznacza to, że planowane wydanie decyzji zakazującej dokonania koncentracji i obecny brak zgody na nią w wyniku najnowszych ustaleń zawartych w aktualnie omawianej decyzji są tożsame i opierają się na tych samych przesłankach, dlatego mogą być oceniane łącznie.

Wydanie przez Prezesa UOKiK wskazanego SUZ jest podyktowane przesłankami ustawy antymonopolowej uregulowanymi w jej art. 96a ust. 3, które w przypadku uzasadnionego prawdopodobieństwa istotnego ograniczenia konkurencji na rynku w wyniku dokonania koncentracji obliguje Prezesa do przedstawienia przedsiębiorcy lub przedsiębiorcom uczestniczącym w koncentracji zastrzeżenia wobec tej koncentracji przedmiotowych zarzutów. Jak wynika z praktyki, środek określony w cytowanym

<sup>152</sup> Ibidem, s. 12



przepisie jest stosowany przez organ w przypadku zamiaru wydania decyzji zakazującej wydania zgody na koncentrację<sup>153</sup>. S. Dudzik wskazuje, że wydanie takich zastrzeżeń wyraża ujemną ocenę potencjalnej koncentracji, a z regulacji przewidzianej dla tej instytucji w art. 6 ust. 1 lit. c) rozporządzenia nr 139/2004 wynika, że są one w istocie „preludium” do wydania decyzji negatywnej<sup>154</sup>.

Nie inaczej jest w przypadku omawianej decyzji. Użycie tego środka podczas formułowania zarzutów do rozpoznanej w SUZ istniejącej koncentracji oraz niewielka rozpiętość czasowa między dwoma postępowaniami z 2017 oraz 2020 roku w praktyce przesądzało o treści rozstrzygnięcia. Przewidywania zostały potwierdzone przez strony, które w odpowiedzi na SUZ całkowicie zaprzeczyły wszystkim ustaleniom Prezesa UOKiK.

### 5.1. Badanie istnienia pozycji dominującej oraz jej potencjalnego nadużycia w wyniku koncentracji

Z uwagi na przedmiot niniejszej pracy, która dotyczy wyłącznie jednego z naruszeń polskiej ustawy antymonopolowej, tj. koncentracji (w tym przypadku niezgłoszonej Prezesowi UOKiK), samo odniesienie do zarzutów w postaci możliwości zaistnienia pozycji dominującej na rynku gazu w Polsce poprzez dokonaną koncentrację zostanie zrealizowane wyłącznie w oparciu o przepisy ustawowe oraz wpływ na zasadność wydanej decyzji.

Prezes UOKiK w oparciu o przeprowadzoną analizę rynku ustalił, że umocnienie pozycji dominującej przez Gazprom, tj. jedną ze spółek uczestniczącą w utworzeniu joint venture, spowoduje wzmocnienie pozycji negocjacyjnej na rynku gazu w Polsce oraz że nastąpi potencjalne zagrożenie w postaci forsowania przez Gazprom niekorzystnych warunków umownych, włączając w to wzrost cen gazu<sup>155</sup>. W ocenie organu to zagrożenie jest realne po stronie Gazpromu z uwagi na wygasający dopiero w 2022 roku kontrakt jamalski i pozycję tej spółki jako głównego dostawcy gazu do redystrybucji poprzez PGNiG. Organ podkreśla, że Gazprom ma już aktualnie pozycję dominującą na poziomie 40%, z którą Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów wiąże posiadanie tej pozycji, co zostało potwierdzone także przez Komisję Europejską w decyzji dotyczącej dostaw gazu w centralnej i środkowej Europie<sup>156</sup>. Prezes UOKiK podnosi, że już istniejąca pozycja dominująca dopuszczalna przez polską ustawę osiągnie jeszcze wyższy pułap w związku z budową Nord Stream 2 i większymi możliwościami przesyłu gazu z tego kierunku do UE.

Na potrzeby niniejszej pracy należy przyjąć, że ustalenia dotyczące przypisania Gazpromowi pozycji dominującej na podstawie analizy rynku jest prawidłowe, natomiast samo określenie pozycji dominującej w poszczególnych stanach faktycznych jest

153 D. Aziewicz, *Czy warto rozprawać o koncentracjach? Rozważania o możliwości i zasadności oraz sposobie wprowadzenia rozprawy do postępowania antymonopolowego w sprawach koncentracji jako elementu obligatoryjnego*, iKAR 2020, nr 4 (9), s. 13 (dostęp online 18.04.22r.: <https://ikar.wz.uw.edu.pl/archiwum/17-2020/119-nr-4-9-seria-antymonopolowa.html>)

154 S. Dudzik, *Kontrola koncentracji w świetle ostatnich zmian ustawowych*, iKAR 2015, nr 2 (4), s. 35 (dostęp online 18.04.22r.: (odnośnik na stronie kolejnej) [https://ruj.uj.edu.pl/xmlui/bitstream/handle/item/6539/dudzik\\_kontrola\\_koncentracji\\_w\\_swietle\\_ostatnich\\_zmian\\_ustawowych\\_2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://ruj.uj.edu.pl/xmlui/bitstream/handle/item/6539/dudzik_kontrola_koncentracji_w_swietle_ostatnich_zmian_ustawowych_2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y))

155 Treść decyzji DKK-178/2020, op. cit. s. 35-36

156 Ibidem, s. 37, z powołaniem na decyzję Komisji Europejskiej w sprawie AT.39816



w doktrynie klasyfikowane jako emanacja dyskrecjonalności przyznanej przez ustawodawcę Prezesowi UOKiK. Granica tej dyskrecjonalności została ustalona w ustawie antymonopolowej na podstawie istniejącego domniemania określonego w art. 4 pkt 10 Uokik, które zakłada istnienie pozycji dominującej po przekroczeniu 40% udziałów danego podmiotu w rynku. Jak przyjmuje się powszechnie w doktrynie, ustalenie wartości poprzez posłużenie się domniemaniem pozostawia w istocie swobodę decyzyjną organowi antymonopolowemu, który po ustaleniu ilościowym przy analizie udziałów rynkowych podmiotu, przechodzi do analizy jakościowej i na tym właśnie etapie występuje element dyskrecjonalności działania organu. Aby prawidłowo stwierdzić występowanie po stronie podmiotu pozycji dominującej oraz jej potencjalnego nadużycia, organ dokonuje oceny siły rynkowej przedsiębiorcy, określenia warunków rynkowych, w których funkcjonuje, w tym bieżącego otoczenia konkurencyjnego<sup>157</sup>. To stwierdzenie jest o tyle istotne, że w literaturze często przyjmuje się, że do sformułowania przez organ antymonopolowy właściwej oceny istnienia pozycji dominującej konieczne jest spełnienie obu kryteriów.

Wydaje się, że Prezes UOKiK dokonał w uzasadnieniu decyzji dogłębnej analizy rynku gazu w Polsce. Swoje ustalenia oparł na dwóch kryteriach wynikających z ustawy i podnoszonych w komentarzu do Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów autorstwa K. Kohutka<sup>158</sup>, tj. określił istnienie po stronie Gazpromu jako jedyne formalnego udziałowca kwestionowanego przedsięwzięcia możliwości zaburzania skutecznej konkurencji na rynku właściwym, w tym wypadku dostaw gazu w związku z umocnieniem pozycji dominującej. Kolejnym argumentem, który można odnieść do uzasadnienia decyzji UOKiK, potwierdzającym istnienie pozycji dominującej wraz z zagrożeniem jej bezprawnego zwiększania, jest ustalenie Prezesa UOKiK dotyczące umocnienia pozycji Gazpromu jako dominującego dostawcy gazu na rynek polski i jedyne dostawcy z kierunku wschodniego. Organ antymonopolowy podnosi, że w związku z dokonaną koncentracją oraz wynikającym z niej przyłączeniem Nord Stream 2 w rozumieniu gazociągu, do systemu Gascade spowoduje znaczne zmniejszenie możliwości przesyłu w związku z zakupem gazu z Niemiec i uniemożliwi tym samym dywersyfikację. Pomiędzy powyższymi ustaleniami w mojej ocenie istnieje związek funkcjonalny<sup>159</sup>, który pozwala na stwierdzenie, że opisane działania związane z osiągnięciem pozycji dominującej przez Gazprom jako uczestnika koncentracji, będą stanowiły istotne zagrożenie dla konkurencji poprzez podejmowane ich w znacznym stopniu niezależnie od konkurentów, tj. możliwości zahamowania rozwoju konkurencji na rynku w Polsce, a co z tym związane, spowodowuje wzrost cen dla ostatecznych odbiorców gazu z powodu zaniku konkurencji cenowej generowanej przez PGNiG<sup>160</sup>.

Podstawą uprawnień Prezesa UOKiK, w postaci nałożenia kary na spółki zaangażowane w Nord Stream 2 oraz nakazania rozwiązania umów finansowania jest art. 21 ust. 2 Uokik, którego jedna z zamkniętego katalogu przestępstw umożliwia organowi nałożenie jednej lub kilku enumeratywnie wymienionych sankcji na podmioty dopusz-

157 J. Matuszczak-Piasta, *Argumenty jakościowe stosowane przy ocenie pozycji rynkowej przedsiębiorcy w postępowaniach antymonopolowych przed Prezesem UOKiK*, iKAR 2013, nr 5 (2), s. 69 (dostęp online 18.04.22r.: <http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.desklight-f8516ce9-dfde-402e-bea4-45c2ca2c58eb/c/AMatuszczak.pdf>)

158 K. Kohutek, op. cit., art. 4

159 Ibidem

160 Treść decyzji DKK-178/2020, op. cit., s. 37

czające się naruszenia w formie bezprawnie dokonanej koncentracji. W omawianej sprawie organ mimo przeprowadzenia wyczerpujących ustaleń i stwierdzenia istnienia pozycji dominującej spółki Nord Stream 2 AG na polskim rynku gazu, nie mógł wydać decyzji zakazującej z art. 20 ust. 1 Uokik z uwagi na dokonaną już koncentrację. Przepis ten w przypadkach takich jak przedmiotowa sprawa, ma służyć zabezpieczeniu rynku konkurencji przed dalszymi naruszeniami wynikającymi z niezgłoszonej koncentracji, tzn. braku wcześniejszej możliwości ingerencji organu w zamiar przeprowadzenia niedozwolonej praktyki rynkowej.

Organ stosując w przedmiotowej sprawie art. 21 ust. 2 Uokik, zakwalifikował skutki dokonanej koncentracji jako wypełniające przesłanki z ustawy, tj. stanowiące istotne ograniczenie konkurencji na rynku poprzez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku, w tym przypadku dostaw gazu w Polsce. Prezes UOKiK uwzględnił przy tym zastrzeżenia opisane w postępowaniu dotyczącym pierwotnego zamiaru dokonania koncentracji, zrównując podniesione wtedy argumenty zarówno swoje, jak i stron i zastosował je w bieżącym rozstrzygnięciu. Taką praktykę umotywowował istnieniem krótkiego odstępu czasowego między obydwooma postępowaniami i w związku z tym aktualnością podniesionych zarzutów oraz występowaniem tożsamyh zagrożeń na rynku gazu w Polsce w związku z utworzonym joint venture wówczas i obecnie.

## 5.2. Ocena skutków rynkowych dokonanej koncentracji a podstawa rozstrzygnięcia

Należy podkreślić, że przyjęta przez Prezesa UOKiK kwalifikacja prawna jest dokonywana w oparciu o aktualne ustalenia faktyczne i możliwe w związku z przedmiotem tych ustaleń, nastąpienie zagrożeń dla konkurencji. Jak podkreśla się jednoznacznie w doktrynie, na organ antymonopolowy nie jest nałożony obowiązek dowiedzenia, że koncentracja wywołała rzeczywiście dane skutki niepożądane dla rynku, który stanowił przedmiot analizy. Wskazuje się, że wystarczające jest jedynie określenie wysokiego stopnia prawdopodobieństwa zaburzenia konkurencji na danym rynku właściwym w związku z joint venture<sup>161</sup>. Organ w moim przekonaniu wyczerpująco przedstawił to zagadnienie w uzasadnieniu decyzji, wyodrębniając je w nagłówku „Skutki rynkowe koncentracji”. Na potrzeby oceny tych skutków Prezes UOKiK przyjął założenie o zrównaniu utworzenia joint venture i umów finansowania Nord Stream 2, co wydaje się istotne z punktu widzenia zwiększonego przesytu gazu na polski rynek, który jest celem powziętego przedsięwzięcia wybudowania Nord Stream 2, i w związku z tym utworzenia nowego przedsiębiorcy przez strony.

Prezes UOKiK wskazał, że prawdopodobieństwo niekorzystnych skutków wywołanych przez koncentrację istnieje ze względu na preferencyjne traktowanie gazu z rosyjskiego źródła po wybudowaniu obiektu, dla którego powstania została utworzona spółka Nord Stream 2. Organ podnosi, że w związku z tym realnym w jego ocenie zagrożeniem, alternatywne źródła pozyskiwania tego surowca dostarczanego innymi gazociągami do Europejskiego Obszaru Gospodarczego w istocie utracą na znaczeniu. W ocenie organu istotne znaczenie ma również fakt znaczącej pozycji podmiotów będącym uczestnikami joint venture nie tylko z uwagi na omówiony już wyżej aspekt finansowania przedsięwzięcia, ale również istnienie po ich stronie możliwości

161 UOKiK, *Wyjaśnienia (...)*, op. cit., s. 7

preferencyjnego nabywania gazu dostarczanego przez Nord Stream 2 kosztem innych gazociągów<sup>162</sup>. Finalnym wreszcie aspektem, ukazującym się także w powyższych fragmentach rozważań, jest także ograniczenie lub potencjalnie całkowite zrezygnowanie z dostarczania gazu rurociągiem Jamal w sytuacji istnienia priorytetowego dla Gazpromu Nord Stream 2. Z uwagi na podnoszone przez Prezesa UOKiK większe zdolności przesyłowe nowego gazociągu, mogłoby to prowadzić do pomijania w dostawach gazu obszaru Rzeczypospolitej Polskiej poprzez ograniczenie lub wyłączenie tranzytu tą drogą. Bez wątpienia zakładana dywersyfikacja uzasadnia prawdopodobieństwo wystąpienia na terenie Polski negatywnych skutków w postaci zmniejszenia dostaw z wykorzystaniem gazociągu Jamal i w rezultacie prawdopodobny wzrost cen gazu oraz zatrzymanie procesu konkurencji na polskim rynku obrotu o niższym szczeblu<sup>163</sup>.

Reasumując, abstrahując od motywów politycznych oraz stricte ekonomicznego aspektu uzasadnienia decyzji, można przyjąć że Prezes UOKiK w zakresie spełnienia przesłanek z art. 96a dotyczących uzasadnionego prawdopodobieństwa istotnego ograniczenia konkurencji na rynku, w sformułowanych zastrzeżeniach do koncentracji, a następnie w szczegółowym uzasadnieniu decyzji należycie umotywowował dokonane rozstrzygnięcie. Przedmiotowa koncentracja, pomijając aspekt bezprawności jej realizacji bez uprzedniej notyfikacji do właściwego organu, może skutkować ze względu na cel jej dokonania, zagrożeniem prawidłowej konkurencji na rynku gazu w Polsce.

## 6. Sankcje administracyjne zastosowane w decyzji

### 6.1. Nałożenie kary na spółki uczestniczące w Nord Stream 2

Przyjęte przez Prezesa UOKiK rozstrzygnięcie decyzji, w której stwierdził on naruszenie art. 13 par. 1 w związku z ust. 2 pkt 3 Uokik, spowodowało dalsze orzeczenie o sankcjach nałożonych na spółki w związku z zarzuconym naruszeniem. Do zastosowania przedmiotowych środków w omawianej sprawie organ jest upoważniony na podstawie art. 21 ust. 2 i 4 Uokik, na które powoływał się w decyzji w podstawie nałożenia sankcji na strony w związku z utworzeniem wspólnego przedsiębiorcy i niezgłoszeniem do organu właściwego dokonanej koncentracji. Przepis ten dokonuje jedynie przykładowego wyliczenia możliwych do zastosowania środków w przypadku stwierdzonego naruszenia, z uwagi na użycie zwrotu „w szczególności”<sup>164</sup>.

### 6.2. Wybór środka restytucyjnego

W omawianej sprawie, organ działając w ramach upoważnienia wynikającego z powołanego wyżej przepisu, nakazał spółkom Gazprom, Uniper, Engie, OMV, Shell oraz Wintershall, w rozstrzygnięciu decyzji rozwiązanie umów finansowania zawartych w celu realizacji niezgłoszonej uprzednio koncentracji. Należy przyjąć, że z uwagi na podnoszone wyżej, powszechnie funkcjonujące stanowisko doktrynalne przyjmujące

<sup>162</sup> Treść decyzji DKK-178/2020, op. cit., s. 34

<sup>163</sup> ibidem

<sup>164</sup> P. Lissoń (w:) T. Skoczny, op. cit., s. 21, a także A. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki, op. cit., art. 21

istnienie otwartego katalogu środków, które może zastosować Prezes UOKiK, nakładając sankcję w oparciu o art. 21 ust. 2 i 4 Uokik, organ wypełnił w istocie dyspozycję ustawową. Podjęte rozstrzygnięcie nie jest opisane w literaturze, zatem można domniemywać, że ma naturę precedensu. Wydaje się, że zasadność orzeczenia Prezesa UOKiK o wymierzonej sankcji może być oceniana jedynie w kontekście spełnienia przez nie funkcji restytucyjnej, tj. służącej przywróceniu stanu prawnego sprzed dokonanego naruszenia (Anna Piszcz, „Sankcje w polskim prawie antymonopolowym”, Temida 2, Białystok 2013, s. 105). Jak wynika zarówno z dostępnych interpretacji, jak i brzmienia art. 101 ust. 2 TFUE, który stanowi o nieważności z mocy prawa wszelkich porozumień i decyzji zakazanych tym przepisem, Prezes UOKiK w przedmiotowym rozstrzygnięciu zastosował pewne novum, nieopisywane dotychczas w doktrynie. Zamiast przyjęcia nieważności umów przewidzianej w cytowanym wyżej przepisie traktatu unijnego, polski organ antymonopolowy zdecydował o zastosowaniu jedynie nakazu rozwiązania kontraktów łączących strony joint venture. Elementarną różnicą w opisywanych rodzajach sankcji są przede wszystkim skutki prawne, jakie wywołuje ich orzeczenie, oraz płaszczyzna temporalna ich działania. Wypowiedzenie umowy zgodnie z postanowieniami Kodeksu cywilnego<sup>165</sup>, powoduje rozwiązanie stosunku prawnego łączącego strony ze skutkiem od chwili jego dokonania na przyszłość, natomiast nieważność czynności prawnej jest uregulowana jako jedna z postaci wadliwości i powoduje pierwotny (ex tunc) brak wywoływania skutków prawnych od momentu jej dokonania. Co także istotne w kontekście nakładania sankcji przez uprawniony organ, w tym przypadku administracyjnoprawny korzystając z regulacji cywilnoprawnych, stwierdzenie nieważności oznacza niewywoływanie skutków prawnych przez czynność prawną ex lege, natomiast rozwiązanie stosunku prawnego musi być dokonane przez podmioty będące jego stronami z wyjątkiem opisywanego rozstrzygnięcia, w którym to organ poprzez nakaz rozwiązania umów, na mocy art. 64 KC, w którym to uprawniony organ zastępuje złożenie oświadczenia woli przez strony umowy, mimo istnienia swobody i dowolności jej uprzedniego zawarcia.

#### 6.2.1. Nakaz rozwiązania umów finansowania

Ostatnim aspektem wymagającym odniesienia w bieżącej analizie decyzji w kontekście zasadności wyboru nałożonych sankcji jest dokonana przez Prezesa UOKiK kwalifikacja umów jako źródła finansowania utworzonego z naruszeniem ustawy antymonopolowej joint venture. Organ w uzasadnieniu decyzji wskazuje, że to właśnie zawarte przez spółki umowy są podstawą istnienia joint venture. Nie oceniając merytorycznej podstawy takiej kwalifikacji ze względu na objęcie ustaleń Prezesa UOKiK klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, organ wykazuje związek funkcjonalny między zawarciem tych umów a naruszeniem Uokik i z tego względu podnosi konieczność ich rozwiązania, w celu spełnienia funkcji restytucyjnej zawartej w dyspozycji art. 21 ust. 2 Uokik. Organ podnosi w uzasadnieniu decyzji, że to właśnie umowy doprowadziły do finansowania niezgłoszonego, i w związku z tym bezprawnego przedsięwzięcia, ponieważ spółki nie są instytucjami finansowymi i w związku z tym to finansowanie i zakładane odniesione z niego korzyści jest emanacją wspólnoty interesów gospodarczych oraz świadczy o fakcie dokonania koncentracji. Wobec powyższego, organ przekonuje w uzasadnieniu, że jedynie rozwiązanie wskazanych umów zawartych

<sup>165</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 z późn. zm.)

przez podmioty będące uczestnikami joint venture przyczyni się do przywrócenia stanu zgodnego z prawem, tj. usunięcia skutków koncentracji i przywrócenia prawidłowej konkurencji na rynku.

Na podstawie powyższych argumentów można przyjąć, że Prezes UOKiK mimo istniejącego w unijnym porządku prawnym, a także proponowanego w doktrynie rodzaju rozstrzygnięcia, zdecydował się na zastosowanie nowatorskiej formy środka restytucyjnego, mieszczącego się jednak w granicach zarówno jego kompetencji, jak i przyznanego przez ustawę w art. 21 ust. 2 Uokik stopnia dyskrecjonalności wymierzania sankcji za naruszenie przepisów ustawy. Kolejnym argumentem jest również omawiany wcześniej charakter otwartego katalogu środków restytucyjnych dopuszczonych przez Uokik, które może implementować organ antymonopolowy w oparciu o kryteria przydatności i racjonalności działania, a także osiągnięcia celów prawa antymonopolowego poprzez doprowadzenie do przywrócenia stanu prawnego sprzed naruszenia<sup>166</sup>.

### 6.3. Kara - podstawa nałożenia oraz jej wysokość

Najbardziej dyskusyjnym zagadnieniem z punktu widzenia historii rozstrzygnięć Prezesa Urzędu, a także opinii publicznej, jest w przedmiotowej sprawie wysokość kary nałożonej na podmioty dopuszczające się naruszenia przepisów ustawy antymonopolowej. W omawianej decyzji Prezes UOKiK, po stwierdzeniu spełnienia przesłanek z art. 13 ust. 1 w zw. z art. 13 ust. 2 pkt 3, oraz art. 21 ust. 2 Uokik w przedmiocie zastosowania środków restytucyjnych, nałożył na podmioty zaangażowane w utworzenie joint venture pod postacią spółki Nord Stream 2 bezprecedensową, rekordową w historii praktyki działania Urzędu, karę pieniężną w maksymalnej wysokości dopuszczonej ustawą, tj. odpowiednio na PJSC Gazprom karę w wysokości ponad 29 mld złotych, Uniper Gas Transportation & Finance B.V. - ponad 29 mln złotych, Engie Energy Management Holding Switzerland AG - ponad 55 mln złotych, OMV Gas Marketing Trading & Finance B.V. - ponad 87 mln złotych, Shell Exploration and Production (LXXI) B.V. - ponad 30 mln złotych, oraz na Wintershall Dea Nederland Transport and Trading B.V. - ponad 30 mln złotych<sup>167</sup>.

#### 6.3.1. Fakultatywność kary; działanie w ramach uznania administracyjnego

Podstawą nałożenia kary wyłącznie za naruszenie zakazu dokonania koncentracji bez uzyskania zgody Prezesa Urzędu jest art. 106 ust. 1 pkt 3 Uokik. Przepis ten zezwala Prezesowi UOKiK na zastosowanie kary w przypadku stwierdzenia naruszenia ustawy antymonopolowej. Posłużenie się przez ustawodawcę zwrotem „może” w literalnym brzmieniu ustawy implikuje stwierdzenie, że nałożenie kary przewidziane w przepisach oraz odwołanie do powszechnej praktyki orzeczniczej oraz piśmiennictwa<sup>168169</sup>. Jak wynika z rozważań poczynionych we wcześniejszych rozdziałach pracy, Prezes

<sup>166</sup> Cezary Banasiński, *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym*, Warszawa 2015, s. 532

<sup>167</sup> Treść decyzji DKK-178/2020, op. cit. s. 41

<sup>168</sup> Wyrok SOKiK w Warszawie z 9.02.2022 r., sygn. akt: XVII AmA 9/20 oraz Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 lutego 2018 r., sygn. akt: III SK 1/17

<sup>169</sup> C. Banasiński ibidem, s. 229



UOKiK korzystając z uprawnień do zastosowania kary, nadanych wskazanych przepisem, korzysta z instytucji definiowanej w doktrynie jako „uznanie administracyjne”. Jak Prezes UOKiK słusznie sam zauważa w uzasadnieniu decyzji, znaczna dyskrecjonalność przyznana przez ustawę do działania w ramach uznania administracyjnego nie jest równoznaczna z dowolnością wymierzenia kary. Stanowisko organu znajduje potwierdzenie w art. 111 ust. 1 Uokik, który poprzez użycie zwrotu „w szczególności”, dopuszcza samodzielne ustalenie kryteriów, na podstawie których zostanie dokonana ocena, w tym wypadku niezgłoszonej koncentracji<sup>170</sup>.

### 6.3.2. Przyjęte przez Prezesa UOKiK kryteria oceny naruszenia

Kryteria, które w ocenie Prezesa UOKiK zasługują na uwzględnienie przy wysokości wymierzanej kary w związku z przedmiotowym naruszeniem, odpowiadają w istocie tym przyjętym w art. 106 ust. 1 Uokik, tj. okres, stopień oraz skutki rynkowe naruszenia, a także natury, działalności przedsiębiorcy, która stanowiła przedmiot naruszenia oraz specyfiki rynku. Jak podkreśla natomiast organ, samo nałożenie kary nie z rozpatrywanego tytułu nie jest uzależnione od oceny skutków koncentracji dla konkurencji rynkowej<sup>171</sup>, co znajduje także poparcie w orzecznictwie, gdzie sądy wskazują także, że wskazany aspekt ma znaczenie tylko dla wysokości wymiaru kary, a nie zasadności jej wymierzenia w ogólności<sup>172</sup>. Organ podkreśla przy tym, że zastosowanie sankcji ma zapobiec i uczynić nieopłacalnymi ewentualne próby uchylania się w przyszłości przedsiębiorców od poddania się antymonopolowej kontroli połączeń z ich udziałem, co wypełnia w moim przekonaniu funkcję prewencji ogólnej i odstraszającej kary.

Prezes UOKiK zwraca również uwagę na znaczenie w omawianej sprawie prewencji indywidualnej, a także celu represyjnego, który ma spełniać nałożona na strony sankcja. W decyzji wyeksponowana jest okoliczność nie samego skutku prognozowanego przez Prezesa w związku z uzyskaniem pozycji dominującej przez jedynego udziałowca joint venture, ale przede wszystkim faktu niezgłoszenia zamiaru koncentracji, pomimo ciężącego na stronach obowiązku. Organ podkreśla w decyzji, w ślad za bogatym w tym zakresie orzecznictwem<sup>173</sup>, że strony jako przedsiębiorców i tym samym profesjonalnych podmiotów obrotu rynkowego, obowiązują zaostrzone standardy, jeśli chodzi o możliwość oczekiwania od nich znajomości przepisów prawa powszechnie obowiązującego, w tym wypadku polskiej ustawy antymonopolowej. Ma to w przedmiotowej sprawie o tyle istotny wydźwięk, że strony w poprzednim postępowaniu dokonały zgłoszenia zamiaru utworzenia joint venture w analogicznych okolicznościach rynkowych, zatem powinny mieć co najmniej świadomość obowiązującej je notyfikacji do polskiego organu antymonopolowego.

Analizując kwestię świadomości stron, która w moim przekonaniu istniała w chwili naruszenia, a przynajmniej możliwość rozeznania co do konieczności poddania zamiaru koncentracji weryfikacji Prezesa UOKiK, organ podnosi w decyzji, że z okoliczności sprawy wynika celowość działania stron. Organ wskazuje jednocześnie na

170 Wyrok SN z 4.03.2014 r., sygn. akt.: III SK 34/13

171 Treść decyzji DKK-178/2020, op. cit., s. 38

172 Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 października 2010 r., sygn. akt: XVII AmA 153/09

173 Wyrok S.O.KiK w Warszawie z 9.02.2022 r., sygn. akt: XVII AmA 9/20 oraz Wyrok SA w Warszawie z 5.11.2013 r., sygn. akt: VI ACa 160/13



spełnienie przesłanki podmiotowej z art. 106 ust. 1 Uokik, będącej jednym z kryteriów od którego spełnienia Uokik uzależnia wymierzenie kary podmiotowi, pozostawiając to ocenie Prezesa. Z ustawy wynika, że wystarczające jest wykazanie nieumyślności po stronie dopuszczającego się naruszenia, i jest to zgodne z przyjętym przez organ antymonopolowy stanowiskiem oraz tym dominującym w orzecznictwie, które przyjmuje obiektywizm w zakresie ustalania spełnienia powyższych przesłanek, tj. nie uzależnia faktu istnienia naruszenia od przyjęcia określonej postaci zamiaru - umyślności lub nieumyślności<sup>174</sup>.

### 6.3.3. Miarkowanie wysokości kary

Z uwagi na obowiązujące w art. 106 ust. 1 pkt 3 Uokik dopuszczalne ustalenie wysokości kary do 10% obrotu za rok poprzedzający rok, w którym kara jest nakładana, w omawianej decyzji należy wskazać, że organ skorzystał z maksymalnej kwoty możliwej do orzeczenia tytułem sankcji za dokonane naruszenie. Prezes UOKiK, działając w ramach wyżej omawianego uznania administracyjnego jest uprawniony do podjęcia takiego rozstrzygnięcia, natomiast wydaje się, że w przypadku zastosowania tak bezprecedensowej kary, organ powinien należycie uzasadnić swoje stanowisko i stwierdzenie wystąpienia wymienionych w ustawie przesłanek oraz brak okoliczności łagodzących. W przypadku takiej wysokości kary, może być poddana w wątpliwość również celowość oraz proporcjonalność jej wymierzenia.

Odnosząc się do zagadnienia proporcjonalności dokonanego rozstrzygnięcia w zakresie wymiaru kary, Prezes UOKiK podkreślił w uzasadnieniu decyzji, że w jego przekonaniu kierował się prewencją zarówno indywidualną, jak i ogólną, a najwyższa możliwa kara pieniężna ma z większą mocą działać odstraszaюще na strony oraz społeczeństwo i skuteczniej zapobiegać potencjalnym naruszeniom. W mojej ocenie takie argumenty nie wydają się przekonujące ze względu na dominujący w orzecznictwie postulat sądów, aby w możliwie najszerszy, w oderwaniu od prymatu represyjności kary, sposób uzasadniać przyjęte rozstrzygnięcie. W dominującej linii orzeczniczej formułowane są wytyczne, które nakazują wieloaspektową ocenę naruszenia, uwzględniając takie czynniki, jak: potencjał ekonomiczny naruszydiciela, korzyści finansowe, jakie naruszydciel uzyskał wskutek stosowania praktyki, rodzaj naruszonego dobra, znaczenie praktyki dla funkcjonowania mechanizmu rynkowego, a w ramach funkcji represyjnej i prewencyjnej - konieczność ekonomicznej odczuwalności kary w stosunku do zakresu (skali) działalności przedsiębiorcy i rentowności tej działalności<sup>175</sup>. W moim przekonaniu organ skupił się tylko na realizacji funkcji represyjnej, nakładając karę na wszystkie spółki uczestniczące w przedsięwzięciu w takiej samej wysokości maksymalnie przewidzianej przez ustawę proporcjonalnie do osiągniętego przez nie obrotu, pomijając aspekt indywidualizacji kary w stosunku do każdej ze stron przedsięwzięcia. W związku z powyższym, organ istotnie wykazał ciężar gatunkowy naruszenia przepisów ustawy oraz wpływ na istotny sektor gazowy w Polsce, natomiast nie skupił się na wyodrębnieniu znaczenia udziału poszczególnych spółek w przedsięwzięciu, ograniczając się jedynie do stwierdzenia o przedstawieniu lub nie wymaganych przez prawo informacji w toku postępowania wyjaśniającego.

174 Wyrok SN z 21.04.11 r., sygn. akt: III SK 45/10 oraz wyrok SN z 21.02.18 r., sygn. akt: III SK 1/17, a także wyrok SOKiK w Warszawie z 9.02.22 r., sygn. akt: XVII AmA 9/20

175 Wyrok SN z dnia 4 marca 2014 r., sygn. akt: III SK 34/13

#### 6.3.4. Analiza występowania okoliczności łagodzących oraz obciążających

W zakresie okoliczności łagodzących, które Prezes UOKiK powinien brać pod uwagę przy miarkowaniu wysokości kary, organ ten nie stwierdził występowania żadnego z nich po stronie podmiotów dopuszczających się naruszenia. Wskazał zasadnie, że żaden z przedsiębiorców nie był poprzednio karany przez organ, co tym samym czyni przestankę obciążającą bezprzedmiotową. Prezes UOKiK stwierdził za to występowanie okoliczności obciążających, które uzasadniają podwyższenie wysokości kary w szczególności. Jak podkreślił, do nałożenia kary w maksymalnej wysokości, przyczynił się m.in. brak współpracy po stronie spółek odnotowany w toku postępowania wyjaśniającego, w postaci odmowy udostępniania żądanych przez organ antymonopolowej informacji po stronie Engie i Gazpromu. Z tego stwierdzenia wynika jednak pewna niekonsekwencja dotycząca nałożenia kary w tej samej, maksymalnej wysokości na wszystkie ze stron. Mimo podnoszonej wyżej indywidualizacji odpowiedzialności stron, w tym przypadku należałoby zasignalizować istnienie okoliczności obciążających w tym zakresie tylko po stronie Engie i Gazpromu, i tylko w ich przypadku orzec karę w wyższej wysokości.

Kolejną okolicznością przemawiającą w przekonaniu organu za tak wysokim wymiarem kary, jest istnienie po stronie spółek zaangażowanych w Nord Stream 2 umyślności, która istotnie jest wskazywana jako przesłanka stanowiąca element subiektywny miarkowania kary uzasadniająca wyższy jej wymiar<sup>176</sup>. Jak zostało już wskazane w poprzedniej części niniejszego rozdziału, należy w tym zakresie zgodzić się ze stwierdzeniem przez Prezesa UOKiK umyślności po stronie spółek uczestniczących w utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy i w związku z tym istnienia podniesionej w uzasadnieniu okoliczności obciążającej.

---

176 Wyrok SN z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt: III SK 45/10

## Podsumowanie

Odnosząc się w sposób zbiorczy do każdego z wydzielonych etapów niniejszej pracy, należy przyznać, że w zakresie zagadnienia wspólnego przedsiębiorcy, określanego zastępczo także mianem joint venture, nie powstała do tej pory jednolita, uniwersalna definicja. W poszczególnych częściach pracy zostały przedstawione wielowątkowe rozważania, obejmujące zarówno problematykę stricte antymonopolową, tj. regulację joint venture na płaszczyźnie Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jak i ujęcia w postaci odniesień do grupy kapitałowej, jednego organizmu gospodarczego oraz aliansu strategicznego. W ramach niniejszej pracy zostało wykazane, że obecnie, w realiach polskiego ustawodawstwa, nie istnieje definicja legalna joint venture. Wynika to bezpośrednio z treści ustawy i ta konstatacja nie wymaga przeprowadzenia żadnego procesu badawczego, natomiast w rozważaniach został wskazany również brak odniesień do innego aktu prawnego, którego zastosowanie mogłoby konwalidować ten znaczący ubytek legislacyjny. Ten stan rzeczy może w dużej mierze wynikać z niechęci uczestników procesu legislacyjnego do wprowadzenia zmian w ustawie antymonopolowej, co zostało podniesione poprzez wskazanie prób sanacyjnych w tym zakresie, podejmowanych na etapie konsultacji społecznych przez kompetentne ośrodki badawcze, które nie zdołały wpłynąć na przebieg procesu ustawodawczego, wysuwając postulaty istotnych nowelizacji we wskazanym przedmiocie. Tym samym nadal powoduje to wątpliwości interpretacyjne z koniecznością odniesienia do pełnej regulacji zagadnienia joint venture istniejącej w porządku unijnym, która wszakże nie może być implementowana do polskiego porządku prawnego w sytuacji niespełniania odpowiednich kryteriów obrotowych transakcji. Przedstawione wnioski mają bezpośrednie przełożenie także na rozważania zamieszczone w finalnym rozdziale, obejmującym analizę rozstrzygnięcia podjętego przez Prezesa UOKiK. Dokonana analiza i w dalszej kolejności ocena każdego z elementów decyzji nastąpiła w oparciu o aktualny stan prawny w zakresie regulacji joint venture. Argumentacja Prezesa UOKiK była oceniana w sposób merytoryczny, bez odniesienia do bieżącej sytuacji geopolitycznej, która w ramach solidarności europejskiej przypuszczalnie mogłaby skłaniać do jednoznacznej blokady rozwoju interesów Federacji Rosyjskiej w sektorze gazowym i energetycznym. Niemniej jednak, przyjęta kwalifikacja oraz rozstrzygnięcie dokonane przez polski organ antymonopolowy zostały w dużej mierze ocenione jako prawidłowe. Wskazane możliwe błędne założenia przyjęte przez Prezesa UOKiK zostały w niniejszej pracy szczegółowo opisane wraz z proponowanymi alternatywnymi interpretacjami, formułowanymi na postawie skąpego orzecznictwa i piśmiennictwa dostępnego w tym zakresie. Na moment poczynionych w niniejszej pracy rozważań nie jest wiadome, czy złożone przez strony postępowania zapowiadane odwołania od decyzji zostało już prawomocnie rozstrzygnięte przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, ponieważ informacje w tym przedmiocie nie zostały do tej pory ujawnione przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, ani też podane w przekazie medialnym.

Należy także podkreślić że zasadniczym problemem, który został wyeksponowany w niniejszej pracy są niedoskonałości legislacyjne, nieusunięte na przestrzeni lat w toku licznych nowelizacji, a nawet zmian przedmiotowych ustaw. Stanowi to istotny problem dla dokonywania operacji koncentracyjnych o charakterze joint venture,

zwłaszcza że ze wszystkich przewidzianych w polskiej Ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów rodzajów koncentracji to właśnie joint venture jest najczęściej wybieraną formą łączenia interesów ekonomicznych dokonywaną przez przedsiębiorców na rynku. Ustawodawca wobec wskazanego braku definicji legalnej wspólne-go przedsiębiorcy, a nawet określenia pojęcia samej koncentracji w przedmiotowej ustawie, wydaje się nie odpowiadać na potrzeby zmieniającej się rzeczywistości gospodarczej i walki konkurencyjnej, która jest z tym związana.

Wyodrębnienie zawarte w art. 13 ust. 2 Uokik nie zastępuje definicji ustawowej koncentracji, a ograniczenie utworzenia wspólnego przedsiębiorcy tylko do wyszczególnienia pośród innych rodzajów koncentracji powoduje liczne problemy interpretacyjne, a także opisywane w pracy rozbieżności kwalifikacyjne, zarówno w kontekście zaliczenia danej operacji do joint venture, jak i kompetencji danego organu do rozpoznania sprawy. Dla samych przedsiębiorców jako uczestników obrotu gospodarczego, jak zostało wskazane w treści pracy, ten ubytek legislacyjny stanowi dużą uciążliwość, gdyż mimo profesjonalnego charakteru wykonywanej działalności i związanych z nim podwyższonych standardów działania na rynku, doświadczają oni zbyt dużego stanu niepewności prawnej w zakresie wykonywania nałożonych na nich przez ustawę obowiązków. Problem ten został szczególnie wyeksponowany na przykładzie omawianej decyzji, w której to rozbieżna kwalifikacja prawna działania przedsiębiorców musi zostać rozstrzygnięta przez sąd antymonopolowy.

Istotne, choć niestanowiące przedmiotu głównych rozważań w pracy było także przedstawienie problematyki dyskrecjonalności organu antymonopolowego w zakresie nałożenia kary na uczestników przedsięwzięcia Nord Stream 2. Rozważania miały na celu zbadanie problemu uznania administracyjnego i powiązanej z tym zagadnieniem stopnia uznaniowości Prezesa UOKiK dokonującego przedmiotowego rozstrzygnięcia w sprawie. Aspekt miarkowania kary został poddany w dedykowanym rozdziale szczegółowej analizie, a przedstawione wnioski wskazały na uzasadnioną wprawdzie podstawę do wymierzenia kary, ale jednocześnie zostały podniesione pewne wątpliwości w zakresie indywidualizacji wymiaru kary. Z uwagi jednak na stan sprawy, która obecnie według przekazów medialnych Prezesa UOKiK stanowi przedmiot rozpoznania przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów, rozważania zostały ograniczone jedynie do przedstawionych w decyzji podstaw wymiaru kary i jej wysokości, ocenianej przez opinię publiczną jako rekordową.

## Bibliografia

### Literatura przedmiotu:

Banasiński C., Piontek E. [w:] Banasiński C., Piontek E., *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Lexis Nexis, Warszawa 2009 (dostęp 23.03.22r.: LEX)

Banasiński C., *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym*, Warszawa 2015

Blicharz R., Horubski K., Pawełczyk M. [w:] Hauser R., *Publiczne prawo gospodarcze. System prawa administracyjnego. Prawo konkurencji w systemie publicznego prawa gospodarczego*, tom 8B, wyd. 2, C.H. Beck 2018 (dostęp 29.03.22r.: Legalis)

Duniewska Z. [w:] Duniewska Z., Jaworska-Dębska B., Olejniczak-Szałowska E., Stahl M., *Prawo administracyjne materialne*, wyd. 3, Wolters Kluwer, Warszawa 2020, z cytowanym tam Z. Leońskim

Gronowski S., *Polskie prawo antymonopolowe. Zarys wykładu*, Warszawa 1998

Klonowski K. [w:] Knysiak-Sudyka H., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, wyd. II, WKP 2019, (dostęp: LEX), powołując się także na definicję wypracowaną przez Martysza C. (Martysz C. [w:] Łaszczyca G., Martysz C., Matan A., *Postępowanie administracyjne ogólne*)

Kohutek K. [w:] Sieradzka M., Kohutek K., *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014 (dostęp 24.03.22r.: LEX)

Kostecka-Jurczyk D., *Koncentracja w formie wspólnego przedsiębiorstwa a ryzyko konkurencyjne w świetle prawa antymonopolowego*, C.H. Beck 2017 (dostęp 3.04.22r: Legalis)

Safjan M., Bosek L., *Konstytucja RP, Komentarz do art. 1-86, Tom I.*, C.H. Beck 2016 (dostęp 29.03.22r.: Legalis)

Skoczny, D. Miąsik [w:] Skoczny T. (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, wyd. 2, C.H. Beck 2014 (dostęp: Legalis)

Stankiewicz R., *Joint ventures w prawie antymonopolowym*, Przegląd Prawa Handlowego 2007

Stawicki E [w:] Stawicki A., Stawicki E., *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, wyd. II, Wolters Kluwer, Warszawa 2016 (dostęp 23.03.22r.: LEX)

Szumański A. [w:] Sołtysiński S., Szajkowski A., Szumański A., Szwaja J., *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2009

Szydło M., *Kontrola wspólnych przedsiębiorstw (joint ventures) w prawie antymonopolowym*, Prawo Spółek 12/200

Wierzbowski [w:] Wierzbowski M., Karasiewicz K., Stankiewicz R., *Kontrola koncentracji przedsiębiorców*, Studia Prawa Prywatnego, C. H. Beck, Zeszyt 2 (25) 2012 (dostęp 25.03.22r.: Legalis)

Włodyka S., *Strategiczne umowy przedsiębiorców*, C.H. Beck, 2000  
Zimmermann J., *Prawo administracyjne*, wyd. 9, Wolters Kluwer 2020 (dostęp LEX: 30.03.22r.)

## Orzecznictwo:

Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 6 marca 1990r., OTK 1990, sygn. akt: K 5/89

Wyrok TK z 6 grudnia 2018 r., sygn. akt: SK 19/16

Orzeczenie TK z 20 sierpnia 1992 r., sygn. akt: K 4/92

Wyrok SN z 26 lutego 2004 r., sygn. akt: III SK 2/04

Wyrok SN z 24 lipca 2003 r., sygn. akt: I CKN 496/01

Wyrok SN z 6 grudnia 2007 r., sygn. akt: III SK 16/07

Wyrok SN z dnia 7 stycznia 2010 r., sygn. akt: III SK 16/08

Wyrok SN z 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt: III SK 45/10

Wyrok SN z 12 kwietnia 2013 r., sygn. akt: III SK 28/12

Wyrok SN z 4 marca 2014 r., sygn. akt: III SK 34/13

Wyrok SN z 27 listopada 2014 r., sygn. akt: III SK 21/14

Wyrok Sądu Najwyższego z 21 lutego 2018 r., sygn. akt: III SK 1/17

Postanowienie SN z 13 czerwca 2019r., sygn. akt: I NSK 7/19

Wyrok NSA z 25 października 2006 r., sygn. akt: II GSK 179/06

Wyrok NSA z 29 grudnia 2009 r., sygn. akt: II OSK 1843/09

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 9 sierpnia 2013 r., sygn. akt: II FSK 2289/11

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie 3 października 2012 r., sygn. akt: VI ACa 1319/11

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 5.11.2013 r., sygn. akt: VI ACa 160/13

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 4 marca 2016 r., sygn. akt: I ACa 975/15

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 31 października 2017r., sygn. akt: I ACa 1188/16

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku z 13 listopada 2019 r., sygn. akt: II SA/Gd 273/19

Wyrok Sądu Antymonopolowego z 15 marca 1995r., sygn. akt: XVII Amr 66/94

Wyrok SOKiK z 12 listopada 2003 r., sygn. akt: XVII Ama 129/02



Wyrok SOKiK z 16 listopada 2005 r., sygn. akt: XVII Ama 97/04

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 29 października 2010 r., sygn. akt: XVII Ama 153/09

Wyrok SOKiK w Warszawie z 9 lutego 2022 r., sygn. akt: XVII Ama 9/20

## Akty prawne:

Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej uchwalona przez Sejm Ustawodawczy w dniu 22 lipca 1952 r. (Dz.U. 1952 nr 33 poz. 232)

Konstytucja Rzeczypospolitej z 2 kwietnia 1997 roku (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.)

Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2021 r. poz. 735 z późn. zm.)

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 z późn. zm.)

Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 z późn. zm.)

Ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości, (Dz. U. z 2021 r. poz. 217 z późn. zm.)

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, (Dz. U. z 2021 r. poz. 2345 z późn. zm.)

Ustawa z dnia 15 września 2000r. - Kodeks spółek handlowych, (Dz. U. z 2020 r., poz. 1526 z późn. zm.)

Ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 z późn. zm.)

Ustawa z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi (Dz. U. z 2021 r. poz. 605 z późn. zm.)

Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2017 r. poz. 2168 z późn. zm.)

Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2021 r. poz. 275)

Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców (Dz. U. z 2021r. poz. 162 z późn. zm.)

Obwieszczenie Komisji w sprawie pojęcia „wspólnych przedsiębiorstw o pełnym zakresie funkcji” przewidzianego w rozporządzeniu Rady (EWG) nr 4064/89 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw z dnia 2 marca 1998r. (98/C 66/01)

Rozporządzenie Rady (WE) NR 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz.U. L 1 z 4.1.2003)

Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (rozporządzenie WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw) (Dziennik Urzędowy L 024, 29/01/2004 P. 0001 - 0022)

Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2014 r. w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji przedsiębiorców na podstawie art. 94 ust. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. 2015 poz. 80)

Skonsolidowane obwieszczenie Komisji dotyczące kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. U. UE 2008/C 95/01)

Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 29 grudnia 2017r., nr DKK-210/2017

Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 6 października 2020r., nr DKK-178/2020

Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw z dnia 5 lutego 2004 r. (Dz.U. UE 2004/C 31/03)

## Źródła internetowe:

Aziewicz D., *Czy warto rozprawiać o koncentracjach? Rozważania o możliwości i zasadności oraz sposobie wprowadzenia rozprawy do postępowania antymonopolowego w sprawach koncentracji jako elementu obligatoryjnego*, iKAR 2020, nr 4 (9) (dostęp online 18. 04.22r.: <https://ikar.wz.uw.edu.pl/archiwum/17-2020/119-nr-4-9-seria-antymonopolowa.html>)

Błachucki M., *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców*, UOKiK, Warszawa 2012 (dostęp na stronie internetowej UOKiK 29.03.22r.: <https://uokik.gov.pl/download.php?plik=11796>)

Bychowska M., Banasiński C., *Granice ingerencji organu antymonopolowego w wolność gospodarczą w kontekście regulacji dotyczących ochrony konsumentów*, Ruch prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny, Rok LXXVIII, zeszyt 3/2016, (dostęp online 31.03.22r.: <https://pressto.amu.edu.pl/index.php/rpeis/article/view/6176>)

Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych, Projekt założeń do projektu ustawy o zmianie Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 19 października 2012 roku, uwagi Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych, Wydział Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, (dostęp Rządowe Centrum Legislacji: <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//1/43452/43453/43456/dokument38050.pdf>)

Dudzik S., *Kontrola koncentracji w świetle ostatnich zmian ustawowych*, iKAR 2015, nr 2 (4) (dostęp online 18.04.22r.: [https://ruj.uj.edu.pl/xmlui/bitstream/handle/item/6539/dudzik\\_kontrola\\_koncentracji\\_w\\_swietle\\_ostatnich\\_zmian\\_ustawowych\\_2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://ruj.uj.edu.pl/xmlui/bitstream/handle/item/6539/dudzik_kontrola_koncentracji_w_swietle_ostatnich_zmian_ustawowych_2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y))

Głuch M., *Alianse strategiczne jako źródło przewagi konkurencyjnej organizacji*, Studia i Prace Nauk Ekonomicznych i Zarządzania Uniwersytetu Ekonomicznego, 2013, Nr 34, 2 i cyt. tam: Garrette B., Dussauge P., *Strategia aliansów na rynku* (dostęp online 4.04.22r.: [https://bazhum.muzhp.pl/media//files/Studia\\_i\\_Prace\\_Wydzialu\\_Nauk\\_Ekonomicznych\\_i\\_Zarzadzania/](https://bazhum.muzhp.pl/media//files/Studia_i_Prace_Wydzialu_Nauk_Ekonomicznych_i_Zarzadzania/))

Studia\_i\_Prace\_Wydzialu\_Nauk\_Ekonomicznych\_i\_Zarzadzania-r2013-t34-n2/Studia\_i\_Prace\_Wydzialu\_Nauk\_Ekonomicznych\_i\_Zarzadzania-r2013-t34-n2-s9-24/Studia\_i\_Prace\_Wydzialu\_Nauk\_Ekonomicznych\_i\_Zarzadzania-r2013-t34-n2-s9-24.pdf)

Jażdżewski A., *Koncentracja gospodarcza jako forma współdziałania gospodarczego - uwagi teoretycznoprawne*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 62, 2000, z.2 (dostęp online 7.04.22r.: <https://repozytorium.amu.edu.pl/handle/10593/5345>)

Kieres L., *Spółeczna gospodarka rynkowa w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego* [w:] T. Kocowski, J. Gola, *Przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej*, Prace naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu, nr 372, 2014 (dostęp 29.03.22r.: [https://prawo.uni.wroc.pl/sites/default/files/students-resources/L.%20Kieres\\_Spoleczna\\_gospodarka\\_rynkowa\\_w\\_orzecznictwie.pdf](https://prawo.uni.wroc.pl/sites/default/files/students-resources/L.%20Kieres_Spoleczna_gospodarka_rynkowa_w_orzecznictwie.pdf))

Kolasiński M., *Polityka kontroli koncentracji w Polsce - stan obecny i możliwe zmiany*, iKAR 2012 nr 1 (1), (dostęp online 26.03.22r.: [https://ikar.wz.uw.edu.pl/images/numery/01/pdf/01\\_kolasinski\\_polityka.pdf](https://ikar.wz.uw.edu.pl/images/numery/01/pdf/01_kolasinski_polityka.pdf))

Kostecka - Jurczyk D., *Kryterium pełnego zakresu funkcji w analizie koncentracji w formie joint venture* *Finanse, Rynki Finansowe, Ubezpieczenia* nr 4/2016 (82), cz. 2" (dostęp online 7.04.22r.: [http://wneiz.pl/nauka\\_wneiz/frfu/82-2016/FRFU-82-cz2-507.pdf](http://wneiz.pl/nauka_wneiz/frfu/82-2016/FRFU-82-cz2-507.pdf))

Kuczevska J., Szumal I., *Alianse strategiczne w tworzeniu wartości przedsiębiorstwa*, *Zarządzanie i Finanse Journal of Management and Finance* Vol. 13, No. 3/2/2015, oraz cytowana tam: M. Romanowska, *Alianse strategiczne przedsiębiorstw (...)* oraz H. Chwistecka - Dudek, *Problemy teorii i dylematy praktyki* (dostęp online 4.04.22r.: [http://zif.wzr.pl/pim/2015\\_3\\_2\\_5.pdf](http://zif.wzr.pl/pim/2015_3_2_5.pdf))

Lenart J., Kaczyńska T., *Kiedy utworzenie nowej spółki nie będzie kwalifikowane jako utworzenie nowego przedsiębiorcy (joint venture)? Praktyczne rozważania dotyczące problematyki joint venture w polskim prawie konkurencji*, iKAR 2016, nr 1(5) (dostęp online 10.04.22r.: <http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.desklight-968a8914-aa72-4e88-a9a1-56c82698d695>)

Makarucha R., *Zasady prawa jako czynnik zapewniający aksjologiczną spójność systemu prawa*, *Folia Iuridica Wratislaviensis* 2014, vol. 3 (2), (dostęp: 15. 01. 22r. <https://repozytorium.uni.wroc.pl/dlibra/publication/63773/edition/63596>)

Matuszczak-Piasta J., *Argumenty jakościowe stosowane przy ocenie pozycji rynkowej przedsiębiorcy w postępowaniach antymonopolowych przed Prezesem UOKiK*, iKAR 2013, nr 5 (2) (dostęp online 18.04.22r.: <http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.desklight-f8516ce9-dfde-402e-bea4-45c2ca2c58eb/c/AMatuszczak.pdf>)

Misiągiewicz J., *Gazociąg Nord Stream 2 - wyzwaniem dla bezpieczeństwa energetycznego Unii Europejskiej*, *Facta Simonidis* 2019 nr 1 (dostęp online 13.04.22r.: [http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.desklight-df06a2a5-c9e3-4b81-a137-8508d8e9e578/c/FS\\_12.\\_Misi\\_C4\\_85giewicz.pdf](http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.desklight-df06a2a5-c9e3-4b81-a137-8508d8e9e578/c/FS_12._Misi_C4_85giewicz.pdf))

Oczkowska R., *Joint venture jako alians przedsiębiorstw na rynku międzynarodowym - rozważania terminologiczne - definicyjne*, *Zeszyty naukowe Akademii Ekonomicznej w Krakowie* nr 720, 2006 (dost. online 4.04.22r. : <https://ekonom.ug.edu.pl/pp/download.php?OpenFile=20249>)

Pietruszka - Ortyl A., *Alianse strategiczne a pozycja konkurencyjna współczesnej organizacji*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie nr 801, Kraków 2009 (dostęp online 6.04.22r.: <https://r.uek.krakow.pl/bitstream/123456789/2339/1/164986310.pdf>)

Piszc A., *Grupa kapitałowa czy nie, czyli trudności z kwalifikacją i ich skutki*, Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2013, nr 3(2) (dostęp online 6.04.22r.: <http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.desklight-00f-f52ea-04f9-431a-9bfc-05e12d6ebe05/c/Piszc.pdf>)

Prezes UOKiK, Komunikat prasowy z dnia 8 grudnia 2015 roku (dostęp online 28.10.22r.: [https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news\\_id=12062](https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=12062))

Prezes UOKiK, komunikat prasowy z dnia 12 sierpnia 2016r. (dostęp online 28.10.22r.: [https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news\\_id=12510](https://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=12510))

Semeniuk P., *Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji*, Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2015 (dostęp online 12.04.22r. : <https://cars.wz.uw.edu.pl/images/publikacje/podreczniki/132/Koncepcja.pdf>)

Stankiewicz R., *Charakter prawny decyzji Prezesa UOKiK zezwalającej na dokonanie koncentracji z art. 18 ust. 1 ustawy antymonopolowej*, Kwartalnik Prawa Publicznego 6/3, 2006 (dostęp online 1.04.22r. : [https://bazhum.muzhp.pl/media/files/Kwartalnik\\_Prawa\\_Publicznego/Kwartalnik\\_Prawa\\_Publicznego-r2006-t6-n3/Kwartalnik\\_Prawa\\_Publicznego-r2006-t6-n3-s123-136/Kwartalnik\\_Prawa\\_Publicznego-r2006-t6-n3-s123-136.pdf](https://bazhum.muzhp.pl/media/files/Kwartalnik_Prawa_Publicznego/Kwartalnik_Prawa_Publicznego-r2006-t6-n3/Kwartalnik_Prawa_Publicznego-r2006-t6-n3-s123-136/Kwartalnik_Prawa_Publicznego-r2006-t6-n3-s123-136.pdf))

Sjp.pl (dostęp 3.04.22r.: <https://sjp.pl/joint+venture>)

Sjp.pl (źródło: <https://sjp.pwn.pl/slovniki/zamiar.html>)

Szydło M., *Kontrola operacji koncentracyjnych w prawie wspólnotowym. Wybrane zagadnienia prawne*, Studia Europejskie / Centrum Europejskie Uniwersytetu Warszawskiego, nr 4, rocznik 2005 (dostęp online: [http://www.ce.uw.edu.pl/pliki/pw/4-2005\\_Szydlo.pdf](http://www.ce.uw.edu.pl/pliki/pw/4-2005_Szydlo.pdf))

Wiak J., *Pojęcie joint venture: The concept of joint venture*. Studia Prawnicze, Polska Akademia Nauk, Instytut Nauk Prawnych, 2013, Zeszyt 4 (196) (dostęp online 10.04.22r.: (<https://czasopisma.inp.pan.pl/index.php/sp/article/view/3205/2267>))

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, *Kontrola koncentracji przedsiębiorców - kompetencje Prezesa*

*Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz Komisji Europejskiej po 1 maja 2004 roku*, Warszawa 2005, (dostęp 15.04.22r.: <https://uokik.gov.pl/download.php?plik=11155>)

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, *Wyjaśnienia w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK*, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Warszawa 2015, (dostęp online 11.04.22r.: <https://uokik.gov.pl/download.php?id=1269>)









Wydawnictwo w ramach serii „Biblioteka UOKiK”

**Aleksandra Woźniak** – laureatka II miejsca w konkursie Prezesa UOKiK w edycji 2022/23 na najlepszą pracę magisterską w obszarze ochrony konkurencji. Pracę napisała pod kierunkiem dr. hab. Artura Żurawika, prof. UJ. Absolwentka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego. Obecnie zawodowo zajmuje się prawem imigracyjnym.

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów  
pl. Powstańców Warszawy 1, 00-950 Warszawa  
[www.uokik.gov.pl](http://www.uokik.gov.pl)

ISBN 978-83-64681-43-1



9 788364 681431